



HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M. (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Jan Schürnbrand
Prof. Dr. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Torsten Noak

Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger

Arne Pautsch

Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts
in Baden-Württemberg

KLAUSUREN

Ralf Dietrich/Caprice Nina Doerbeck

Strafrecht: „Geldsorgen in Springfield“

Michael Hippeli

Zivilrecht: „Selbststigmatisierung eines Mieters“

Christian F. Majer/Caprice Nina Doerbeck

Zivilrecht: „Der gepfändete LKW“

RECHTSPRECHUNG

BGH

Abbruch von Vertragsverhandlungen

BGH

Testament als Schenkungswiderruf

BGH

Vorsatz und Vorsatzzeitpunkt bei illegalem Autorennen
mit tödlichem Ausgang („Berliner Raserfall“)

INHALTSVERZEICHNIS

Beiträge

Torsten Noak

Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger

Seite ▶ 66

Arne Pautsch

Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts
in Baden-Württemberg

Seite ▶ 73

Klausuren

Ralf Dietrich/Caprice Nina Doerbeck

Examensklausur Strafrecht:
„Geldsorgen in Springfield“

Seite ▶ 80

Michael Hippeli

Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht:
„Selbststigmatisierung eines Mieters“

Seite ▶ 93

Christian F. Majer/Caprice Nina Doerbeck

Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht:
„Der gepfändete LKW“

Seite ▶ 99

Rechtsprechung Zivilrecht

BGH

Abbruch von Vertragsverhandlungen
Urteil vom 13.10.2017 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 105

BGH

Testament als Schenkungswiderruf
Urteil vom 30.01.2018 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 107

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Vorsatz und Vorsatzzeitpunkt bei illegalem Autorennen
mit tödlichem Ausgang („Berliner Raserfall“)
Urteil vom 01.03.2018 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 111

BGH

Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei risikobehafte-
tem Verhalten im Straßenverkehr mit tödlichem Ausgang
(„Bremer „Raserfall“)
Urteil vom 15.11.2017 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 116

BGH

Umfang der Geltung des Zweifelssatzes bei der Feststellung
eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch iSd. § 24 Abs. 1 StGB
Beschluss vom 21.02.2018 (*Alexander Bechtel/ Rasim Mustafi*)

Seite ▶ 119

EDITORIAL

Kernbestandteil und zugleich eine der größten Errungenschaften der europäischen Integration ist die Idee, dass jeder Unionsbürger ungeachtet seines Wohnortes in jedem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, unter den gleichen Voraussetzungen eine Beschäftigung aufnehmen und ausüben kann, wie ein Angehöriger dieses Staates. Diese sog. Arbeitnehmerfreizügigkeit ermöglicht, gemeinsam mit der – ebenfalls durch die EU-Verträge garantierten – Niederlassungsfreiheit, eine weitgehend schrankenlose Arbeitsmigration innerhalb der Grenzen der Union. Diese kann für den arbeitssuchenden Unionsbürger von Erfolg gekrönt sein, kann aber genauso gut mit enttäuschten Erwartungen und der drohenden Erwerbslosigkeit in einem fremden Land enden. Die Frage, inwiefern ein Unionsbürger in solch einem Falle jene existenzsichernden Leistungen in Anspruch nehmen kann, welche der Aufenthaltsstaat seinen Bürgern gewährt, ist mithin von erheblicher praktischer Relevanz. In seinem **Beitrag** „*Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger*“ beschäftigt sich NOAK mit der nunmehr zweiten Runde im Ringen zwischen Europäischem Gerichtshof, dem Bundessozialgericht und der Bundesregierung um eine gerechte – und Haushaltsschonende – Beantwortung eben jener Frage.

Im zweiten **Beitrag**, „*Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg*“, setzt sich PAUTSCH damit auseinander, ob der in Baden-Württemberg gescheiterte Versuch, den Parteien über die erstmalige Einführung einer (geschlossenen) Landesliste mehr Einfluss auf die Verteilung der Zweitmandate im Landtag einzuräumen, als Lehre für ähnliche Vorhaben anderer Bundesländer und den Bund selbst dienen kann.

Den Schwerpunkt des Heftes bildet einmal mehr die Fallbearbeitung mit gleich drei **Klausuren**. In der vornehmlich an Examenskandidaten gerichteten Ausarbeitung „*Geldsorgen in Springfield*“ sprechen DIETRICH und DOERBECK einige stets klausurrelevante Fragestellungen aus dem Bereich des strafrechtlichen Schutzes von Eigentum und Vermögen vor Täuschungs- und Nötigungshandlungen an.

In einer zivilrechtlichen Fallgestaltung für fortgeschrittene Studierende bereitet HIPPELI unter dem Titel „*Selbststigmatisierung eines Mieters*“ ein Urteil des AG Göttingen didaktisch auf, welches die Rechtsfrage zum Gegenstand hatte, inwiefern den Mieter eine Aufklärungspflicht im Hinblick darauf trifft, dass er „Anziehungspunkt linksgerichteter Gewalt“ ist.

Abseits des materiellen Rechts beschäftigen MAJER und DOERBECK in ihrer ebenfalls an fortgeschrittene Studierende gerichteten Klausur „*Der gepfändete LKW*“ mit Fragen der Zwangsvollstreckung und welche Möglichkeiten der oder die Betroffene hat, gegen eine solche vorzugehen.

Die **Rechtsprechung** aus dem Bereich des **Zivilrechts** beginnt dieses Mal mit einer bürgerlich rechtlichen Fragestellung, welche dem fünften Zivilsenat des BGH zur Entscheidung vorgelegt wurde. Gegenstand des Verfahrens war die Rechtsfrage, inwiefern der Abbruch von Vertragsverhandlungen eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers begründet, der um Aufwendungen weiß, die der potentielle Käufer im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages getätigt hat (FORSCHNER). In der zweiten Entscheidung hatte sodann der zehnte Zivilsenat zu klären, inwiefern ein Schenkungswiderruf auch durch Testament erfolgen kann (FORSCHNER.)

Das **Strafrecht** steht ganz im Zeichen der „Raserfälle“. Hervorzuheben ist hierbei natürlich die Entscheidung des vierten Strafsenates zur Frage des Vorsatzes und des Vorsatzzeitpunktes bei illegalen Autorennen, mit welcher die Karlsruher Richter die vielbeachtete Entscheidung des LG Berlin zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen (BECHTEL). Ebenfalls vom vierten Senat – dieses mal allerdings zu einer Entscheidung aus Bremen – stammen die Ausführungen zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei risikobehaftetem Verhalten im Straßenverkehr mit tödlichem Ausgang (BECHTEL). Aus dem allgemeinen Teil des StGB allerdings abseits der Straße spielt die letzte Entscheidung im Heft. Hier musste der fünfte Strafsenat in Leipzig der Frage nachgehen, in welchem Umfang der Zweifelssatz bei der Feststellung eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch gelten kann (BECHTEL/MUSTAFI).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**
Schriftleiter

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian, M.mel.**
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M.*

Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger

Gesetzgeber vs. BSG, die zweite

Gliederung*

Abstract

A) Rekapitulation

B) Neufassungen der § 7 Abs. 1 SGB II

und § 23 Abs. 3 SGB XII

C) Auswirkungen der Gesetzesänderung

I. Unionsbürger ohne Aufenthaltsrecht

1. Einzelheiten
2. Bewertung
 - a) Völker- und Unionsrecht
 - aa) Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)
 - bb) EU-Recht
 - b) Verfassungsrecht
 - aa) Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz
 - bb) Gleichheit vor dem Gesetz
 - c) Einfaches Recht

II. Unionsbürger, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt

1. Einzelheiten
2. Bewertung
 - a) Völker- und Unionsrecht
 - aa) EFA
 - bb) EU-Recht
 - b) Verfassungsrecht
 - c) Einfaches Recht

III. Unionsbürger, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 herleiten

1. Einzelheiten
2. Bewertung
 - a) Völker- und Unionsrecht
 - aa) EFA
 - bb) EU-Recht
 - b) Verfassungsrecht und einfaches Recht

D) Schluss

Abstract

Der Beitrag setzt die Ausführungen zu dem Thema von vor zwei Jahren fort.¹ Damals hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) gerade § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 aF. SGB II für unionsrechtskonform erklärt² und das Bundessozialgericht (BSG) mit drei bemerkenswerten³ Entscheidungen vom 03.12.2015 und 20.01.2016 darauf reagiert.⁴ Wie die spätere Begründung der Änderung des § 7 Abs. 1 SGB II und des § 23 Abs. 3 SGB XII zeigt,⁵ haben die Urteile des BSG den Gesetzgeber insbesondere mit Blick auf eine mögliche Steigerung der Kostenlast für die Kommunen derart verunsichert, dass er sich zur Umgestaltung der relevanten Normen veranlasst sah⁶ – ein im Rechtsleben nicht gerade alltäglicher Vorgang. Die folgenden Ausführungen erläutern und kritisieren die seit dem 29.12.2016 geltenden Neuregelungen. Sie konzentrieren sich auf die Aspekte, die auch im Zentrum der Urteile des BSG standen.⁷

A) Rekapitulation

Zur Erinnerung:⁸ Das BSG schloss sich dem EuGH an und urteilte, dass § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II aF., der Ausländer, die ihren Aufenthalt nur auf den Zweck der Arbeitsuche stützen können, von Leistungen nach dem SGB II ausschloss, mit EU-Recht vereinbar sei. Die Vorschrift gelte für Ausländer, die überhaupt kein Aufenthaltsrecht hätten, entgegen ihrem Wortlaut „erst recht“. Verfassungsrechtliche Bedenken, etwa mit Blick auf das Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz (Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG), gebe es in diesem Zusammenhang nicht, weil den ausgeschlossenen Personen – trotz körperlicher Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 21 S. 1 SGB XII – Sozialhilfe in Form der Hilfe zum Lebensunterhalt nach der Ermessensvorschrift des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII geleistet werden könne. Im Falle eines verfestigten Aufenthalts – nach Auffassung des BSG bei einer Anwesenheit im Bundesgebiet von über sechs Monaten – sei das von § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII eingeräumte Ermessen sogar in dem Sinne auf Null reduziert, dass regelmäßig zumindest Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlicher Höhe zu erbringen sei. Schlussendlich sei jeder Einzelfall sorgfältig dahingehend zu prüfen, ob nicht ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO (EU) 492/2011 bestehe, das minderjährigen Kindern von

* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht, Schwerpunkt Sozialrecht, an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

¹ Siehe ▶Noak, JSE 2016, 4.

² EuGH, Urt. v. 15.09.2015 – C-67/14 („Jobcenter Neukölln ./. Alimanovic“).

³ Manche Instanz- und Untergerichte verweigerten dem BSG explizit die Gefolgschaft, s. etwa LSG Rheinland-Pfalz NZS 2017, 277; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.01.2016 – L 29 AS 20/16 B ER; SG Berlin, Urt. v. 11.12.2015 – 1149 AS 7191/13.

⁴ Siehe BSG, NZS 2016, 472; 2016, 513; 2016, 552.

⁵ ▶BT-Drs. 18/10211, S. 1.

⁶ Umgesetzt durch das „Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch“ vom 22.12.2016; siehe BGBl. I, S. 3155.

⁷ Nicht thematisiert wird die dreimonatige Karenzzeit (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII), ebenso wenig der Leistungsausschluss für Asylbewerber (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II, § 23 Abs. 2 SGB XII) und der für Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen (§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XII).

⁸ Siehe auch Greiner/Kock, NZS 2017, 201 (205); ▶Noak, JSE 2016, 4 (11).

ehemals berufstätigen Unionsbürgern, die Schulen oder Ausbildungseinrichtungen besuchten, ebenso zustehe wie ihren tatsächlich fürsorgenden Eltern.

B) Neufassungen der § 7 Abs. 1 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII

§ 7 Abs. 1 SGB II hat, bezogen auf unser Thema, zwei Umbauten erfahren. Zum einen wurde Satz 2 Nr. 2 geändert und lautet nun wie folgt:

„Ausgenommen sind [...]

2. Ausländerinnen und Ausländer,

a) die kein Aufenthaltsrecht haben,

b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder

c) die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten, und ihre Familienangehörigen, [...]“

Zum anderen wurde in den Sätzen vier bis sieben eine Rücknahme von Nr. 2 etabliert, die mit der Dauer des Aufenthalts der betroffenen Personen korrespondiert. Die Passage lautet:

„Abweichend von Satz 2 Nummer 2 erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. Die Frist nach Satz 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet.“

In § 23 Abs. 3 SGB XII wurde Satz 1 dem § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II angeglichen. Der interessierende Teil ist wie folgt formuliert:

„Ausländer und ihre Familienangehörigen erhalten keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn [...]

2. sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt,

3. sie ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Nummer 2 aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten [...]“

Darüber hinaus findet man in § 23 Abs. 3 S. 3 ff. SGB XII nun Überbrückungsleistungen und eine an § 7 Abs. 1 S. 4 ff. SGB II angelehnte Fristenregelung, während Abs. 3a einen Anspruch auf Übernahme von Rückreisekosten normiert. Im Zusammenhang liest sich das folgendermaßen:

„Hilfebedürftigen Ausländern, die Satz 1 unterfallen, werden bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen); die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der Überbrückungsleistungen nach Satz 3. Hierüber und über die Möglichkeit der Leistungen nach

Absatz 3a sind die Leistungsberechtigten zu unterrichten. Die Überbrückungsleistungen umfassen:

1. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege,

2. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in angemessener Höhe, einschließlich der Bedarfe nach § 35 Absatz 4 und § 30 Absatz 7,

3. die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderliche ärztliche und zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln sowie sonstiger zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderung von Krankheiten oder Krankheitsfolgen erforderlichen Leistungen und

4. Leistungen nach § 50 Nummer 1 bis 3.“

Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, werden Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist. Abweichend von Satz 1 Nummer 2 und 3 erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach Absatz 1 Satz 1 und 2, wenn sie sich seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. Die Frist nach Satz 7 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des tatsächlichen Aufenthalts nicht angerechnet. Ausländerrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

(3a) Neben den Überbrückungsleistungen werden auf Antrag auch die angemessenen Kosten der Rückreise übernommen. Satz 1 gilt entsprechend, soweit die Personen allein durch die angemessenen Kosten der Rückreise die in Absatz 3 Satz 5 Nummer 1 und 2 genannten Bedarfe nicht aus eigenen Mitteln oder mit Hilfe Dritter decken können. Die Leistung ist als Darlehen zu erbringen.“

C) Auswirkungen der Gesetzesänderung

I. Unionsbürger ohne Aufenthaltsrecht

1. Einzelheiten

Neu aufgenommen in die Gesetze wurde der Ausschluss von Personen, die kein Aufenthaltsrecht haben (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. a) SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 SGB XII). Zur Erinnerung: Das Aufenthaltsrecht der EU-Bürger ist normiert im FreizügG/EU, das die sog. Unionsbürgerrichtlinie⁹ (im Folgenden: RL 2004/38) umsetzt.¹⁰ Wer sich auf keinen in § 2 Abs. 2 FreizügG/EU genannten Gründe berufen kann, hat auch als EU-Bürger kein Aufenthaltsrecht in der BRD. Eine Ausreisepflicht besteht allerdings erst, wenn die Ausländerbehörde per Bescheid positiv festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (§ 7 Abs. 1 FreizügG/EU).

Der Grund für die Ergänzung wurde bereits angedeutet: Er liegt darin, dass man in der Vergangenheit mit Unionsbürgern ohne Aufenthaltsrecht umgehen musste, im Gesetz aber nur die Variante zur Verfügung stand, dass das Aufenthaltsrecht allein auf dem Zweck der Arbeitsuche beruht.¹¹ Man behalf sich mit einem rechtsfortbildenden „Erst-recht“-Schluss,¹² weil, so die Argumentation, es nicht sein konnte, dass Personen, die sich immerhin auf ein den Aufenthalt berechtigenden Aspekt – die Arbeitssuche – berufen konnten, von Leistungen ausgeschlossen waren, solche ohne jedes materielle Aufenthaltsrecht hingegen nicht.¹³

⁹ Genauer: „Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“ vom 29.04.2004.

¹⁰ Siehe dazu ▶Noak, JSE 2016, 4 f.

¹¹ Dazu sogleich unter Punkt II.

¹² Zu ihm Kohler-Gehrig, Einführung in das Recht, 2. Aufl. (2017), S. 93.

¹³ Siehe nur BSG NJW 2016, 1464 (1466).

Um die Ungerechtigkeit zu beseitigen, wurde die Rechtslage nun angepasst.¹⁴

Wer sich ohne wesentliche Unterbrechung fünf Jahre gemeldet und ohne ausreisepflichtig zu sein im Bundesgebiet aufhält, fällt gemäß § 7 Abs. 1 S. 4 ff. SGB II, § 23 Abs. 3 S. 6 ff. SGB XII aus der Regelung heraus, heißt: hat nach Ablauf der Frist Anspruch auf Leistungen. Die Abgrenzung der Rechtskreise SGB II/SGB XII orientiert sich an den allgemeinen Regeln, also §§ 5 Abs. 2, 19 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB II und § 21 S. 1 SGB XII.

2. Bewertung

a) Völker- und Unionsrecht

aa) Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)

Ein Konflikt mit dem EFA¹⁵ liegt nicht vor. Sein Anwendungsbereich ist bereits nicht eröffnet, weil es in Art. 1 voraussetzt, dass die Personen, denen Fürsorge gewährt werden soll, sich „erlaubt“ auf dem fremden Staatsgebiet aufhalten. Gemäß Art. 11 Buchst. a) EFA ist das der Fall, wenn der Beteiligte im Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis oder einer anderen in den Rechtsvorschriften des betreffenden Staates vorgesehenen Erlaubnis ist, aufgrund der ihm der Aufenthalt in diesem Gebiet gestattet ist. Nach der mittlerweile herrschenden und überzeugenden Lesart muss dafür ein materielles Aufenthaltsrecht bestehen,¹⁶ das bei dem besprochenen Personenkreis gerade fehlt.

bb) EU-Recht

Unionsrechtlich¹⁷ haben die Regelungen den Segen des EuGH bekommen,¹⁸ und das ebenfalls zu Recht. Der Gerichtshof betont, dass nach den einschlägigen Bestimmungen der RL 2004/38 – in der BRD umgesetzt in § 4 FreizügG/EU – nicht erwerbstätige Unionsbürger nur dann ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat genießen, wenn sie über Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Diese Einschränkung des Freizügigkeitsrechts nicht erwerbstätiger Unionsbürger läuft ins Leere, wenn die Personen einen Anspruch auf Sozialleistungen geltend machen können, der ihnen die Sicherung ihres Lebensunterhalts erst ermöglicht. Die hier ebenfalls relevante VO 883/2004¹⁹ steht dem nicht entgegen: In Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 verlangt sie für den persönlichen Anwendungsbereich, dass für den Unionsbürger „die Rechtsvorschriften [...] gelten“, womit ein bestehender oder früherer Bezug zu einem Sozialversicherungssystem (zB. Arbeitslosenversicherung nach SGB III) oder Familienleistungssystem (zB. Bezug von Kinder- oder Elterngeld) gemeint ist.²⁰ Dieser liegt bei Unionsbürgern mit fehlendem Aufenthaltsrecht aber regelmäßig nicht vor, weil die Vorschriften etwa des Kinder- oder Elterngeldrechts entweder voraussetzen, dass Ausländer unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind, also ein Aufenthaltsrecht haben

(§ 2 Abs. 1, Abs. 2 FreizügG/EU), oder einen genau bestimmten Aufenthaltstitel besitzen (§ 62 Abs. 2 EStG; § 1 Abs. 7 BEEG).²¹ Bei Personen, die früher (etwa als Arbeitnehmer oder Arbeitsuchende) in ein relevantes System eingegliedert waren, ist das Ergebnis dasselbe, denn die SGB-II-Leistungen werden, erklärt der EuGH mit Recht, gemäß Art. 70 Abs. 4 VO 883/2004 ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt. Daher ist die Gewährung solcher Leistungen an nicht erwerbstätige Unionsbürger von dem Erfordernis abhängig zu machen, dass sie ein Aufenthaltsrecht gemäß der RL 2004/38 besitzen.²²

b) Verfassungsrecht

aa) Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz

Unter der alten Rechtslage konnte man einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz (Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG) annehmen, weil den ausgeschlossenen Personen kein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung ihrer Existenz zustand.²³ Dies war, darf man annehmen, auch der Grund, der das BSG in seinen Urteilen vom 03.12.2015 und 20.01.2016 dazu bewog, die sprichwörtlichen dogmatischen Klimmzüge zu unternehmen und erwerbsfähigen Personen entgegen dem unmissverständlichen Wortlaut des § 21 S. 1 SGB XII („nach dem Zweiten Buch als Erwerbsfähige [...] dem Grunde nach leistungsberechtigt“) Ansprüche nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII zuzubilligen. Mit der Änderung der Gesetze ist die Sachlage eine andere, denn wie oben dargestellt verfügt § 23 Abs. 3 S. 3 ff. SGB XII über eine Überbrückungsregelung, die – man lese und staune – laut den Ausführungen des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung „für alle von Leistungen ausgeschlossenen ausländischen Personen“²⁴ gelten soll, und damit auch für erwerbsfähige Personen, die dem Grunde nach dem SGB II unterfallen.²⁵

Fraglich ist, ob die Überbrückungsregelungen den hohen Anforderungen des Grundrechts auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz genügen. Manche bestreiten das.²⁶ Und in der Tat fällt die – maximal einen Monat zu gewährende – Regelhöhe der Überbrückungsleistungen wahrlich karg aus: § 23 Abs. 3 S. 5 Nr. 1 SGB XII gestattet gerade einmal die Positionen „Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege“, die dem Umfang nach denen des AsylbLG für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer entsprechen, deren Ausreise- bzw. Abschiebungstermin bei bestehender Ausreisepflicht aus vom Ausländer zu vertretenden Gründen verstrichen ist.²⁷ 2017 waren das in der Regelbedarfsstufe 1 insgesamt 183,11 EUR, und auch im Jahre 2018, nach der

¹⁴ Siehe ▶BT-Drs. 18/10211, S. 11.

¹⁵ Zu ihm Noak, JSE 2016, 4 (10 f.).

¹⁶ Siehe etwa BSG, Urt. v. 03.12.2015 – B 4 AS 59/13 R; SG Nürnberg, Urt. v. 30.06.2016 – S 20 SO 109/15.

¹⁷ Siehe zu den einschlägigen primär- und sekundärrechtlichen Quellen ▶Noak, JSE 2016, 4 (5 ff.).

¹⁸ EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13 („Dano ./ Jobcenter Leipzig“).

¹⁹ Genauer: „Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit“ vom 29.04.2004.

²⁰ Siehe bereits ▶Noak, JSE 2016, 4 (6) mwN.

²¹ Siehe dazu Gerlach, in: Ehmann/Karmanski/Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar Sozialrechtsberatung (2015), EStG Rn. 15; zur Unionsrechtmäßigkeit

der nationalen Vorschriften, die nicht freizügigkeitsberechtigte Personen von Kindergeld ausschließen, siehe EuGH, Urt. v. 14.06.2016 – C-308/14 („Kommission ./ Vereinigtes Königreich“).

²² Siehe EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13 („Dano ./ Jobcenter Leipzig“), Rn. 83; siehe auch das Urt. v. 19.09.2013 – C-140/12 („Pensionsversicherungsanstalt ./ Brey“), Rn. 44.

²³ Siehe ▶Noak, JSE 2016, 4 (9) mwN.

²⁴ ▶BT-Drs. 18/10211, S. 16, siehe auch ▶S. 14.

²⁵ Siehe dazu Korte/Thie/Schoch, in: Münder, Sozialgesetzbuch II, 6. Aufl. (2017), § 7 Rn. 35 ff.; zur Kritik siehe hier unter Punkt c).

²⁶ Etwa Ibid., Rn. 40; Janda, ZRP 2016, 152 (153).

²⁷ Siehe ▶BT-Drs. 18/10211, S. 14.

Fortschreibung, dürfte die Grenze von 190,00 EUR nicht überschritten sein.²⁸ Hinzu kommen Leistungen für Unterkunft und Heizung (Nr. 2), Gesundheitshilfen auf dem (bedenklichen) Niveau des AsylbLG (Nr. 3) und Hilfen bei Schwangerschaft und Mutterschaft gemäß § 50 Nr. 1–3 SGB XII (Nr. 4). Nicht nur also, dass sich die Leistungsdauer auf einen Monat beschränkt, es fehlen auch sämtliche Posten des notwendigen persönlichen Bedarfs, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zum unverzichtbaren Bestandteil des Existenzminimums erklärt hat.²⁹ Somit liegt ein Verfassungsverstoß jedenfalls nahe.

Was in der Diskussion bislang jedoch nicht hinreichend beachtet wurde, ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber so geschickt – oder vielleicht treffender: verschlagen – war, § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII mit seinen beiden Ermessensvorschriften zu etablieren. Dieser Satz 6 bewahrt die Regelungen nach hiesiger Auffassung vor dem Urteil der Verfassungswidrigkeit, denn er erlaubt im Einzelfall Gewährung von existenzsichernden Leistungen über längeren Zeitraum und von größerem Umfang. Wer als Behördenmitarbeiter oder Sozialrichter³⁰ mit den bedürftigen Menschen umgehen muss, hat also ein gesetzliches Hilfsmittel zur Verfügung, auf das er im Einzelfall eine verantwortungsvolle und weitsichtige Gewährung *angemessener* Leistungen gründen kann, auch wenn diese deutlich über die Regelleistungen des § 23 Abs. 3 S. 5 Nr. 1–4 SGB XII hinausgehen. Das BSG dürfte dieser Argumentation ebenfalls nicht abgeneigt sein, denn es ließ in den drei Urteilen aus 2015/2016 bereits die Existenz der Ermessensvorschrift des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII für eine Verfassungsmäßigkeit genügen.

bb) Gleichheit vor dem Gesetz

Auch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG³¹ ist mit dem Ausschluss der Ausländer ohne Aufenthaltsrecht letztlich nicht festzustellen. Als Vergleichsgruppe fungieren hier insbesondere die vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG, die *höhere* Leistungen beanspruchen können als Unionsbürger, und das zudem *unbefristet*. Die Änderungen im SGB II und SGB XII sollen, sagt der Gesetzgeber in seiner Begründung, berücksichtigen, dass die Situation von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern einerseits und Asylbewerberinnen und Asylbewerbern andererseits nicht vergleichbar sei. Unionsbürgern stünden andere Möglichkeiten der Selbsthilfe offen, als dies für Asylbewerberinnen und Asylbewerber der Fall sei.³² Das kann man sicher kritikwürdig finden,³³ illegitim ist die Differenzierung indes nicht. Das Grundgesetz verwehrt nach Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG das Asylrecht, „wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften [...] einreist“.³⁴ Auch das BVerfG ist in diesem Zusammenhang regelmäßig großzügig und gibt vor, dass nicht offensichtlich fehlende und mit der Wertordnung des Grundgesetzes vereinbare sozialpolitische Entscheidungen des Gesetzgebers hinzunehmen sind.³⁵ Im Übrigen ist zu konstatieren, dass mit der Hilfe des § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII bei Bedarf im Einzelfall Leistungen

hergeleitet und begründet werden können, die den Regelleistungen des AsylbLG vergleichbar oder mit diesen identisch sind. Deshalb mag eine Ungleichbehandlung der vergleichbaren Personengruppen vorliegen, diese ist aber unter Berücksichtigung des Grades ihrer Auswirkungen nicht intensiv genug, um den Differenzierungsgrund nicht mehr rechtfertigen zu können und einen Verfassungsverstoß anzunehmen.³⁶

c) Einfaches Recht

Zunächst zur Fünf-Jahres-Ausschlussfrist (§ 7 Abs. 1 S. 4 ff. SGB II, § 23 Abs. 3 S. 7 ff. SGB XII): Wie erörtert, ging das BSG in seinen Urteilen aus 2015/2016 davon aus, dass sich der Aufenthalt von Ausländern nach spätestens sechs Monaten im Bundesgebiet derart verfestigt habe, dass zwingend Leistungen zur Existenzsicherung (konkret: Hilfe zum Lebensunterhalt gemäß §§ 27 ff. SGB XII) zu gewähren seien. Mit der Neufassung der Regelungen hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eines solchen verfestigten Aufenthalts anerkannt, den Zeitpunkt seines Eintretens aber weit nach hinten auf den Ablauf von fünf Jahren verlegt. Dies befremdet, denn zum einen ist nicht verständlich, warum gerade die Fünfjahresfrist gewählt wurde. Der Gesetzgeber verbucht für sich die Parallele zum Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts (§ 4a AufenthG/EU),³⁷ was jedoch nicht verfängt. Denn hier steht nicht, gewissermaßen auf der Metaebene, die Veränderung eines aufenthaltsrechtlichen Status, sondern der tagtäglich relevante Anspruch auf existenzsichernde Leistungen in Rede – wahrlich zwei verschiedene Paar Schuhe. Zum anderen hat der Gesetzgeber offensichtlich übersehen, dass es eine Vorschrift im Existenzsicherungsrecht gibt, die eine ähnliche Interessenlage sachgerecht bewältigt: § 2 Abs. 1 AsylbLG. Sie gewährt Personen, die nach § 1 AsylbLG leistungsberechtigt sind, sog. Analogleistungen nach dem SGB XII, wenn „sie sich seit 15 Monaten ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben“. Der Gesetzgeber sieht in § 2 Abs. 1 AsylbLG eine Sonderregelung für Leistungsberechtigte, bei denen, so sagt er, Bedürfnisse bestünden, „die auf eine stärkere Angleichung an die hiesigen Lebensverhältnisse und auf bessere soziale Integration gerichtet“³⁸ seien. Warum er diese 15 Monate nicht auch im hiesigen Zusammenhang etabliert hat, erschließt sich nicht. Und ebenso wenig die Bindung der Frist an die Meldung bei den Einwohnerbehörden, denn der Meldevorgang hat derart großes Missbrauchspotenzial, dass er gerade nicht ausreicht, um auf das Innehaben eines Wohnsitzes oder eines gewöhnlichen Aufenthalts schließen zu lassen.³⁹

Zudem ist der Paradigmenwechsel, den der Gesetzgeber mit der Öffnung der Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII für Erwerbsfähige vollzogen hat, nicht nur nicht überzeugend; er widerspricht auch dem Wortlaut des § 21 S. 1 SGB XII, der wegen der syntaktischen Verknüpfung „zwingend so zu verstehen [ist], dass eine erwerbsfähige Person allein wegen ihrer

²⁸ Siehe dazu Groth, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Sozialrecht, Ed. 48 (01.03.2018), SGB XII § 23 Rn. 17d.1.

²⁹ Siehe BVerfG NVwZ 2012, 1024 (1026).

³⁰ Die Zuständigkeit der Sozialgerichte für die Materie der Sozialhilfe ergibt sich seit 2005 aus § 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG, davor waren die Verwaltungsgerichte zuständig.

³¹ Siehe ▶Noak, JSE 2016, 4 (9) mwN.

³² Siehe ▶BT-Drs. 18/10211, S. 14.

³³ Siehe Korte/Thie/Schoch, in: Münder, Sozialgesetzbuch II, 6. Aufl. (2017), § 7 Rn. Rn. 40 mwN.

³⁴ Siehe nur Ulmer, ZRP 2016, 224.

³⁵ Siehe etwa BVerfGE 89, 365 (376).

³⁶ Siehe Gentsch, ZJS 2010, 596 (597).

³⁷ Dazu ▶BT-Drs. 18/10211, S. 14.

³⁸ Siehe ▶BT-Drs. 12/5008, S. 15.

³⁹ Siehe Janda, ZRP 2016, 152 (153).

Erwerbsfähigkeit ‚dem Grunde nach‘ im Sinn des SGB II leistungsberechtigt ist. Leistungsausschlussstatbestände [...] sind letztlich nichts Anderes als negative (materielle) Tatbestandsvoraussetzungen für den Leistungsanspruch.⁴⁰ Der Gesetzgeber erhebt die dogmatisch falschen Konstruktionen, zu denen das BSG sich in den Jahren 2015 und 2016 aus verfassungsrechtlichen Gründen gezwungen sah, ohne Not zu Gesetzesrecht, während die bessere Alternative sich leicht ausmalen lässt: Einführung der Überbrückungsleistungen auch im SGB II, dort aber eben für erwerbsfähige Personen.

II. Unionsbürger, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt

1. Einzelheiten

Personen, die ihr Aufenthaltsrecht nur damit begründen können, dass sie Arbeit suchen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU), sollen ebenfalls keine Leistungen erhalten, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b) SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 SGB XII.⁴¹ Der Ausschlussgrund korrespondiert mit § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU, der Unionsbürgern zur Arbeitsuche ein sechsmonatiges Aufenthaltsrecht gewährt, darüber hinaus, „solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden“. Wer als Unionsbürger erwerbstätig ist und unfreiwillig arbeitslos wird, behält zusätzlich zum Status des Arbeitsuchenden den Arbeitnehmerstatus für die Dauer von sechs Monaten (§ 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU), so dass in diesem Zeitraum SGB-II bzw. SGB-XII-Leistungen gesichert sind.⁴²

2. Bewertung

a) Völker- und Unionsrecht

aa) EFA

Hier ist die Sachlage komplizierter, denn Personen, die die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU erfüllen, halten sich *erlaubt* in der BRD auf, weshalb für sie, sollten sie aus einem entsprechenden Vertragsstaat kommen, das EFA gilt, das mit Blick auf Fürsorgeleistungen eine Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen vorschreibt. Zwar hat die Bundesregierung im Jahre 2011 einen Vorbehalt bezogen auf Leistungen nach dem SGB II beim Europarat hinterlegt.⁴³ Aber auch unterstellt, dieser sei rechtmäßig und wirksam,⁴⁴ umfasst er Leistungen nach dem SGB XII explizit nicht, weshalb der Leistungsausschluss bei Personen aus EFA-Vertragsstaaten nicht anzuwenden ist und diese insbesondere Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) in voller Höhe, nicht nur als sog. Überbrückungsleistungen, beziehen können.⁴⁵

bb) EU-Recht

Mit Blick auf die unionsrechtliche Wirksamkeit des Ausschlussgrundes in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b) SGB II stehen sich – das wurde in dem letzten Beitrag ausführlich erörtert –⁴⁶ die RL

2004/38 mit Art. 24 Abs. 2 und die VO 883/2004 mit Art. 4 gegenüber. Zur Erinnerung seien die relevanten Passagen der Vorschriften noch einmal zitiert:

Art. 24 RL 2004/38:

(1) Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen.
(2) Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen [...] gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b einen Anspruch auf Sozialhilfe [...] zu gewähren.“

Art 4 VO 883/04

„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 erlaubt also den Mitgliedsstaaten, Personen und ihren Familienangehörigen während des längeren Zeitraums der Arbeitsuche einen Anspruch auf Sozialhilfe (zu der auch existenzsichernde Leistungen des SGB II gehören) zu versagen, während Art. 4 VO 883/2004 vorschreibt, dass Personen, für die die Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten mit Blick auf Leistungen des SGB II haben wie die Staatsangehörigen der BRD. Diesen Normwiderspruch auf der Ebene des Sekundärrechts hat der EuGH „aufgelöst“, indem er die VO 883/2004 ignoriert hat,⁴⁷ während der hiesige Ansatz in einer Zusammenführung der Vorschriften bestand: „Die Aufnahmemitgliedstaaten haben wegen Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 die Möglichkeit, Sozialhilfeansprüche Arbeitsuchender zu reduzieren, sind wegen Art. 4 VO 883/2004 jedoch nicht befugt, diese ganz zu kappen.“⁴⁸ Dem wurde die alte Rechtslage nicht gerecht, weil den von Leistungen ausgeschlossenen Arbeitsuchenden keinerlei existenzsichernden Ansprüche zustanden – jedenfalls wenn man mit dem Wortlaut des § 21 S. 1 SGB XII und entgegen dem BSG die Exklusivität der Rechtskreise des SGB II und des SGB XII respektierte. Nun, nach Änderung der Rechtslage, existieren Ansprüche für diesen Personenkreis in Form der Überbrückungsleistungen. Die sind zwar äußerst knapp bemessen, gleichwohl unter Zuhilfenahme des § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII im Einzelfall auf angemessene Höhe ausbaubar, weshalb bei aller Kritikwürdigkeit der Regelungen die unionsrechtlichen Bedenken nicht mehr bestehen.

⁴⁰ Bernsdorff, NVwZ 2016, 633 (634). So auch 2006 noch der Gesetzgeber bei Einführung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II aF.: „Auch wenn bei Ausländern die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, [...] können dennoch die Leistungen nach diesem Buch durch den neugefassten Satz 2 ausgeschlossen sein. Darüber hinaus kommen dann für diese Personengruppe auch Leistungen des SGB XII wegen § 21 Satz 1 SGB XII nicht in Betracht, da sie dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II ist“ (▶BT/Drs. 16/688, S. 13).

⁴¹ Zu dem Ausschlussgrund ▶Noak, JSE 2016, 4 (5 ff.).

⁴² Bei Erwerbstätigkeit von über einem Jahr bleibt der Arbeitnehmerstatus vollständig erhalten, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU.

⁴³ Siehe ▶Noak, JSE 2016, 4 (10 f.).

⁴⁴ Zum entsprechenden Streit jüngst Greiner/Kock, NZS 2017, 201 (202 f.).

⁴⁵ Siehe Korte/Thie/Schoch, in: Münder, Sozialgesetzbuch II, 6. Aufl. (2017), § 7 Rn. Rn. 41.

⁴⁶ Siehe ▶Noak, JSE 2016, 4 (6 ff.).

⁴⁷ Zur Kritik Kingreen, NVwZ 2015, 1503 ff.; ▶Noak, JSE 2016, 4 (8).

⁴⁸ ▶Noak, JSE 2016, 4 (7).

b) Verfassungsrecht

Zur verfassungsrechtlichen Dimension ist zunächst auf das oben Ausgeführte zu verweisen. Erwähnt sei, dass das SG Mainz den § 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB II aF. dem BVerfG mit der Frage vorgelegt hat, ob die Vorschrift „mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) iVm. Art. 20 Abs. 1 GG – Sozialstaatlichkeit – und dem sich daraus ergebenden Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar“ sei.⁴⁹ Man darf auf die Antwort des BVerfG gespannt sein.

Bezüglich Art. 3 Abs. 1 GG ist zu bemerken, dass die Ungleichbehandlung tiefer geht als bei den Unionsbürgern ohne Aufenthaltsrecht, denn es werden in der BRD legal sich aufhaltende Personen schlechter behandelt als vollziehbar ausreisepflichtige. Hier ist an das Verantwortungsbewusstsein und die Sensibilität der zuständigen Behörden und Sozialgerichte zu appellieren, das ihnen durch § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII eingeräumte Ermessen sachgerecht auszuüben und dabei insbesondere die Begriffe „Einzelfall“ und „besondere Härte“ auch mit Gerechtigkeitserwägungen auszufüllen.

c) Einfaches Recht

Es ist auf die oben erläuterten Bedenken zu verweisen.⁵⁰

III. Unionsbürger, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 herleiten

1. Einzelheiten

Ebenfalls neu ist die Bezugnahme auf das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO 492/2011 in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII.⁵¹ Der Artikel lautet:

„Die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, können, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Die Mitgliedstaaten fördern die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.“

Vordergründig gewährt die Vorschrift also ein Recht der hier wohnenden Kinder eines im Bundesgebiet beschäftigten oder beschäftigt gewesenen EU-Bürgers auf Teilnahme am allgemeinen (Schul-)Unterricht oder einer Lehrlings- und Berufsausbildung. Gleichzeitig fußt darauf aber auch ein Recht der Kinder und der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehmenden Eltern Teile auf Aufenthalt, das von ausreichenden Existenzmitteln und Krankenversicherungsschutz nicht abhängig ist.⁵² „Der Leistungsausschluss betrifft folglich gleichermaßen die Schüler/Auszubildenden, ihre Eltern, die ihr Aufenthaltsrecht von ihnen ableiten, sowie ggf. weitere zur Bedarfsgemeinschaft gehörende Familienmitglieder.“⁵³

⁴⁹ Siehe SG Mainz, Beschl. v. 18.04.2016 – S 3 AS 149/16.

⁵⁰ Siehe Punkt I 2 c.

⁵¹ Dazu bereits ▶Noak, JSE 2016, 4 (8 f.).

⁵² Dazu etwa EuGH, Urt. v. 23.02.2010 – C 310/08 („London Borough of Harrow ./ Ibrahim“); EuGH, Urt. v. 30.06.2016 – C 115/15 („Secretary of State for the Home Department ./ NA“).

⁵³ Korte/Thie/Schoch, in: Mündler, Sozialgesetzbuch II, 6. Aufl. (2017), § 7 Rn. Rn. 31; siehe auch ▶BT-Drs. 18/10211, S. 13.

2. Bewertung

a) Völker- und Unionsrecht

aa) EFA

Mit Blick auf das EFA gilt das zum Zweck der Arbeitsuche Gesagte entsprechend: Personen, die die Voraussetzungen des Art. 10 VO 492/2011 erfüllen, halten sich *erlaubt* in der BRD auf. Stammen sie aus einem Vertragsstaat des EFA, ist Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen geboten. Heißt: Der Ausschlussgrund darf nicht angewendet werden und es ist Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) in voller Höhe, nicht nur als sog. Überbrückungsleistung, zu gewähren.⁵⁴

bb) EU-Recht

Fraglich ist die Vereinbarkeit der Vorschrift mit Unionsrecht. Der Gesetzgeber rechtfertigt sich mit der RL 2004/38, nach der, so sagt er, „nicht erwerbstätige Unionsbürger unter bestimmten Voraussetzungen von Leistungen ausgeschlossen werden dürfen. Diese Regelungen der Freizügigkeitsrichtlinie liefen ins Leere, wenn sie für Personen, die nicht mehr erwerbstätig sind und nicht mehr von der Nachwirkungsfiction des § 2 Absatz 3 FreizügG/EU erfasst werden, nicht mehr gelten, wenn und solange diese schulpflichtige Kinder haben.“⁵⁵ Angesprochen ist damit Art. 24 RL 2004/38, der in seinem Abs. 2 – wie erwähnt – die Pflicht des Aufnahmemitgliedsstaats, Sozialhilfe zu leisten, beschränkt. Ob dieser – als Rechtfertigungsnorm einzig in Betracht kommende – Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 auf Personen, die ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 herleiten können, anzuwenden ist, ist umstritten. Das LSG Nordrhein-Westfalen befürwortet dies in einer Entscheidung vom 14.09.2017,⁵⁶ stützt sich dabei aber weniger auf Wortlaut und Systematik des Primär- und Sekundärrechts als die jüngere Rechtsprechung des EuGH, der es „ein von einer gemeinschaftlichen Auslegung geprägtes Zusammenspiel von Koordinierungsverordnung, Freizügigkeitsverordnung und Freizügigkeitsrichtlinie unter dem Dach des allgemeinen Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 AEUV“ entnehmen zu können wähnt.

Dies überzeugt indessen nicht. Man erinnere sich an den Wortlaut des Art. 24 RL 2004/38.⁵⁷ Die dortige Bezugnahme des Abs. 2 auf Abs. 1 verdeutlicht, dass die Ausnahmeregelung in Abs. 2 nur soweit gilt, wie das Gleichbehandlungsgebot des Abs. 1 Anwendung findet.⁵⁸ Das Recht der Gleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 genießt (nur) „jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedsstaates aufhält ...“. Der hier betroffene Personenkreis hält sich aber gerade nicht aufgrund der RL 2004/38 in der BRD auf, sondern aufgrund der VO 492/2011. Von daher ist Art. 24 Abs. 2 dem Wortlaut nach nicht anwendbar. Für eine Analogie ist kein Raum, denn es handelt sich um eine Ausnahmenvorschrift, die nur für die explizit in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38

⁵⁴ Näher Korte/Thie/Schoch, in: Mündler, Sozialgesetzbuch II, 6. Aufl. (2017), § 7 Rn. Rn. 41.

⁵⁵ ▶BT-Drs. 18/10211, S. 13.

⁵⁶ Siehe LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 17.09.2017 – L 21 AS 1459/17 B ER, L 21 AS 1460/17 B.

⁵⁷ S. o. unter Punkt II 2 a bb.

⁵⁸ Zutreffend Derksen, infoalso 2016, 257 (259).

aufgeführten Materien gilt. Ausnahmegesetze sind eng auszulegen,⁵⁹ der Analogie mangelt es an der planwidrigen Regelungslücke.⁶⁰ Dass EU-Ausländer, die ein Aufenthaltsrecht (auch) nach Art. 10 VO 492/2011 geltend machen können, einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zur Grundsicherung für Arbeitsuchende und zur Sozialhilfe haben, ergibt sich positiv aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004: Die VO ist anwendbar, denn für die betroffenen Personen gelten die Rechtsvorschriften des Kindergeldrechts, weil sie als Aufenthaltsberechtigte einen entsprechenden Anspruch haben. Beschränkungen lassen sich nur auf Gründe stützen, die der VO 883/2004 selber zu entnehmen sind, die Formulierung des Art. 4 VO 883/2004 ist eindeutig: „Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, ...“. Solche Gründe sind nicht vorhanden,⁶¹ weshalb der Ausschlussgrund in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII unvereinbar mit der VO 883/2004 und deshalb unionsrechtswidrig ist.⁶²

b) Verfassungsrecht und einfaches Recht

Hier sei auf obige Ausführungen verwiesen.

D) Schluss

Der Gesetzgeber wollte mit dem „Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende [...] und in der Sozialhilfe [...]“ Probleme, die er im Zuge der Entscheidungen des BSG vom 03.12.2015 und 20.01.2016 gesehen hat, mit Änderung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und des § 23 Abs. 3 SGB XII lösen. Das Resümee fällt zwiespältig aus: Zwar hat er mit dem Ausschluss von Ausländern ohne Aufenthaltsrecht eine Gerechtigkeitslücke geschlossen, im Gegenzug allerdings mit dem von Personen, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 herleiten, neue unionsrechtliche Fragestellungen aufgeworfen, die mittlerweile die Instanzgerichte beschäftigen. Über die Überbrückungsleistungen, nicht nur unsystematisch als Auffangbecken für alle Ausländer ohne sonstige Leistungen im SGB XII, sondern auch in verschwindend geringer Höhe etabliert, wird auf der Ebene des Verfassungsrechts gestritten. „Angesichts all dessen spricht viel dafür, dass die seit Jahren bestehende *Rechtsunsicherheit* in diesem grundrechtsrelevanten Bereich *andauern* wird.“⁶³

► Inhaltsverzeichnis



⁵⁹ Siehe etwa *Eichholz*, Europarecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 212.

⁶⁰ Näher dazu *Kohler-Gehrig*, Einführung in das Recht, 2. Aufl. (2017), S. 94.

⁶¹ Siehe *Derksen*, infoalso 2016, 257 (260).

⁶² So auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 26.09.2017 – L 6 AS 380/17 B ER.

⁶³ *Korte/Thie/Schoch*, in: *Münder*, Sozialgesetzbuch II, 6. Aufl. (2017), § 7 Rn. Rn. 40.

BEITRAG

Prof. Dr. Arne Pautsch*

Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg

(auch) ein Lehrstück über die Ausgestaltung des Wahlrechts in den Ländern

Gliederung

Abstract

A) Einleitung

B) Das baden-württembergische Landtagswahlrecht im Ländervergleich

I. Aktuelle Ausgestaltung im LWG und Problemlage

1. Aktuelle Ausgestaltung im LWG
2. Problemlage

II. Ländervergleich

C) Reformoptionen zur Ausgestaltung des Landtagswahlrechts

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

II. Wahlsystemtypen

1. (Reine) Mehrheitswahl
2. (Reine) Verhältniswahl
3. Personalisierte Verhältniswahl als Zweistimmenwahlrecht
4. Grabenwahl

III. Zusammenfassung

D) Ausblick

Abstract

Dieser Kurzbeitrag greift die – mittlerweile gescheiterten – Bemühungen in Baden-Württemberg auf, das Landtagswahlrecht und mit ihm das geltende Wahlsystem zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der Repräsentanz der „gesellschaftlichen Breite“ im Land zu reformieren. Erklärter Wille der Regierungsparteien im Koalitionsvertrag war es, den Parteien über die erstmalige Einführung einer (geschlossenen) Landesliste mehr Einfluss auf die Verteilung der Zweitmandate im Landtag einzuräumen. Trotz des Scheiterns der Reform eignet sich gerade das überkommene und unter den Bundesländern wegen seines Einstimmenwahlrechts singulär gebliebene Landtagswahlsystem in Baden-Württemberg dazu, dessen Unzulänglichkeiten und die von den anderen Bundesländern und dem Bundestagswahlrecht nahe gelegten Reformoptionen aufzuzeigen.

A) Einleitung

Zu den zentralen Vorhaben der seit 2016 von den Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen und der CDU getragenen baden-württembergischen Landesregierung gehörte von Anbeginn die Reform des Wahlrechts zum baden-württembergischen Landtag. So sieht der Koalitionsvertrag hierzu das Folgende vor:

„Damit der Landtag die Baden-Württembergische Gesellschaft künftig in ihrer ganzen Breite besser abbildet, werden wir ein Personalisiertes Verhältniswahlrecht mit einer geschlossenen Landesliste einführen. Darüber wollen wir mit den im Landtag vertretenden Parteien in Gespräche eintreten.“¹

Nach politischen Kontroversen ist dieses Projekt der Regierungsfaktionen zwar nunmehr vorerst beendet.² Die gescheiterten Reformbestrebungen sind aber gleichwohl ein geeigneter Anlass für eine Auseinandersetzung mit den Ausgestaltungsmöglichkeiten des Landtagswahlrechts im Bundesländervergleich. Das in Baden-Württemberg seit 1956 nahezu unverändert bestehende Landtagswahlrecht, welches seinen verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt in Art. 28 der Landesverfassung (LV-BW) findet und einfachgesetzlich im Landtagswahlgesetz³ (LWG) näher ausgestaltet wird, sollte nach dem Koalitionsvertrag auf den Prüfstand gestellt und einer grundlegenden Reform unterzogen werden.⁴ Dies galt vor allem deshalb, weil das Landtagswahlrecht in Baden-Württemberg – wie noch zu zeigen sein wird – unter den Landtagswahlsystemen der Bundesländer nach wie vor insoweit eine Sonderstellung einnimmt, als es nur als Einstimmenwahlrecht ausgestaltet ist, das auf Listenverbindungen und gemeinsame Wahlvorschläge verzichtet (vgl. § 3 LWG).⁵ Gleichwohl gibt die Landesverfassung (LV-BW) eine personalisierte Verhältniswahl vor (Art. 28 Abs. 1 LV-BW).

Ein Wahlsystem, bei dem der Wähler nur eine einzige Stimme hat, existiert in den Bundesländern sonst nur noch im Saarland, dort allerdings mit dem zentralen Unterschied, dass es sich um eine reine Verhältniswahl ohne personalisierendes Element handelt. In allen übrigen Ländern ist gegenwärtig das auch nach Maßgabe der §§ 1 bis 7 des Bundeswahlgesetzes (BWG) für die Wahlen zum Deutschen Bundestag geltende personalisierte

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg. Dort leitet er zugleich das Institut für Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie.

¹ Koalitionsvertrag zwischen Bündnis 90/Die Grünen und der CDU Baden-Württemberg vom 9. Mai 2016, S. 68: (https://www.cdu-bw.de/uploads/media/2016-05-09-Koalitionsvertrag-BW-2016-2021_02.pdf, letzter Abruf am 11.06.2018). Siehe auch noch Stuttgarter Nachrichten vom 17.10.2017: „Wahlrecht in Baden-Württemberg – Startschuss für die Reform des Landtagswahlrechts“.

² Siehe etwa Stuttgarter Nachrichten vom 25.04.2018, S. 1: „Grün-Schwarz beerdigt Pläne für neues Landtagswahlrecht“

³ Gesetz über die Landtagswahlen (Landtagswahlgesetz – LWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. April 2005 (GBl. 2005, 384), zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung vom 23. Februar 2017 (GBl. S. 99, 100).

⁴ Siehe den Nachweis in Fn. 1. Zu den Reformbestrebungen in rechtlicher Perspektive auch Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 17 f.

⁵ Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 12.

Verhältniswahlssystem maßgeblich, bei dem bekanntlich zwei Stimmen – Erst- und Zweitstimme – abgegeben werden und die Zweitstimmen über die Verteilung der Sitze im Bundestag bestimmen.⁶

Vor diesem Hintergrund bietet das baden-württembergische Landtagswahlrecht wegen seiner Besonderheiten Gelegenheit zu näherer Betrachtung, zumal aufgezeigt werden kann, welche Optionen zur Änderung des Wahlsystems zum einen denkbar und zum anderen (verfassungs-)rechtlich zulässig sind.

Die in Aussicht genommene – nunmehr freilich nicht weiterverfolgte – Reform in Baden-Württemberg hätte an dem eingeführten Einstimmenwahlrecht weiter festgehalten, die Zweitauszählung aber voraussichtlich an eine geschlossene Landesliste der Parteien gebunden. Dass dies nicht die einzige (und schließlich gescheiterte) Option einer Wahlrechtsreform gewesen wäre, soll noch aufgezeigt werden. Soweit versteht sich die Kontroverse um die Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg zugleich als Lehrstück, um die Möglichkeiten und Grenzen einer Ausgestaltung des Wahlsystems auch über Baden-Württemberg hinaus zu erörtern.

B) Das baden-württembergische Landtagswahlrecht im Ländervergleich

I. Aktuelle Ausgestaltung im LWG und Problemlage

1. Aktuelle Ausgestaltung im LWG

Das derzeit geltende Landtagswahlrecht ist auf der Grundlage des Regelungsauftrages in Art. 28 Abs. 3 Satz 1 LV-BW durch den Wahlrechtsgesetzgeber im LWG näher ausgestaltet. Danach ist von einer Sitzzahl von 120 Sitzen im Landtag auszugehen, von denen 70 Sitze in den Wahlkreisen direkt nach dem Prinzip relativer Mehrheit an die obsiegenden Wahlkreisbewerber vergeben werden, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 3 Satz 1 LWG.⁷ Die Besonderheit gegenüber allen übrigen Bundesländern – mit Ausnahme des Saarlands, das ein reines Verhältniswahlrecht vorsieht – besteht darin, dass der Wähler in Baden-Württemberg nur über eine Stimme verfügt. Die Stimmabgabe für den Kandidaten im Wahlkreis wird dabei zugleich für dessen Partei im Land abgegeben.⁸ Eine personalisierte Verhältniswahl wie in nahezu allen übrigen Ländern und dem Bund, bei der eine von den Parteien aufgestellte und mit Zweitstimme zu wählende (Landes-)Liste proportional über die Sitze im Landtag entscheidet, die sodann durch die nach Erststimmen errungenen Direktmandate „aufgefüllt“ werden,⁹ existiert in Baden-Württemberg nicht. Jeder Wahlkreisbewerber hat sich in einem der 70 Wahlkreise zur Wahl zu stellen, d.h. es gibt in Baden-Württemberg bei der

Landtagswahl nur Wahlkreisbewerber und gerade keine Landeslisten der Parteien.¹⁰ Das gesamte Wahlverfahren, einschließlich der Verteilung der 120 Sitze im Stuttgarter Landtag, ist somit durch einen strikten Wahlkreisbezug geprägt. Angesichts dessen, dass die Wahlkreisstimme für den Kandidaten zugleich für dessen Partei im jeweiligen Regierungsbezirk (und mangels Landesliste nicht landesweit) zählt, ergibt sich daraus die zwangsläufige Folge, dass die Vergabe der 50 Zweitmandate im Wege einer sog. Zweitauszählung ebenfalls nach den Ergebnissen der abgegebenen Stimmen für die Wahlkreisbewerber im jeweiligen Bezirk zu bemessen ist. Wie zu zeigen sein wird, ist gerade diese Zweitauszählung stark auf die lokalen Verhältnisse in den Wahlkreisen (also regierungsbezirksbezogen) ausgerichtet. Die Bedeutung der Landtagswahl als „Wahl für das ganze Land“ tritt in Baden-Württemberg so freilich in den Hintergrund. Übergreifende Aspekte wie die hinreichende Repräsentanz von Frauen im Parlament oder die Berücksichtigung besonderen Sachverständs bei der Nominierung kommen unter dem geltenden Landtagswahlrecht nur unzureichend zum Tragen.¹¹

Das Sitzzuteilungsverfahren selbst vollzieht sich nach dem geltenden (einfachen) Landtagswahlrecht des LWG in drei Schritten: In einem ersten Schritt findet zunächst eine sog. Oberverteilung statt. Dabei werden die 120 zu vergebenden Sitze im Landtag unter Anwendung des Höchstzahlverfahrens nach Sainte-Laguë/Schepers auf alle Parteien verteilt, welche die 5%-Sperrklausel nach parteienbezogenem Ergebnis unter den Wahlkreiskandidaten überschritten haben (§ 2 Abs. 2 LWG).¹² Insoweit gilt das Prinzip der Verhältniswahl, wonach die Landtagsmandate im Verhältnis ihrer Gesamtstimmenzahl verteilt werden.¹³ Es werden sodann in einem zweiten Schritt (sog. Unterverteilung) die den einzelnen Parteien zustehenden Mandate parteiintern auf die vier Regierungsbezirke nach dem Verhältnis der Stimmenzahl, die die Bewerber der betreffenden Parteien in den einzelnen der vier Regierungsbezirke errungen haben, aufgeteilt (vgl. auch § 2 Abs. 2 LWG).¹⁴ Es werden sodann bezüglich der zunächst zu vergebenden 70 Landtagsmandate diejenigen Bewerber – im Sinne des Persönlichkeits- bzw. Mehrheitswahlelements des baden-württembergischen Landtagswahlrechts – berücksichtigt, die ein Direktmandat errungen haben.¹⁵ Sie erhalten einen von 70 Sitzen im Landtag. Die im Weiteren zu vergebenden 50 Mandate stehen als Zweitmandate allerdings im Verhältnis zu den mit der „Einstimmenabgabe“ für den jeweiligen Wahlkreisbewerber zugleich verbindlich getroffenen Parteipräferenz. Dies macht gleichsam den dritten Schritt aus: Es ist pro Regierungsbezirk nunmehr abzugleichen, wie viele Mandate für die Zweitauszählung noch zur Verfügung stehen.¹⁶ Sofern

⁶ Degenhart, Staatsrecht I, 23. Aufl. (2016), § 2 Rn. 75; Magiera, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 118; Pautsch/Müller-Török, ZParl 2016, S. 851 (854).

⁷ Sander, in: Feuchte (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (1987), Art. 28 Rn. 10.

⁸ Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 12.

⁹ Pautsch/Müller-Török, ZParl 2016, S. 851 (854).

¹⁰ Eisele, Landesparlamente – (k)ein Auslaufmodell? Eine Untersuchung zum deutschen Landesparlamentarismus am Beispiel des Landtags von Baden-Württemberg (2006), S. 101 f.

¹¹ Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 18, mit der zutreffenden Feststellung, dass der baden-württembergische Landtag den bundesweit geringsten Frauenanteil unter den Landesparlamenten aufweist.

¹² Ibid., Art. 28 Rn. 12.

¹³ Eisele, Landesparlamente – (k)ein Auslaufmodell? Eine Untersuchung zum deutschen Landesparlamentarismus am Beispiel des Landtags von Baden-Württemberg (2006), S. 102.

¹⁴ Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 12; s. auch Eisele, Landesparlamente – (k)ein Auslaufmodell? Eine Untersuchung zum deutschen Landesparlamentarismus am Beispiel des Landtags von Baden-Württemberg (2006), S. 102.

¹⁵ Sander, in: Feuchte (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (1987), Art. 28 Rn. 10.

¹⁶ Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 12.

nicht eine Bezirksausgleichsberechnung erforderlich wird, weil eine Partei in einem Bezirk mehr Direktmandate errungen hat als ihr nach der bezirksbezogenen Verteilung zustehen,¹⁷ schließt sich der Vergabe der 70 Direktmandate die sog. Zweitauszählung an. Mit ihr werden die verbleibenden 50 Sitze im Landtag an diejenigen Wahlkreisandidaten in der Reihenfolge ihres erzielten prozentualen Stimmenanteils im jeweiligen Bezirk vergeben, die keines der 70 Direktmandate erlangt haben.¹⁸ Diese auch als „beste Wahlkreisverlierer“¹⁹ bezeichneten und für die Verteilung der 50 Zweitmandate allein maßgeblichen unterlegenen Wahlkreisbewerber bilden somit auf Regierungsbereichsebene eine De-facto-Liste ihrer Partei. Hieran werden die Unzulänglichkeiten des geltenden Wahlsystems besonders deutlich, wie die nachfolgende Schilderung der aktuellen Problemlage verdeutlicht.

2. Problemlage

Das Kernproblem des derzeit geltenden und allein auf einem Einstimmensystem basierenden Landtagswahlrechts ergibt sich aus der zuvor dargestellten Ermittlung der Zweitmandate. Da es an einer „echten“ Landesliste – bzw. hilfsweise wenigstens einer Bezirksliste – fehlt, hängen trotz der der zwischenzeitlich erfolgten Angleichung der Wahlkreisgrößen die Erfolgsaussichten auf Erringung eines Landtagsmandats nach wie vor in besonderem Maße von der Wahlkreisgröße ab. Bei der rein bezirksbezogenen Zweitauszählung fehlt es – wie zutreffend hervorgehoben wurde²⁰ – an einer ausgeglichenen Repräsentanz der Wahlkreise. Da es nur auf den parteiinternen Wettbewerb der Wahlkreisbewerber und nicht darauf ankommt, wie viele andere Abgeordnete in einem Wahlkreis Erfolg hatten, kann es zu Disproportionalitäten unter den Wahlkreisen kommen, wie auch die Stadt-Land-Repräsentanz in den Landtagsfraktionen spiegelt.²¹

Zudem – und dies stand bei der letztlich kontrovers geführten Diskussion um ein neues Landtagswahlrecht besonders im Vordergrund – ist zu konstatieren, dass durch die Zweitauszählung über die aus den unterlegenen Wahlkreisbewerbern im Bezirk jeweils gebildete De-facto-Liste der Charakter der von Art. 28 Abs. 1 LV-BW vorgegebenen Verhältniswahl in den Hintergrund tritt. Die an sich dem Verhältniswahlelement der baden-württembergischen Landtagswahl besonders verpflichtete Zweitmandatsverteilung trägt nun aber sehr ausgeprägte Züge einer Persönlichkeitswahl, weil sich in ihr das System der nach Mehrheitsgrundsätzen zu verteilenden Direktmandate faktisch fortsetzt.²² Dem verfassungsrechtlich gebotenen Charakter als Verhältniswahl entspräche es vielmehr, wenn statt der sich aus den „besten Wahlkreisverlierern“²³ rekrutierenden De-facto-Liste eine landesweite Parteiliste gelten würde, über welche eine der gesellschaftlichen Vielfalt und Wirklichkeit wesentlich mehr

entsprechende Repräsentanz in den Landtagsfraktionen hergestellt werden könnte. Freilich ist fraglich, ob dies mit der im Rahmen der jüngsten Reform beabsichtigten Unterlegung nur der Zweitmandatsverteilung mit einer Landesliste der Parteien allein hätte erzielt werden können. Insoweit dürfte eine Stimmenverteilung, bei der zunächst 70 Direktmandate nach dem bisherigen System vergeben worden wären, und weitere 50 Mandate getrennt hiervon in einem Proporzverfahren nach einer eigens hierfür aufgestellten Landesliste, in die Nähe einer unter Geltung von Art. 28 Abs. 1 LV unzulässigen Grabenwahl zu gelangen drohen. Hierauf wird unten noch einmal zurückzukommen sein.

II. Ländervergleich

Die Ausgestaltung der personalisierten Verhältniswahl als Einstimmenswahlrecht in Baden-Württemberg ist nicht ohne Vorbild in der Entwicklung der Wahlsysteme im Wahlrecht der Bundesländer nach 1945.²⁴ So war das Einstimmenswahlrecht längere Zeit etwa auch in Berlin, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein etabliert.²⁵ Es wurde allerdings in Berlin 1979, in Hessen 1991, in Niedersachsen 1990, in Rheinland-Pfalz 1991 und in Schleswig-Holstein 2002 zugunsten eines Zweistimmenswahlrechts nach dem Vorbild der Bundestagswahl abgelöst.²⁶ Gleiches gilt überdies für Nordrhein-Westfalen.²⁷ Damit existieren mit Ausnahme Baden-Württembergs und des Saarlands in allen Bundesländern nach Maßgabe des jeweiligen einfachen Landtagswahlrechts mittlerweile Zweistimmenswahlrechte, welche als Ausprägung der auch für die Bundestagswahl geltenden personalisierten Verhältniswahl angesehen werden können und somit dem Bundestagswahlrecht nachgebildet sind bzw. diesem entsprechen.²⁸ Besonderheiten bestehen lediglich in Bremen und Hamburg bezüglich der Stimmenzahl und des Umstandes, dass dort streng genommen eine Verhältniswahl mit offenen Listen stattfindet. Offene Listen, die insbesondere ein Panaschieren erlauben, existieren – allerdings unter dem System der auf zwei Stimmen basierenden personalisierten Verhältniswahl – in Bayern für die Zweitstimme, der eine offene Liste zugrunde liegt.

C) Reformoptionen zur Ausgestaltung des Landtagswahlrechts

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Auch die von den Regierungsfractionen in Baden-Württemberg nach dem Koalitionsvertrag angestrebte Neuregelung des Landtagswahlrechts dergestalt, dass die Zweitverteilung der nach der Zuteilung der Direktmandate verbleibenden 50 Zweitmandate über eine geschlossene²⁹ Landesliste der Parteien hätte erfolgen sollen, wäre an die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Landesverfassung zwingend gebunden gewesen. Insoweit gilt das

¹⁷ Zu den Details wiederum *Haug*, in: *Haug* (Hrsg.), *Verfassung des Landes Baden-Württemberg*, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 13.

¹⁸ *Ibid.*, Art. 28 Rn. 14.

¹⁹ *Däubler*, *ZParl* 2017, S. 141 (142).

²⁰ *Haug*, in: *Haug* (Hrsg.), *Verfassung des Landes Baden-Württemberg*, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 17.

²¹ *Däubler*, *ZParl* 2017, S. 141 (146 ff.).

²² S. auch *Haug*, in: *Haug* (Hrsg.), *Verfassung des Landes Baden-Württemberg*, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 18.

²³ *Däubler*, *ZParl* 2017, S. 141 (142).

²⁴ *Eder/Magin*, *Wahlsysteme*, in: *Freitag/Vatter* (Hrsg.), *Die Demokratien der deutschen Bundesländer, Politische Institutionen im Vergleich* (2008), S. 38 ff.

²⁵ *Ibid.*, S. 40.

²⁶ *Vgl. Ibid.*

²⁷ *Vgl. Ibid.*

²⁸ Übersicht auch bei *Zicht*: <https://www.wahlrecht.de/landtage/index.htm> (letzter Abruf am 10.06.2018).

²⁹ Offene Landeslisten, die insbesondere ein Panaschieren ermöglichen, existieren – wie dargelegt – in Bayern sowie mit Besonderheiten auch in Bremen und Hamburg.

Folgende: In Art. 28 Abs. 1 LV-BW hat der Landesverfassungsgeber eine Systementscheidung³⁰ getroffen, ein Wahlrecht zu schaffen, das zwar Elemente der Persönlichkeitswahl enthält, im Kern aber vor allem den Grundsätzen der Verhältniswahl genügen muss.

So lautet Art. 28 Abs. 1 LV-BW:

„(1) Die Abgeordneten werden nach einem Verfahren gewählt, das die Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl verbindet. [...]“

Im direkten Vergleich der Verfassungstexte der Länder und des Grundgesetzes ist festzuhalten, dass neben Baden-Württemberg auch noch weitere Länder eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung zugunsten eines bestimmten Wahlsystems in der Verfassung selbst getroffen haben. In Brandenburg (Art. 22 Abs. 3 Satz 3 BbgVerf), Sachsen (Art. 41 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf), Sachsen-Anhalt (Art. 42 Abs. 1 LSAVerf) und Schleswig-Holstein (Art. 16 Abs. 2 Satz 1 SHVerf) stimmt der Wortlaut mit der aufgezeigten Formulierung des Art. 28 Abs. 1 LV-BW sogar überein.³¹ Die Landesverfassungen von Mecklenburg-Vorpommern (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 MVVerf), Rheinland-Pfalz (Art. 80 Abs. 1 RhPFVerf) und Thüringen (Art. 49 Abs. 1 ThürVerf) sehen ein Wahlsystem vor, welches Art. 28 Abs. 1 LV-BW entspricht. In den genannten Ländern ist somit bereits durch die Verfassung als Maßgabe für den einfachen Wahlrechtsgesetzgeber ebenfalls wie in Baden-Württemberg ein Mischtypus von Persönlichkeits- und Verhältniswahl vorgegeben, der die einfachgesetzliche Einführung bestimmter, in ihrer Variationsbreite sonst grundsätzlich „unendlich denk- oder konstruierbarer“³² Wahlrechtsmodelle auf solche beschränkt, bei denen Persönlichkeits- und Verhältniswahl zu etwa gleichberechtigten Anteilen miteinander kombiniert sind.³³ Uneindeutig ist die Verfassungsvorgabe in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BayVerf, der ein „verbessertes Verhältniswahlsystem“ vorsieht. In Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen findet sich – ebenso wie im Bund in Art. 38 GG – keine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für (oder gegen) ein bestimmtes Wahlsystem.

II. Wahlsystemtypen

Unter den im rechts- und politikwissenschaftlichen Schrifttum gemeinhin unterschiedenen Wahlsystemtypen werden das Mehrheitswahlsystem und das Verhältniswahlsystem genannt.³⁴ Beide Systeme existieren in der Staatspraxis außerhalb Deutschlands jeweils „in Reinform“, wobei in den deutschen Parlamentswahlsystemen nur die Verhältniswahl vorkommt, zumeist in Gestalt eines Mischsystems. Dort, wo – wie in Baden-Württemberg – verfassungsrechtliche Vorgaben in Bezug auf das Wahlsystem

bestehen, sind diese für den einfachen Wahlrechtsgesetzgeber bindend. Vor diesem Hintergrund sollen die gängigen Wahlsysteme als Ausgestaltungsoptionen nachfolgend betrachtet werden.

1. (Reine) Mehrheitswahl

Die reine Mehrheitswahl ist in Deutschland in keinem Landeswahlrecht als Wahltypus etabliert. Mehrheitswahl bedeutet, dass es sich um ein Wahlsystem handelt, bei dem derjenige Kandidat einen Sitz als Abgeordneter im Parlament erhält, der in einem Wahlkreis die absolute oder relative Mehrheit der Stimmen erhalten hat.³⁵ Das Mehrheitswahlrecht mit relativer Mehrheit existiert etwa in Großbritannien, den USA und Kanada.³⁶ Das absolute Mehrheitswahlrecht gilt in Frankreich, wobei hier die Bindung an die absolute Mehrheit im Wahlkreis bei den Wahlen zur Nationalversammlung einen zweiten Wahlgang dann erforderlich macht, wenn zunächst im ersten Wahlgang nur eine relative Mehrheit erreicht worden ist. Das Mehrheitswahlrecht gilt als einfach, weil es die für die Verhältniswahl charakteristischen Probleme wie das Entstehen von Überhangmandaten oder des sog. negativen Stimmgewichts von vornherein ausschließt.³⁷ Außerdem liegt es in der Natur dieses Wahlsystems, dass das personalisierende Element durch die enge Bindung des gewählten Abgeordneten an seinen Wahlkreis stark ausgeprägt ist.³⁸ Die Einführung der Mehrheitswahl wäre in Deutschland freilich nur in denjenigen Bundesländern sowie darüber hinaus im Bund zulässig, in denen – anders als etwa in Baden-Württemberg in Art. 28 Abs. 1 LV-BW – keine verbindliche Systementscheidung auf Verfassungsebene zugunsten eines personalisierten Verhältniswahlsystems getroffen ist. Der Landesgesetzgeber hätte folglich bei der diskutierten Reform in Baden-Württemberg kein reines Mehrheitswahlrecht einführen können.

2. (Reine) Verhältniswahl

Die reine Verhältniswahl als weiterer Wahlsystemtypus ist dadurch gekennzeichnet, dass in diesem System die Verteilung der Abgeordnetensitze im Parlament möglichst genau die proportionalen Stimmenergebnisse für die Parteilisten abbilden soll.³⁹ Die reine Verhältniswahl war das in der Weimarer Republik geltende Wahlsystem und findet heute bei der Europawahl sowie bei Landtagswahlen – wie dargelegt – nur im Saarland statt. Die Wahl erfolgt dabei ausschließlich nach Listen der Parteien, wobei die tatsächlich erreichten Stimmen zur proportionalen Bestimmung der Sitzverteilung im Parlament führen.⁴⁰ Die Unzulänglichkeiten, die mit einem Mischsystem wie der auch von Art. 28 Abs. 1 LV-BW vorgegebenen personalisierten Verhältniswahl verbunden sind (etwa das Entstehen von Überhangmandaten) könnten mit einer reinen Verhältniswahl – als

³⁰ Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 5.

³¹ S. auch Ibid.

³² So treffend Boehl, ZRP 2017, S. 197 (198); zur Variationsbreite siehe auch Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl. (2017), § 5 Rn. 210.

³³ Braun, Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg (1984), Art. 28 Rn. 11; Haug, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 8.

³⁴ Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Lsbl., Stand: 81 EL (September 2017), Art. 38 Rn. 151 f.; Magiera, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 115 f.; Sacksofsky, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, Handbuch (2016), § 6 Rn. 6.

³⁵ Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl. (2017), § 5 Rn. 208; Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Lsbl., Stand: 81 EL (September 2017), Art. 38 Rn. 153.

³⁶ Sacksofsky, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, Handbuch (2016), § 6 Rn. 7.

³⁷ Boehl, ZRP 2017, S. 197 (198).

³⁸ Sacksofsky, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, Handbuch (2016), § 6 Rn. 7.

³⁹ Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl. (2017), § 5 Rn. 208; Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Lsbl., Stand: 81 EL (September 2017), Art. 38 Rn. 154; Sacksofsky, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, Handbuch (2016), § 6 Rn. 6, unter Verweis auf Nohlen, Wahlrecht und Parteiensystem, 6. Aufl. (2004), S. 142.

⁴⁰ Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl. (2017), § 5 Rn. 207.

reiner Listenwahl – vermieden werden.⁴¹ Allerdings würde die Kandidatenaufstellung von den Parteimitgliedern vor Ort auf die Listenvorschläge der Parteiführungen auf Parteitage verlagert und damit der lokale Bezug des Wahlkreisabgeordneten, der „seinen“ Wählern vor Ort verantwortlich ist, zumindest geschwächt. Überdies scheidet die Option einer reinen Verhältniswahl in Baden-Württemberg wegen der klaren Systemvorgabe in Art. 28 Abs. 1 LV-BW zugunsten einer mit Elementen der Persönlichkeitswahl (und damit Mehrheitswahl) verbundenen Verhältniswahl aus. Gleiches gilt für alle übrigen Länder, in denen es Art. 28 Abs. 1 LV-BW vergleichbare Vorgaben bezüglich einer personalisierten Verhältniswahl gibt.

3. Personalisierte Verhältniswahl als Zweistimmenwahlrecht

Eine weitere – und nach hiesiger Auffassung die im Ergebnis zu favorisierende – Option zur verfassungskonformen Änderung des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg wäre die Ausgestaltung der von Art. 28 Abs. 1 LV-BW vorgegebenen personalisierten Verhältniswahl unter Einführung einer Zweitstimme. Dieser im Bund wie in allen übrigen Ländern mit Ausnahme des Saarlands praktizierte Wahlmodus wird nach geläufiger Auffassung als Mischtypus zwischen Verhältniswahl und Mehrheitswahl angesehen.⁴² Allerdings steht – was mitunter übersehen wird – dabei grundsätzlich der Charakter der Verhältniswahl im Vordergrund.⁴³ Dem folgt zwar letztlich auch das Einstimmensystem zum Landtag in Baden-Württemberg.⁴⁴ Allerdings verzerrt gerade der Umstand, dass in Baden-Württemberg für die Wahl zum Landtag nur die eine Stimme für den Wahlkreis-kandidaten (und dessen Partei auf Bezirksebene) maßgeblich für die Erst- und auch die Zweitmandatsverteilung ist, diesen vordergründigen Charakter als Verhältniswahl. Bei Lichte besehen, führt die Zentrierung auf die Wahlkreisbewerber eher zu einer Überbetonung des Persönlichkeitselements und damit zu einer faktischen Reduzierung des baden-württembergischen Landtagswahlrechts auf den Charakter einer tendenziell überschießenden Persönlichkeitswahl. Diese Verengung ließe sich dadurch vermeiden, dass auch in Baden-Württemberg eine personalisierte Verhältniswahl mit Zweistimmenwahlrecht eingeführt würde. Der von der Regierungskoalition diskutierte Vorstoß, ein „personalisiertes Verhältniswahlrecht mit einer geschlossenen Landesliste unter Beibehaltung des Einstimmenswahlrechts“ einzuführen, hätte wegen des Festhaltens an der Einstimmenswahl die Vorteile der personalisierten Verhältniswahl mit Zweistimmenwahlrecht und Verhältnisausgleich freilich nicht hinreichend gewürdigt und zudem das Landtagswahlrecht in Baden-Württemberg einseitig in die Nähe eines dort unzulässigen Grabenwahlrechts gerückt (siehe dazu sogleich näher).

⁴¹ *Boehl*, ZRP 2017, S. 197 (198).

⁴² BVerfGE 6, 84 (90); 7, 63 (70); 16, 130 (139); 95, 335 (336); 131, 334 ff.; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 86; *Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 38 Rn. 116; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. (2016), Art. 38 Rn. 33.

⁴³ *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. (2016), Art. 38 Rn. 33, sprechen zutreffend von einem „Verhältniswahlrecht, in das Elemente des Mehrheitswahlrechts inkorporiert sind.“

4. Grabenwahl

Eine zusätzliche Option unter den Wahlsystemtypen wäre grundsätzlich auch die Einführung eines sog. Grabenwahlrechts.⁴⁵ Bei diesem Wahlsystem liegt es so, dass die Hälfte der Parlamentssitze ohne Verrechnung direkt gewählt wird, d.h. insoweit eine Mehrheitswahl stattfindet, während die andere Hälfte der Parlamentssitze per Listenwahl als reiner Verhältniswahl erfolgte.⁴⁶ Zwischen beiden voneinander getrennten Wahlen verlief also gewissermaßen ein Graben. Beide Systeme würden gleichsam unverbunden nebeneinander stehen, und es würde eine Stimmen- oder Mandatsverrechnung nicht stattfinden.⁴⁷ Bereits die Zulässigkeit dieses Systems ist in den Ländern, die wie in Baden-Württemberg die personalisierte Verhältniswahl als Vorgabe haben, keineswegs unproblematisch. Sie wäre nur dann gegeben, wenn die Landesverfassung nicht die Verrechnung erfordern würde. Gerade dies erscheint aber bei näherer Betrachtung mit Blick auf Art. 28 Abs. 1 LV-BW der Fall zu sein: Denn es kommt insoweit maßgeblich darauf an, dass Art. 28 Abs. 1 LV-BW wohl nur eine Auslegung in dem Sinne zulassen dürfte, die den mit der Verhältniswahl verbundenen Verhältnisausgleich auf die *gesamte* Wahl bezieht und daher eine Mandatsverteilung außerhalb der verfassungsrechtlich vorgegebenen Verhältniswahl (wenngleich mit Persönlichkeitselementen verbunden) wie bei der Grabenwahl nicht zulässig wäre.⁴⁸ Dies muss im Übrigen auch für diejenigen Länder gelten, deren Verfassungen eine Art. 28 Abs. 1 LV-BW dem Wortlaut nach vergleichbare Systemscheidung getroffen haben. Bedenklich erscheint daher der Ansatz, das Einstimmensystem in Baden-Württemberg aufrechtzuerhalten und zugleich die Verteilung der 50 Zweitmandate an eine Landesliste der Parteien zu koppeln. Insoweit drohte die in Art. 28 Abs. 1 LV-BW angelegte Geltung der Verhältniswahl für das gesamte Wahlverfahren mitunter unterlaufen zu werden, weil damit eine Sitzverteilung verbunden wäre, die der in Baden-Württemberg wohl unzulässigen Grabenwahl zumindest sehr nahe käme.

III. Zusammenfassung

Unter den nach Maßgabe von Art. 28 Abs. 1 LV-BW auch verfassungsrechtlich zulässigen Wahlsystemen ist neben dem – im Ergebnis aber wenig überzeugenden – Festhalten an dem Einstimmenswahlrecht, das mit einer starren Landesliste unterlegt wird, vor allem das in fast allen Ländern und im Bund eingeführte System der auf zwei Stimmen basierenden personalisierten Verhältniswahl eine mögliche Ausgestaltungsoption für das Landtagswahlrecht. Insoweit könnte – um dem Persönlichkeitselement nach wie vor Rechnung zu tragen – auch erwogen werden, die über die Zweitstimme zu wählende Liste nicht als geschlossene – sondern, wie etwa in Bayern, offene – Liste auszugestalten.

⁴⁴ *Sander*, in: Feuchte (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (1987), Art. 28 Rn. 11 („reines Verhältniswahlrecht“).

⁴⁵ Dazu *Strohmeier*, ZParl 2007, S. 578 (587 f.).

⁴⁶ *Boehl*, ZRP 2017, S. 197 (198).

⁴⁷ *Klein*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Lsbl., Stand: 81 EL (September 2017), Art. 38 Rn. 155.

⁴⁸ *Haug*, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 9.

D) Ausblick

Die Landtagswahl sollte stets „Wahl für das ganze Land“ sein. Dieser allgemeinen Erkenntnis wird das Landtagswahlrecht in Baden-Württemberg angesichts seines ausschließlichen Bezugs auf die errungenen Stimmen im jeweiligen Regierungsbezirk sowie die Konzentration ausschließlich auf die für eine Partei angetretenen Wahlkreisbewerber nicht umfänglich gerecht. Die Alleinstellung des baden-württembergischen Landtagswahlrechts unter den Wahlsystemen der deutschen Bundesländer offenbart insofern einen gewissen Reformbedarf bezüglich der Umsetzung des in Art. 28 Abs. 1 LV im Grundsatz verfassungsrechtlich vorgegebenen Wahlsystems, soweit es um die einseitige Überbetonung der Grundsätze der Persönlichkeitswahl geht. Als einziges unter den existierenden Wahlrechtssystemen in den Flächenländern – mit Ausnahme des Saarlandes, dort freilich unter anderen Systembedingungen – hält Baden-Württemberg an einem Einstimmigenwahlrecht zur Ausgestaltung der landesverfassungsrechtlich zwingend vorgegebenen personalisierten Verhältniswahl auch nach dem Scheitern der jüngsten Reform fest. Der damit im Kern verfassungsrechtlich gebotenen Verhältniswahl, die gleichsam als „gerechtestes“ unter den Wahlsystemen gilt,⁴⁹ wird mit diesem System und den dadurch bedingten Folgeerscheinungen insbesondere bei der Zweitmandatsverteilung bislang nicht hinreichend Rechnung getragen. Auch die beabsichtigte Reform hätte, wie dargelegt, dieses System lediglich modifiziert, aber keineswegs zu einem nennenswerten Systemwechsel beigetragen. Eine „idealtypische“ Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Systementscheidung zugunsten der personalisierten Verhältniswahl kann weder im weiterhin geltenden noch in dem beabsichtigten neuen Wahlsystem erblickt werden.⁵⁰ Das komplizierte, im Ergebnis die landesweite Perspektive durchweg ausblendende Einstimmensystem und seine Fokussierung auf die Wahlkreise und die dort für Kandidat und Partei gleichermaßen abgegebenen Stimmen verhindert eine Landtagswahl, die auch realiter das Land in toto in den Blick nimmt. Sie erscheint – auch und gerade im Ländervergleich – als überfällig. Wenngleich das baden-württembergische Wahlsystem (landes-)verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wäre es jedenfalls rechtspolitisch angezeigt gewesen, auch in Baden-Württemberg ein Landtagswahlrecht zu etablieren, das – wie im Übrigen nahezu alle anderen Länder auch – ein personalisiertes Verhältniswahlrecht vorsieht, das auf zwei Stimmen beruht. Diese noch im Koalitionsvertrag angelegte Chance ist zunächst vertagt.

► Inhaltsverzeichnis



⁴⁹ So zutreffend *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl. (2017), § 5 Rn. 207.

⁵⁰ A.A. aber jedenfalls mit Blick auf das bislang (und vorerst auch weiterhin) geltende Landtagswahlrecht wohl *Haug*, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des

Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 28 Rn. 16, unter Verweis auf StGH, ESVGH 27, 189 (190); ESVGH 40, 161 (Ls. 1).



Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf www.menoldbezler.de/karriere.



MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart
Telefon +49 711 86040-00, Stefanie.Mueller@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

KLAUSUR – STRAFRECHT

Dr. Ralf Dietrich*/Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck**

„Geldsorgen in Springfield“

Examensklausur***

Sachverhalt

Homer (H) hat bei Burns (B) fällige Schulden in Höhe von 5.000 Euro. Da er fürchtet, B werde ihn demnächst verklagen und die Zwangsvollstreckung einleiten, entschließt er sich, den benötigten Geldbetrag illegal zu beschaffen. Wie er zufällig erfahren hat, liefert der Inhaber einer Szene-Bar, Moe (M), jeweils donnerstags gegen 16.30 Uhr etwa 5.000 Euro bei einer bestimmten Bankfiliale ab; er trägt das Geld zu Fuß in einer unverschlossenen Aktentasche zur Bank. H plant, dem M in der Nähe der Bankfiliale aufzulauern, ihn überraschend niederzuschlagen und sodann die Aktentasche mit dem Geld an sich zu nehmen.

Als B die Rückzahlung des Darlehens anmahnt, berichtet ihm H von seinem Plan. Dabei äußert B, ihm sei es gleichgültig, wie H das Geld beschaffe. Von der geplanten Art des Überfalls müsse er jedoch abraten; sie sei zu riskant. Besser sei es, wenn H sich eine Waffe besorge und den Geldboten damit zur Aushändigung der Aktentasche zwingen. B fügt hinzu: "Aber nur ja keine geladene Waffe verwenden!" Dem H leuchtet der Vorschlag ein, was er gegenüber B auch zum Ausdruck bringt.

Bei einem Besuch in der Wohnung seines Schwagers S entwendet H heimlich dessen Pistole. Er geht dabei davon aus, dass die Waffe, die er später wieder zurückbringen will, nicht geladen sei, weil S sie seit langem nicht mehr benutzt hat. Tatsächlich hatte S die Pistole jedoch – nach einem Einbruch in der Nachbarschaft – am Vortag mit Munition versehen.

Am folgenden Donnerstag stellt sich H gegen 16.15 Uhr in der Nähe der Bankfiliale hinter eine Hausecke und lauert dem M auf. Nach einer Weile nähert sich M dem Versteck. H nimmt die Pistole aus der Jackentasche, um den M, sobald dieser an der Hausecke erscheint, zur Aushändigung der Aktentasche zu zwingen. In einer Entfernung von 2 m bleibt M indessen plötzlich stehen, setzt die Aktentasche auf den Boden und bückt sich, um seine Schuhe zuzubinden. Diese unerwartete Wendung nutzt H aus. Er steckt die Waffe wieder ein, schleicht sich leise an M heran, ergreift die Aktentasche und rennt mit ihr davon. Als er glaubt, außerhalb der Sichtweite des M zu sein, versteckt er die Tasche in einem Gebüsch. Er will sie später in der Dunkelheit abholen. Bei seiner Rückkehr am Abend sucht er jedoch vergeblich im Gebüsch nach der Aktentasche. M hatte den H nämlich verfolgt, das Versteck ausfindig gemacht, die Tasche wieder gefunden und das Geld bei der Bank abgeliefert.

Aufgabe 1

Wie haben sich Homer und Burns nach dem StGB strafbar gemacht? §§ 239a f., 138 StGB sind nicht zu prüfen.

Aufgabe 2

1. H wird als Beschuldigter von einem Kriminalbeamten erklärt, er lade ihn auf das Polizeirevier. H meint, nach vielen gesehenen Tatortfolgen, er müsse erscheinen.

Stimmt das? Wie ist es, wenn die Staatsanwaltschaft dem H eine Ladung zukommen lässt?

2. H erscheint auf dem Polizeirevier.

Worauf hat der Beamte H hinzuweisen? Wie ist es, wenn H beim zuständigen Staatsanwalt erscheint – hat dieser andere Hinweispflichten?

* Der Autor ist Richter am Landgericht Stuttgart.

** Die Autorin ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht in Tübingen (Prof. Dr. Jörg Kinzig).

*** Die vollständig überarbeitete und aktualisierte Klausur wurde vor einigen Jahren im Examensklausurenkurs der Eberhard-Karls-Universität Tübingen gestellt.

Gliederung**Aufgabe 1****A) Strafbarkeit des H****I. Die Entwendung der Aktentasche**

1. Einfacher Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB)
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Bestehen fremden Gewahrsams
 - bb) Bruch fremden Gewahrsams und Begründung neuen Gewahrsams
 - b) Subjektiver Tatbestand
 - c) Rechtswidrigkeit/Schuld
 - d) Strafzumessung: Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 2, 6, 7 StGB)
 - e) Ergebnis
2. Diebstahl mit Waffen (§ 244 Abs. 1 StGB)
 - a) Diebstahl mit Schusswaffe (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 1 StGB)
 - b) Diebstahl unter Beisichführen eines sonstigen Werkzeugs/Mittels (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB)
 - aa) Sonstiges Werkzeug: Scheinwaffen
 - bb) Beisichführen
 - cc) Um zu drohen
 - c) Ergebnis
3. Ergebnis bezüglich des Entwendens der Aktentasche

II. Das Auflauern hinter der Hausecke

1. Versuchte schwere räuberische Erpressung (§§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB)
 - a) Tatentschluss
 - aa) Raub- oder Erpressungsvorsatz
 - (1) Rechtsprechung und Teile der Literatur
 - (2) (Wohl) herrschende Auffassung im Schrifttum
 - (3) Streitentscheidung
 - bb) Tatentschluss: Sonstige Elemente
 - b) Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung
 - c) Versuchte schwere räuberische Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), b) StGB)
 - aa) Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB)
 - bb) Beisichführen eines sonstigen Werkzeugs oder Mittels (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB)
 - d) Rechtswidrigkeit/Schuld
 - e) Rücktritt vom Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB)
 - aa) Maßgebliche Rücktrittsnorm
 - bb) Kein Fehlschlag
 - cc) Beendeter/Unbeendeter Versuch
 - dd) Freiwilligkeit
 - ee) Teilrücktritt bei Deliktswechsel
 - f) Ergebnis
2. Versuchter Betrug (§§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB)
3. Sonstige beim Auflauern verwirklichte Delikte und Konkurrenzen
4. Ergebnis bezüglich des Auflauerns hinter der Hausecke

III. Vorbereitung des Geschehens: Angebot der Geldbeschaffung und Entwendung der Waffe

1. Das Angebot der Geldbeschaffung an B (§ 30 Abs. 2 StGB)
2. Die Entwendung der Waffe bei S (§ 242 Abs. 1 StGB)
3. Ergebnis bezüglich der Vorbereitungshandlungen

IV. Die Suche nach der Aktentasche

(§§ 246 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB)

1. Fehlende Vollendung
2. Tatentschluss
3. Ergebnis

B) Strafbarkeit des B**I. Die Beteiligung am Versuchsdelikt des H**

1. Versuchte schwere räuberische Erpressung in Mittäterschaft (§§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB)
2. Anstiftung zur versuchten schweren räuberischen Erpressung (§§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB)
 - a) Umstiftung
 - b) Aufstiftung
 - c) Ergebnis

II. Die Anstiftung / Beihilfe zum Diebstahl des H

(§§ 242, 26 bzw. 27 StGB)

III. Die vorbereitende Beteiligung

(§ 30 Abs. 2 StGB)

C) Gesamtergebnis**Aufgabe 2****I. Erscheinen vor der Polizei/Staatsanwaltschaft****II. Erste Vernehmung durch Beamte des Polizeidienstes bzw. durch die Staatsanwaltschaft**

Gutachten

Hinweis

Es bieten sich ganz unterschiedliche – gleichrangige – Aufbaumöglichkeiten. Eine Prüfung kann nach der zeitlichen Reihenfolge erfolgen. Es können zunächst die schwersten Delikte geprüft werden oder aber zuerst vollendete Delikte, dann versuchte und dann die Vorbereitungen dazu geprüft werden. Wichtig ist, dass die angesprochenen Delikte sauber geprüft werden, nicht wichtig ist, wo sie geprüft werden, so lange der Aufbau in sich schlüssig ist.

Aufgabe 1

A) Strafbarkeit des H

I. Die Entwendung der Aktentasche

1. Einfacher Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB)

Indem H die Aktentasche ohne die zunächst beabsichtigte Bedrohung mit der Waffe durch schlichten Zugriff mitnahm, könnte er sich wegen Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Die Diebstahlprüfung bietet kaum Probleme und erfordert lediglich eine relativ einfache Subsumtion, die möglichst knapp gehalten werden sollte.

a) Objektiver Tatbestand

Die Aktentasche mit Inhalt erfüllt die Voraussetzungen einer für H fremden beweglichen Sache. Diese müsste H weggenommen haben. Wegnahme ist der als Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams.¹

aa) Bestehen fremden Gewahrsams

Unter Gewahrsam ist das von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu verstehen.² Der Gewahrsam ist dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens zu bestimmen.³

M hatte im Tatzeitpunkt Gewahrsam an dieser Sache: Da er die Tasche in seiner unmittelbaren Nähe auf den Boden stellte und dieser Zustand erkennbar auch nur für kurze Zeit beabsichtigt war, kann die Situation allenfalls als eine gewisse Gewahrsamslockerung,⁴ nicht aber als Gewahrsamsverlust bewertet werden.

bb) Bruch fremden Gewahrsams und Begründung neuen Gewahrsams

H brach diesen Gewahrsam, als er die Tasche gegen bzw. ohne den Willen des M ergriff, und begründete spätestens mit der anschließenden Flucht eigenen, neuen Gewahrsam. Die Verfolgung durch M und dessen späteres Auffinden der Aktentasche

ändern an dem zunächst erfolgten Wechsel der Sachherrschaft nichts. Damit hat H die Tasche weggenommen.

b) Subjektiver Tatbestand

Der Vorsatz zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache ist unproblematisch gegeben.

Bezüglich der Absicht rechtswidriger Zueignung gem. § 242 Abs. 1 StGB muss zwischen der Aktentasche und dem enthaltenen Geld differenziert werden. Erforderlich ist die wenigstens vorübergehende Aneignungsabsicht (direkter Vorsatz) und ein dauerhafter Enteignungsvorsatz (*dolus eventualis*).⁵

Bezüglich des Geldes wird die Absicht rechtswidriger Zueignung nicht dadurch ausgeschlossen, dass H das Geld nicht für sich behalten, sondern damit seine Darlehensschuld begleichen will (Drittzueignung).

Hinsichtlich der Aktentasche kann man an einer Aneignungsabsicht des H zweifeln, da der Sachverhalt über die geplante weitere Verwendung schweigt und H an der Tasche wahrscheinlich kein besonderes Interesse hat. Gleichwohl lässt sich auch insoweit die Zueignungsabsicht mit der Erwägung bejahen, dass H die Aktentasche auf der Flucht als notwendiges Transportmittel für das Geld einsetzen will, so dass unter diesem Gesichtspunkt die Absicht der zumindest vorübergehenden Nutzung zu eigenen Vermögenszwecken und dauerhaften Enteignung vorliegt.

Die beabsichtigte Zueignung ist rechtswidrig, da H keinen fälligen einredefreien Anspruch auf Geld und Tasche hat.⁶ Der Vorsatz bezüglich einer rechtswidrigen Zueignung ist ebenfalls gegeben.

c) Rechtswidrigkeit/Schuld

H handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Strafzumessung: Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 6, 7 StGB)

Die Aktentasche könnte ein verschlossenes Behältnis gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB darstellen. Ein *Behältnis* ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes, sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden.⁷ Dies kann bei der Aktentasche noch bejaht werden. Ein Behältnis ist aber erst verschlossen, wenn es gegen ordnungswidrigen Zugriff besonders gesichert ist.⁸ Die unverschlossene Aktentasche stellt kein verschlossenes Behältnis mit besonderer Sicherungsfunktion im Sinne des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB dar. Da es sich bei der Aktentasche vielmehr um ein schlichtes Mittel zum Transport und Zusammenhalten des Inhalts handelt, stellt sie auch keine anderweitige Schutzvorrichtung gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB dar.

¹ BGH NStZ 1988, 270 (271); *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 242 Rn. 22; Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 242 Rn. 8; *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 2 Rn. 22; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 49.

² *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 242 Rn. 11.

³ BGHSt 41, 198 (205).

⁴ Zur Gewahrsamslockerung s. *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 2 Rn. 60 ff.

⁵ *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 242 Rn. 33a; *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 2 Rn. 89.

⁶ Dazu: *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 2 Rn. 187.

⁷ BGHSt 1, 158 (164); *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 3 Rn. 23.

⁸ *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 3 Rn. 23.

Hinweis

Das Problem, ob § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB auch anwendbar ist, wenn der Täter ein leicht transportables Behältnis mit Sicherungsfunktion als Ganzes und ohne Überwindung der Sachsicherung entwendet,⁹ stellt sich daher im vorliegenden Fall nicht.

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB ist ebenfalls nicht einschlägig: H nutzt lediglich die vorübergehende Unaufmerksamkeit des M listig aus. Unaufmerksamkeit allein begründet aber noch keine Hilflosigkeit – die zwingend einen besonderen Schwächezustand voraussetzt¹⁰ – im Sinne des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB.

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 StGB betrifft im Übrigen nur den Fall, dass die Waffe selbst das Objekt des konkreten Diebstahls ist. Die vorausgehende Entwendung einer Waffe zum Zweck der Tatausführung fällt – nach dem eindeutigen Wortlaut – nicht darunter.

Es handelt sich daher nicht um einen besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 Abs. 1 StGB.

e) Ergebnis

H hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Diebstahl mit Waffen (§ 244 Abs. 1 StGB)

H könnte einen Diebstahl mit Waffen gem. § 244 Abs. 1 StGB begangen haben.

Hinweis

Es ist auch ein gemeinsamer Aufbau von §§ 242, 244 StGB möglich. Aus Gründen der Übersichtlichkeit schließt sich die Prüfung der Qualifikation jedoch an jene des Grunddelikts an.

a) Diebstahl mit Schusswaffe (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 1 StGB)

Waffen im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 1 StGB sind Gegenstände, die zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen allgemein bestimmt sind (Waffen im technischen Sinn).¹¹ Erforderlich ist, dass die Waffe funktionstüchtig und einsatzbereit ist.¹² H führt beim Diebstahl eine funktions- und einsatzfähige Schusswaffe im Sinne der Vorschrift bei sich, da die bei S entwendete Pistole geladen war. H hielt die Waffe jedoch für ungeladen und damit nicht für einsatzfähig. Damit liegt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 StGB hinsichtlich der objektiven Qualifikationsvoraussetzungen vor.

⁹ Dazu: BGHSt 24, 248; Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 3 Rn. 29.

¹⁰ Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 3 Rn. 37.

¹¹ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 244 Rn. 4; Schmitz, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 244 Rn. 7.

¹² BGHSt 45, 92 (93); Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 4 Rn. 10.

¹³ BGHSt 44, 103 (105): „das gefährliche Werkzeug als Oberbegriff“; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 244 Rn. 13.

¹⁴ Ausführlich dazu: Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 244 Rn. 15 ff.; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edit. (2017), § 244 Rn. 7 ff.

In Betracht kommt auch das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2 StGB.

Hinweis

Die Untersuchung, ob es sich bei der geladenen Waffe objektiv um ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2 StGB handelt, ist überflüssig: Der objektive Tatbestand des Beisichführens einer Waffe wurde bereits bejaht. Waffen sind schon nach dem Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB gefährlicher Werkzeuge („Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug“).¹³ Deshalb sind auch Ausführungen zu dem Problem des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs¹⁴ zu unterlassen.

Auch die 2. Alternative umfasst keine ungeladenen Schusswaffen.¹⁵ Nach der Konzeption des Gesetzgebers reicht der Schein der Gefährlichkeit nicht aus.¹⁶ Hs Vorsatz bezog sich aber nur auf das Beisichführen einer – objektiv ungefährlichen – ungeladenen Schusswaffe. Weil A die Waffe auch nicht auf andere Art und Weise gefährlich verwenden wollte (zB. als Schlagwerkzeug), scheidet auch die Verwirklichung der 2. Alternative am Vorsatz.

b) Diebstahl unter Beisichführen eines sonstigen Werkzeugs/Mittels (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB)**aa) Sonstiges Werkzeug: Scheinwaffen**

Bei den sonstigen Werkzeugen im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB kann es sich um beliebige Gegenstände handeln; auf eine objektiv gegebene Gefährlichkeit kommt es nicht an.¹⁷ Daher können auch Scheinwaffen unter § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB subsumiert werden.¹⁸ Die Tatsache, dass es sich objektiv um eine Waffe im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB handelt und dem H insoweit lediglich der Vorsatz fehlt, schließt die Anwendung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB nicht aus. Es kommt vielmehr darauf an, ob im Einzelfall die Voraussetzungen des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB objektiv und subjektiv vorliegen.

bb) Beisichführen

Ein Beisichführen ist gegeben, wenn dem Täter das Mittel während des Tathergangs zur Verfügung steht, es sich also so in seiner räumlichen Nähe befindet, dass er jederzeit darauf zugreifen kann.¹⁹ H konnte jederzeit auf die Pistole zugreifen und führte sie daher bei Begehung der Tat bei sich.

cc) Um zu drohen

Gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB müsste H die Pistole mitführen haben, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Erforderlich ist somit die Absicht, das mitgeführte Werkzeug als Drohmittel zu verwenden.²⁰

¹⁵ BGHSt 44, 103 (106 f.).

¹⁶ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 244 Rn. 5.

¹⁷ Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 244 Rn. 25.

¹⁸ Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 244 Rn. 26.

¹⁹ Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 4 Rn. 43.

²⁰ Dazu: Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 4 Rn. 75 f.; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edit. (2017), § 244 Rn. 13.

Dies ist nicht der Fall. H wollte die Waffe, als er sie wieder einsteckte und sich an M heranschlich, zur Ausführung der Wegnahme überhaupt nicht mehr einsetzen, weil er jetzt die Möglichkeit sah, auf einfachere Weise an die Aktentasche heranzukommen.

Hinweis

Das Versuchsstadium war noch nicht erreicht. Andernfalls wäre zu diskutieren, ob ein Rücktritt von der Qualifikation möglich ist. Eine Deutung in der Richtung, dass H die Waffe notfalls doch noch verwenden wollte, lässt der vorliegende Sachverhalt bei lebensnaher Betrachtung kaum zu. Angesichts des eindeutig fehlenden Einsatzwillens wäre es deshalb unzweckmäßig, das Problem der sog. Scheinwaffe – die hier aus der subjektiven Sicht des H vorläge – bereits an dieser Stelle näher zu erörtern. Im Moment der Tatausführung handelte der Täter daher ohne die Absicht die Waffe zu verwenden.

c) Ergebnis

H hat sich daher keine in § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannte Qualifikation erfüllt.

3. Ergebnis bezüglich des Entwendens der Aktentasche

Durch das Entwenden der Aktentasche hat sich H gem. § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht.

II. Das Auflauern hinter der Hausecke

1. Versuchte schwere räuberische Erpressung

(§§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB)

Indem H dem M hinter der Hausecke auflauerte, um ihn unter Verwendung der Pistole zur Aushändigung der Aktentasche zu zwingen, könnte er sich wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), b), 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Tatentschluss

aa) Raub- oder Erpressungsvorsatz

H müsste mit Tatentschluss bezüglich eines Raubes oder einer räuberischen Erpressung gehandelt haben. Raub und räuberische Erpressung sind aus der Perspektive des geplanten Vorgehens voneinander abzugrenzen. Die Frage ist, ob der Vorsatz des H, den M „zur Aushändigung der Aktentasche zu zwingen“, auf eine Wegnahme im Sinne des § 249 Abs. 1 StGB oder auf eine erpresserische Vermögensschädigung gem. §§ 253, 255 StGB gerichtet war. Am qualifizierten Drohungsvorsatz selbst ("Drohung mit gegenwärtiger Gefahr") bestehen keine Zweifel. Die Abgrenzungsfrage richtet sich danach, in welchem genaueren Verhältnis die Tatbestände zueinander stehen.

(1) Rechtsprechung und Teile der Literatur

Die höchstrichterliche Rechtsprechung²¹ – der ein Teil des Schrifttums gefolgt ist²² – betrachtet den Raub als Spezialfall der als *lex generalis* verstandenen räuberischen Erpressung: Der Raub werde von ihr mitumfasst.²³ Auf dieser Grundlage wird für die räuberische Erpressung einerseits auf das einschränkende Merkmal der Vermögensverfügung verzichtet, so dass dieses Delikt an sich auch durch Wegnahme begangen werden kann.²⁴ Liegen jedoch alle sonstigen Voraussetzungen des Raubes und der räuberischen Erpressung vor (für den Raub namentlich die Zueignungsabsicht), so soll andererseits das äußere Erscheinungsbild der Tat dafür maßgebend sein, ob das allgemeinere Delikt der räuberischen Erpressung durch den speziellen Tatbestand des Raubes ergänzt und gesetzeskonkurrierend verdrängt wird.²⁵ Bei einem äußerlich-phänotypischen Nehmen der Sache handle es sich um eine Wegnahme im Sinne des § 249 StGB, bei einem Sich-Geben-Lassen (Sich-Aushändigen-Lassen) liege dagegen lediglich eine räuberische Erpressung vor, und das Spezialdelikt des Raubes scheidet in diesem Fall mangels räuberischer Wegnahme aus.²⁶

Stellt man in diesem Sinn auf das äußere Erscheinungsbild der von H geplanten Tat ab, der sich die Aktentasche aushändigen lassen wollte, so ist Hs Vorsatz nicht auf die Verwirklichung eines Raubs, sondern auf §§ 253, 255 StGB zu werten. Zwar hatte H ursprünglich geplant den M „niederzuschlagen und sodann die Aktentasche mit dem Geld an sich zu nehmen“. Allerdings hat er seinen Plan dahingehend geändert den M „zur Aushändigung der Aktentasche zu zwingen“; nur darauf kommt es an. Danach hätte H Tatentschluss bezüglich einer räuberischen Erpressung gehabt.

(2) (Wohl) herrschende Auffassung im Schrifttum

Nach der wohl noch herrschenden Auffassung in der Literatur²⁷ ist das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung anders zu verstehen. Die räuberische Erpressung soll, wie die Erpressung allgemein, ein Selbstschädigungsdelikt sein, das durch die Notwendigkeit einer Vermögensverfügung gekennzeichnet ist und zum Raub als fremdschädigendem Wegnahmedelikt in einem Exklusivverhältnis steht.²⁸

Von diesem Standpunkt aus kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob der Vorsatz des H darauf gerichtet war, dass M mit der Aushändigung der Aktentasche eine Vermögensverfügung im Sinne der §§ 253, 255 StGB vornehmen sollte. Zur näheren Bestimmung der Anforderungen an die Vermögensverfügung ist eine Reihe von Vorschlägen gemacht worden. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass ein willensgetragenes Verhalten des Genötigten erforderlich ist.²⁹ Erhebliche Resonanz haben Vorschläge gefunden, die – mit Unterschieden im einzelnen – darauf abstellen, ob sich der Genötigte (subjektiv) eine Art Schlüsselstellung für die Vermögensverschiebung beimisst, die darin

²¹ BGHSt 7, 252 (254); BGH NSStZ 1999, 350 (351); NSStZ-RR 2010, 46 (48).

²² So beispielsweise Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 253 Rn. 14; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 249 Rn. 9, § 253 Rn. 16 ff.

²³ Dazu: Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 249 Rn. 56.

²⁴ Dazu: Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 11 Rn. 14.

²⁵ Dazu: Ibid. Rn. 39.

²⁶ Dazu: Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 249 Rn. 56.

²⁷ So beispielsweise Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 253 Rn. 2 f.; Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 13; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edit. (2017), § 253 Rn. 5, § 255 Rn. 3.

²⁸ Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edit. (2017), § 255 Rn. 3.

²⁹ Ibid.

besteht, dass er seine Mitwirkung für notwendig hält:³⁰ Keine Vermögensverfügung soll danach vorliegen, wenn es in der Zwangslage aus der Sicht des Genötigten für ihn letztlich gleichgültig ist, wie er sich willentlich verhält, der Gegenstand also unabhängig von seiner Mitwirkung dem Zugriff des Täters ohnehin preisgegeben ist (dann Wegnahme); ist der Gewahrsamsverlust dagegen nach der Vorstellung des Genötigten von seiner Mitwirkung abhängig, so stellt diese Mitwirkung – als notwendige Disposition über das Vermögen – grundsätzlich eine Verfügung dar.

Dies führt im Fall zu dem Ergebnis, dass der Vorsatz des H auf eine Wegnahme gerichtet war: Er wollte eine Situation schaffen, in der er durch seine Bedrohung mit der Waffe bereits unmittelbaren Zugriff auf die Aktentasche hatte und eine relevante Mitwirkung des M an der Gewahrsamsverschiebung nicht mehr erforderlich war.

Hinweis

Es kann nicht argumentiert werden, der Täter halte eine Mitwirkung des Opfers für erforderlich, schließlich müsse es ja an die Waffe glauben. Zwar muss das Opfer dahingehend „mitwirken“, dass es die Waffe für eine geladene Waffe hält. Dann aber soll das Opfer denken, es wäre dem Täter mitsamt Beute willfährig preisgegeben. Es ist also auf die subjektive Sicht des Täters in Bezug auf die subjektive Vorstellung des Opfers abzustellen – was denkt der Täter, was das Opfer denkt. Dabei ist die Vorstellung eben nicht eine Mitwirkung, sondern nur eine Vorstellung, denn das Opfer kann darüber nicht disponieren. Es hat bei der Mitwirkung eine Wahlmöglichkeit: Geben oder erschießen lassen. Bei der Vorstellung hat es diese nicht: Die Waffe für echt halten oder nicht – das kann das Opfer nicht kontrollieren. Wer dies differenziert betrachtet, zeigt ein besonders gutes Verständnis.

Danach hätte H Tatentschluss bezüglich eines Raubes gehabt.

(3) Streitentscheidung

Die beiden Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Eine Streitentscheidung ist erforderlich.

Für die zuletzt genannte Ansicht lässt sich anführen, dass auch der Wortlaut des § 263 StGB keine Vermögensverfügung fordert, eine solche aber allgemein anerkannt ist.³¹ Zudem ist es systematisch ungewöhnlich, den Spezialfall voranzustellen.³² Schließlich wäre § 249 Abs. 1 StGB überflüssig, da immer der Auffangtatbestand der §§ 253, 255 StGB eingreifen würde.³³

Die Ansicht der Rechtsprechung ist jedoch schon wegen ihrer größeren Praktikabilität vorzugswürdig.³⁴ Eine historische Betrachtung kann die Exklusivitätsthese nicht stützen.³⁵ Auch die

Gesetzessystematik spricht für die Subsidiaritätslösung:³⁶ §§ 253 ff. StGB sind bei Raub und räuberischem Diebstahl eingeordnet – nicht hingegen beim Betrug.³⁷ Dass die allgemeineren §§ 253, 255 StGB dem Raub numerisch nachfolgen, kann über die Entstehungsgeschichte erklärt werden.³⁸ Auch in einigen anderen Fällen werden subsidiäre Delikte nach den vorgehenden Tatbeständen platziert.³⁹ Zudem verlangt der Wortlaut des § 253 StGB bloß irgendein Handeln, Dulden oder Unterlassen.⁴⁰ Er entspricht somit dem des § 240 StGB, der auch *vis absoluta* erfasst.⁴¹ Zudem stimmen die qualifizierten Nötigungsmittel des § 255 StGB mit denen des § 249 StGB überein, weshalb nicht einzusehen ist, warum der Gewaltbegriff des § 255 StGB gegenüber dem von § 249 StGB eingeschränkt und *vis absoluta* ausgeklammert werden sollte.⁴² Dies wiederum könnte zu Strafbarkeitslücken führen.⁴³ Es ist nicht einsichtig, dass ausgerechnet eine Vermögensschädigung durch *vis absoluta*, also durch die intensivste Form der Gewaltanwendung, nicht tatbestandsmäßig sein soll.⁴⁴

Mit der damit vorzugswürdigen erstgenannten Ansicht kommt man zu dem Ergebnis, dass H Tatentschluss bezüglich einer räuberischen Erpressung hatte.

bb) Tatentschluss: Sonstige Elemente

Hinweis

Geht der Bearbeiter von einem Vorsatz zur Wegnahme aus, so bereitet der subjektive Tatbestand im Übrigen keine Probleme. Die Absicht rechtswidriger Zueignung liegt vor (vgl. oben).

Für die räuberische Erpressung sind gem. § 253 Abs. 1 StGB im subjektiven Tatbestand Schädigungsvorsatz und Absicht rechtswidriger Bereicherung erforderlich. H handelte vorsätzlich bezüglich der Schädigung des M und um sich zu bereichern.

b) Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung

Das unmittelbare Ansetzen zur räuberischen Erpressung könnte hier im Auflauern liegen.

Hinweis

Die Beurteilung betrifft den Geschehensabschnitt bis zum Heranschleichen ohne Waffe, bei dem H nunmehr seinen Vorsatz zu einer räuberischen Erpressung aufgegeben und sich lediglich zu einem Diebstahl entschlossen hatte. Die Aufgabe dieses Plans stellt die nötige Zäsur dar. Es handelt sich sodann um ein Delikt anderer Qualität. Bei der strafrechtlichen Bewertung muss zunächst dargelegt werden, nach welchen Kriterien sich der Übergang von der bloßen Vorbereitung zum Beginn des Versuchs

³⁰ Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 242 Rn. 3.

³¹ Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 14; ablehnend: Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 253 Rn. 15.

³² Vgl. Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 16.

³³ Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 16.

³⁴ Günther, in: FS Rössner (2015), S. 802 f.; Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 249 Rn. 7.

³⁵ Dazu: Günther, in: FS Rössner (2015), S. 800.

³⁶ So auch Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., auch zur Entstehungsgeschichte.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 253 Rn. 13.

⁴¹ Günther, in: FS Rössner (2015), S. (800); Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 253 Rn. 14; Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 15.

⁴² Günther, in: FS Rössner (2015), S. 801.

⁴³ Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 253 Rn. 14.

⁴⁴ Günther, in: FS Rössner (2015), S. 801; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 249 Rn. 46.

richtet ("Versuchsformeln").⁴⁵ Sodann sind die im Sachverhalt mitgeteilten Tatbestände unter die jeweiligen Abgrenzungskriterien zu subsumieren. Diese Beurteilung hat anhand folgender Sachverhaltsdaten zu erfolgen: Auflauern hinter der Hausecke mit bereits ergriffener Waffe zwecks anschließender Drohung; tatsächliche Annäherung bis zu einem relativ geringfügigen Abstand.

Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung besteht in einem Verhalten, welches zwar selbst noch nicht (teilweise) tatbestandsmäßig zu sein braucht, jedoch nach dem Gesamtplan des Täters so eng mit der vorgesehenen tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Tatablauf – ohne erhebliche Zäsur und ohne weitere wesentliche Zwischenakte – unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll, so dass nach Vorstellung des Täters das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet ist.⁴⁶ Beim Auflauern kann ein solcher Ausführungsbeginn jedenfalls dann angenommen werden, wenn das erwartete Opfer sich wirklich – nicht bloß nach irriger Annahme des Täters – dem Hinterhalt derart nähert, dass es schon in den unmittelbaren Gefahrenbereich der geplanten Aktivität gelangt ist, und der Täter seine Angriffsmittel bereits in Beziehung zum Angriffsobjekt gesetzt hat. Dies war hier spätestens der Fall, als sich M bis auf 2 m dem Standort des H angenähert hatte, so dass H nach seinem Plan nur noch ganz kurzfristig zu warten brauchte, um dem M mit der Waffe entgegenzutreten. Die im plötzlichen Stoppen und Schuhebinden des M liegende Störung des Gesamtablaufs, hat bei der Beurteilung außer Betracht zu bleiben, weil es hierfür lediglich auf die subjektive Vorstellung des Täters vom weiteren Verlauf des Geschehens ankommt. H hat somit unmittelbar zur Tat angesetzt.

c) Versuchte schwere räuberische Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), b) StGB)

H könnte eine versuchte schwere räuberische Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB begangen haben.

Hinweise

Da es an diesem Punkt nur darum geht, ob auf der Grundlage eines Versuchs der räuberischen Erpressung die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestandes erfüllt sind, ist § 250 Abs. 1 StGB selbst zweckmäßigerweise wie ein vollendetes Delikt zu prüfen (vollständig qualifizierter Versuch). Bei abweichendem Vorgehen unter Befolgung des üblichen Versuchsaufbaus auch bezüglich der Qualifikation wäre § 250 Abs. 1 StGB zunächst subjektiv – vom Tatentschluss her – zu prüfen und bei positivem Ergebnis anschließend auf das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung der Qualifikation einzugehen, welches dann freilich mit der Vollendung des § 250 Abs. 1 StGB zusammenfiel (vollendetes Beisichführen des qualifizierenden Tatmittels bei der versuchten Tat).

§ 250 Abs. 1 StGB gilt nicht nur für den (versuchten) Raub, sondern auch für die (versuchte) räuberische Erpressung, da gem. § 255 StGB der Täter gleich einem Räuber bestraft wird.

aa) Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB)

Objektiv liegt eine Waffe vor. H hat sie auch bei der Tat, wie es § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB sinngemäß verlangt, einsatzbereit mit sich geführt: Für den Tatbezug genügt das Erreichen des Versuchsstadiums.⁴⁷ Doch fehlt dem H hinsichtlich der Schusswaffenqualität der erforderliche Vorsatz (vgl. o.). Dasselbe gilt für die zweite Alternative – das gefährliche Werkzeug. H hielt die Waffe für objektiv ungefährlich (vgl. o.).

bb) Beisichführen eines sonstigen Werkzeugs oder Mittels (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB)

Hinweis

Hier stellt sich das Problem der sog. Scheinwaffe in einer besonderen Konstellation. Objektiv liegt eine zur physischen Verletzung/Gefährdung geeignete Waffe vor, da die Pistole tatsächlich geladen ist, so dass H die geplante Drohung notfalls verwirklichen könnte. Subjektiv, aus der Sicht des H, handelt es sich jedoch lediglich um ein zur nicht realisierbaren Drohung geeignetes Werkzeug, mit dem eine Gefährdung des Opfers nur vorgetäuscht werden kann (vermeintliche Scheinwaffe).

H wollte eine Scheinwaffe bei sich führen, um damit zu drohen. Dazu ist die Waffe auch geeignet (dass sie darüber hinaus auch noch geladen ist, ist unerheblich). Somit ist ein Versuch der schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB anzunehmen.

d) Rechtswidrigkeit/Schuld

H handelte rechtswidrig und schuldhaft.

e) Rücktritt vom Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB)

H könnte gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB vom Versuch zurückgetreten sein.

aa) Maßgebliche Rücktrittsnorm

H hat auf die Ausführung der zunächst geplanten räuberischen Erpressung – qualifiziert durch § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB – verzichtet und ist dazu übergegangen, die Aktentasche mittels einfachen Diebstahls zu entwenden. Darin könnte ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch liegen. § 24 Abs. 1 StGB ist unabhängig davon anzuwenden, ob und wie B möglicherweise an dem von H begangenen Versuch beteiligt war.⁴⁸ Die spezielle Bestimmung über den Beteiligtenrücktritt (§ 24 Abs. 2 StGB) erfasst nach ihrem Sinn diejenigen Fälle nicht, in denen der unmittelbar Ausführende das gesamte Tatgeschehen als – oder jedenfalls wie ein – Alleintäter in der Hand hat und unabhängig von anderen Beteiligten über den Abbruch oder die Weiterführung der Tat entscheiden kann.⁴⁹ In solchen Fällen ist für diesen

⁴⁵ Dazu: Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 22 Rn. 31 ff.

⁴⁶ Vgl. Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 22 Rn. 143.

⁴⁷ Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 250 Rn. 33.

⁴⁸ Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 24 Rn. 161.

⁴⁹ Vgl. Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 24 Rn. 161.

Täter, auch wenn er letztlich Beteiligter sein sollte, allein § 24 Abs. 1 StGB einschlägig.⁵⁰

Hinweis

Wer bei jeder Form der Beteiligung § 24 Abs. 2 StGB für einschlägig hält,⁵¹ steht vor der Schwierigkeit, dass er die Beteiligung des B – und damit die Beteiligteigenschaft des H – bisher noch nicht prüfen konnte. Dieser Bearbeiter müsste dann ein Verfahren wählen, das für den Fall einer Beteiligung des B auch § 24 Abs. 2 StGB in die Rücktrittsprüfung einbezieht. Dies liefe auf eine alternative Prüfung von § 24 Abs. 1 StGB und § 24 Abs. 2 StGB hinaus. Die Ergebnisse können freilich nicht voneinander abweichen: Wer als unmittelbar Ausführender die Tat iSd. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB nicht zur Vollendung kommen lässt, indem er zB. die weitere Ausführung freiwillig aufgibt, verhindert damit zugleich die Vollendung gem. § 24 Abs. 2 StGB.

bb) Kein Fehlschlag

Ein Fehlschlag würde den Rücktritt des H ausschließen.⁵² H hätte seine Tat, so wie sie ursprünglich geplant war, ohne weiteres noch ausführen können, wenn er einen Augenblick abgewartet hätte, bis M die Aktentasche wieder in die Hand nahm. Der Versuch war daher nicht fehlgeschlagen.

cc) Beendeter/Unbeendeter Versuch

H befand sich, als er seinen Plan änderte, noch im Stadium des unbeendeten Versuchs, weil zur Herbeiführung des Erpressungserfolgs objektiv wie subjektiv noch weiteres eigenes Handeln (Drohung mit der Waffe, Entgegennahme der Beute) erforderlich war. Somit bestimmen sich die Anforderungen an den Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB.⁵³

dd) Freiwilligkeit

Für den strafbefreienden Rücktritt vom unbeendeten Versuch verlangt das Gesetz in § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB, dass der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt. H hat die zunächst vorgesehene schwere räuberische Erpressung nicht ausgeführt, sondern ist unter Verzicht auf den Einsatz der qualifizierten Drohung zu einer anderen Tat übergegangen, nämlich zu einem einfachen Diebstahl. Diesen Wechsel der Taten vollzog er zugleich aus einem autonomen, selbstbestimmten Motiv, ohne relevanten äußeren oder inneren Handlungszwang, um die günstige Wendung der Ereignisse auszunutzen.⁵⁴ H handelte insofern freiwillig.

ee) Teilerücktritt bei Deliktwechsel

Bedenken gegen einen strafbefreienden Rücktritt ergeben sich allerdings daraus, dass H nicht seinen gesamten Tatplan und

insbesondere nicht sein Tatziel aufgegeben hat und nicht vollständig in die Legalität zurückgekehrt ist, er vielmehr seinen Plan leicht abgeändert erhielt.

Die Lösung hängt davon ab, wie die Identität der Tat im Zusammenhang des § 24 Abs. 1 StGB genauer zu verstehen ist. Bestimmt man sie – auch bei räumlich-zeitlicher Handlungseinheit – streng materiell-rechtlich als Tatbestandsidentität, so hat H im vorliegenden Fall die weitere Ausführung der bisher versuchten Tat (Raub/räuberische Erpressung) aufgegeben und ist zu einer anderen Tat (Diebstahl) übergegangen. Dies gilt nicht nur dann, wenn man vom Versuch einer räuberischen Erpressung ausgeht: auch der Raub ist im Verhältnis zu dem darin enthaltenen Diebstahl eine materiell-rechtlich andere Tat. Teilweise wird die Möglichkeit eines Teilerücktritts in diesen Fällen verneint:⁵⁵ Es genüge, wenn das Qualifikationsmerkmal zu irgendeinem Zeitpunkt des Tatherganges gegeben sei.⁵⁶ Gegen diese formal argumentierende Auffassung sprechen jedoch pragmatische Gründe des Opfer- und Rechtsgüterschutzes: Solange das Gefährdungspotential des Qualifikationsmerkmals nicht entfaltet ist, erscheint die Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 StGB sachgemäß.⁵⁷ Nach dieser aus Opferschutzgesichtspunkten hier gefolgten Betrachtungsweise spricht jedenfalls bei Qualifikationen, die nur das Mitführen eines Gegenstandes verlangen nichts gegen einen Rücktritt.⁵⁸ Somit ist H gem. strafbefreiend § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB vom Versuch der schweren räuberischen Erpressung zurückgetreten.

Hinweis

In diesem Problemfeld können die Gründe für die Versuchsstrafbarkeit zur Lösung fruchtbar gemacht werden und argumentiert werden, die Lösung ist zweitrangig.

f) Ergebnis

H hat sich somit nicht gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b), 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Versuchter Betrug (§§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB)

H könnte sich aber gem. §§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Der versuchte Betrug ist gem. § 263 II StGB strafbar. Die Tat ist unvollendet. H hatte Tatentschluss, den B darüber zu täuschen, dass er eine schussbereite Waffe habe. Darüber sollte B entsprechend irren.

Hinweis

Wendet man das Betrugsschema starr an, so können die angesprochenen Prüfungspunkte bejaht werden. Allerdings ist fraglich, ob der Täuschungsvorsatz im Sinne einer betrügerischen Täuschung und nicht einer erpres-

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ So beispielsweise Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 24 Rn. 60.

⁵² Dazu: Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2017), § 37 Rn. 15 ff.

⁵³ Dazu: Ibid. Rn. 30 ff.

⁵⁴ Zu den Voraussetzungen der Freiwilligkeit vgl. beispielsweise: Ibid. Rn. 91 ff.

⁵⁵ So beispielsweise BGH NStZ 1984, 216.

⁵⁶ BGH NStZ 1984, 216 (217); wohl zustimmend Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 24 Rn. 80.

⁵⁷ Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 24 Rn. 81; Zaczyk, NStZ 1984, 216 (217); vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 24 Rn. 113.

⁵⁸ Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 24 Rn. 81.

rischen zu werten ist. Letztendlich scheidet der versuchte Betrug aber jedenfalls am Rücktritt § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB (vgl. oben).

H hat sich somit nicht wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Sonstige beim Auflauern verwirklichte Delikte und Konkurrenzen

Vom Nötigungsversuch gem. §§ 240 Abs. 1, 3, 22, 23 Abs. 1 StGB ist H ebenfalls strafbefreiend zurückgetreten. Bezüglich der geplanten Bedrohung (§ 241 Abs. 1 StGB) ist zu beachten, dass hier der Versuch nicht unter Strafe gestellt ist.

Hinweise

Geht man mit der wohl herrschenden Auffassung in der Literatur von einem schweren Raubversuch aus, sind ein Nötigungsversuch (§§ 240 Abs. 1, 3, 22, 23 Abs. 1 StGB) und ein Diebstahlversuch (§§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB) substantiell enthalten. Vom Nötigungsversuch ist H ebenfalls strafbefreiend zurückgetreten. Verneint man den Rücktritt, so wird der Nötigungsversuch kraft Spezialität vom Versuch des Raubes verdrängt. Hinsichtlich des im Raubversuch enthaltenen versuchten Diebstahls liegt wegen insoweit fehlenden Deliktwechsels streng genommen kein Rücktritt vor. Doch geht der anfängliche Diebstahlversuch im anschließend handlungseinheitlich vollendeten Diebstahl auf.

Die Prüfung der Geiselnahmedelikte (§§ 239a, 239b StGB), die hier unter dem Gesichtspunkt eines Versuchs des Sich-Bemächtigen in Frage kommen, ist in der Aufgabenstellung ausgeklammert worden.

4. Ergebnis bezüglich des Auflauerns hinter der Hausecke

H hat sich somit wegen des Auflauerns hinter der Hausecke nicht strafbar gemacht.

III. Vorbereitung des Geschehens: Angebot der Geldbeschaffung und Entwendung der Waffe

Hinweis

Aufbautechnisch wird hier ein Tatkomplex gebildet. Die Vorbereitungshandlungen werden nach dem eigentlichen Erpressungsgeschehen geprüft, da sie qualitativ weniger schwer wiegen. Es ist aber selbstverständlich auch zulässig alle Delikte in ihrer zeitlichen Reihenfolge zu prüfen.

1. Das Angebot der Geldbeschaffung an B (§ 30 Abs. 2 StGB)

Indem B dem H erzählte, wie er das Geld beschaffen würde, könnte er sich wegen des Versuchs der Beteiligung an einem Raub strafbar gemacht haben.

In Betracht kommt vorliegend ein Sich-Bereit-Erklären gem. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB. Dazu genügt nicht jede beliebige Erklärung der Bereitwilligkeit zur Verbrechensbegehung: Ein Sich-Bereiterklären zu einem Verbrechen liegt vor, wenn der Täter vorbehaltlos seine Bereitschaft zur Begehung eines Verbrechens einem anderen gegenüber mitteilt.⁵⁹ H hat dem B zunächst von seinem Plan berichtet, das Geld durch einen Raub mit Gewaltanwendung durch Niederschlagen des M zu beschaffen. In diesem Bericht liegt ein Sich-Bereit-Erklären zur Begehung eines Verbrechens gem. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB.

Anschließend hat H – auf den Rat des B hin – seine Bereitschaftserklärung in der Weise geändert, dass er nunmehr die Begehung eines anderen Delikts zusicherte. Dies ist ebenfalls ein Sich-Bereit-Erklären. Beide Bereitschaftserklärungen dürften trotz ihrer äußerlichen Verschiedenheit als Einheit zu sehen sein, so dass für die strafrechtliche Bewertung die letzte Erklärung maßgebend ist, in der die konspirative Bindung, die § 30 Abs. 2 StGB pönalisieren will, ihre endgültige Gestalt erhalten hat.

Jedoch könnte H – der von dem Versuch des Delikts, auf das sich seine Bereitschaftserklärung bezog, strafbefreiend zurückgetreten ist – auch vom Versuch der Beteiligung gem. § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB zurückgetreten sein. Nach dem Wortlaut dieser Norm wäre H nicht vom Versuch der Beteiligung zurückgetreten. Da jedoch § 30 Abs. 2 StGB als Vorbereitungsdelikt gegenüber dem anschließend ausgeführten Verbrechensversuch subsidiär ist, soll diese Subsidiarität beim Rücktritt vom Versuch erhalten bleiben.⁶⁰ Die strafbefreiende Wirkung des Versuchsrücktritts erstreckt sich deshalb auch auf die Vorbereitung im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB.⁶¹ Der Rücktritt vom Versuch käme dem Täter sonst praktisch nicht zugute. Somit ist ein Rücktritt des H zu bejahen.

Hinweis

Wer den Rücktritt vom Versuch der räuberischen Erpressung verneint, gelangt zu dem Ergebnis, dass § 30 Abs. 2 StGB durch den strafbaren Versuch verdrängt wird (Subsidiarität).⁶² Bewertet man die beiden Bereitschaftserklärungen nicht als Einheit, sondern behandelt sie selbständig, so kann bezüglich der ersten Erklärung argumentiert werden, dass H insoweit nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB zurückgetreten ist, weil er das zunächst ins Auge gefasste Vorhaben aufgegeben hat. Wer den Deliktwechsel in diesem Punkt nicht für ausreichend hält, weil lediglich eine Umgestaltung der ursprünglich geplanten Tat vorliege, wird jedoch deshalb den späteren Rücktritt auch auf die erste Bereitschaftserklärung erstrecken müssen.

Eine Strafbarkeit wegen des Versuchs der Beteiligung kommt daher nicht in Betracht.

⁵⁹ Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 30 Rn. 11.

⁶⁰ BGHSt 14, 378 (380); Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 30 Rn. 14.

⁶¹ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 30 Rn. 40; Joecks, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 30 Rn. 76.

⁶² Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 30 Rn. 38.

2. Die Entwendung der Waffe bei S (§ 242 Abs. 1 StGB)

H hat die Pistole aus dem Gewahrsamsbereich (Wohnung) des S vorsätzlich weggenommen (Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams)⁶³.

H müsste subjektiv mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Diese setzt sich aus einer wenigstens vorübergehende Aneignungsabsicht (direkter Vorsatz) und ein dauerhafter Enteignungsvorsatz (dolus eventualis) zusammen.⁶⁴ H hatte den Willen, die Waffe nach Benutzung später wieder zurückzulegen und damit keinen Vorsatz zur dauernden Enteignung des S. Mangels Zueignungsabsicht scheidet eine Strafbarkeit wegen Diebstahls aus.

3. Ergebnis bezüglich der Vorbereitungshandlungen

H hat sich weder wegen des Angebots der Geldbeschaffung, noch durch die Entwendung der Waffe strafbar gemacht.

IV. Die Suche nach der Aktentasche

(§§ 246 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB)

Indem sich H auf die Suche nach der Aktentasche machte, könnte er sich wegen versuchter Unterschlagung gem. §§ 246 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Fehlende Vollendung

Die Unterschlagung ist jedenfalls deshalb nicht vollendet, weil sich die Sache im Handlungszeitpunkt gar nicht mehr im Gewahrsam des H befand.

Hinweis

Man kann das Fehlen der Vollendung auch damit begründen, dass eine tatsächliche Aneignung des Gegenstandes nicht gelungen ist, weil der Gegenstand als reales Zueignungsobjekt im Tatzeitpunkt nicht mehr vorhanden war. Bei dieser Betrachtung würde allerdings für die Zueignung iSd. § 246 StGB mehr verlangt als die üblicherweise nur geforderte Manifestation eines Zueignungswillens, der sich auf eine bestimmte Sache bezieht.

2. Tatentschluss

H müsste zudem Tatentschluss zur Begehung des § 246 Abs. 1 StGB gehabt haben. Nach der (irrigen) Vorstellung des H befand sich die Aktentasche noch in dem allein ihm bekannten Versteck und damit in seinem – gelockerten – Gewahrsam (Vorsatz bezüglich des Gewahrsamserfordernisses). Hinsichtlich dieser vermeintlich im eigenen Gewahrsam befindlichen Sache hatte H Zueignungswillen. Problematisch ist jedoch, dass H bereits zuvor mit Zueignungswillen gehandelt hat. Die Zueignungsabsicht könnte somit nur dann bejaht werden, wenn eine Zweitueignung tatbestandlich möglich ist, d.h. eine erneute Zueignung nach einem zuvor bereits mit Zueignungswillen begangenen Delikt. Der Tatbestand des § 246 StGB erfasst jedoch lediglich die

erstmalige Betätigung des Zueignungswillens, die Begründung der eigentümergehörigen Herrschaftsposition durch den Täter, während spätere Betätigungen in Ausübung und Fortsetzung der angemessenen Eigentümerstellung nicht mehr tatbestandsmäßig sein können.⁶⁵ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm: Die bloße Ausnutzung der Herrschaftsstellung stellt keine Zueignung dar.⁶⁶ Dies muss konsequenterweise auch für den Versuch der Unterschlagung gelten.

Hinweis

Nach der Gegenauffassung, die eine Wiederholbarkeit der Zueignung tatbestandlich zulässt, kann sodann auch das unmittelbare Ansetzen – spätestens mit der Suche nach der Beute im Gebüsch – bejaht werden: H manifestierte seinen Zueignungswillen objektiv erkennbar bzw. leitete nach seiner Vorstellung die tatsächliche Zueignung unmittelbar ein. Danach wäre ein untauglicher Versuch einer Unterschlagung in Form des Versuchs am untauglichen Objekt gegeben. Diese mitbestrafte Nachtat würde jedoch gegenüber dem vorangegangenen Eigentums- bzw. Vermögensdelikt auf der Ebene der Gesetzeskonkurrenz zurücktreten.⁶⁷

3. Ergebnis

H hat sich nicht gem. §§ 246 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit des B

I. Die Beteiligung am Versuchsdelikt des H

Hinweis

H hat eine versuchte schwere räuberische Erpressung begangen (s.o.). An diesem Versuchsdelikt könnte B in unterschiedlicher Weise beteiligt sein: Als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe.

1. Versuchte schwere räuberische Erpressung in Mittäterschaft (§§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB)

B könnte sich wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Ein Versuch von Mittätern setzt zunächst einen gemeinsamen Tatentschluss zur Deliktsbegehung voraus, der darauf gerichtet ist, den Tatbestand gemeinschaftlich zu verwirklichen.⁶⁸ Sein Inhalt besteht darin, dass jeder Beteiligte einen wesentlichen Tatbeitrag leisten soll, der so gewichtig ist, dass er die täterschaftliche Verantwortung für das Deliktsganze begründet.⁶⁹ Hier war vorgesehen, dass H den Raub unmittelbar allein ausführen

⁶³ BGH NStZ 1988, 270 (271); Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 242 Rn. 22; Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 242 Rn. 8; Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 2 Rn. 22; Schmitz, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 49.

⁶⁴ Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 242 Rn. 33a; Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 2 Rn. 89.

⁶⁵ BGHSt 14, 38 (43 f.); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 246 Rn. 37; aA. (Konkurrenzlösung): Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 246 Rn. 8.

⁶⁶ BGHSt 14, 38 (43).

⁶⁷ Dazu: Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 246 Rn. 8.

⁶⁸ Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 25 Rn. 43.

⁶⁹ Ibid. Rn. 45.

sollte. Der in der Tatplanung übernommene Beitrag des B bestand lediglich in dem Rat, die von H ohnehin geplante Tat in anderer Weise – Waffendrohung, Aushändigung statt unmittelbarem Zugriff mit Gewalt – durchzuführen. An den für eine Mittäterschaft notwendigen Tatbeitrag werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. Verlangt man mit einer strengen Ansicht⁷⁹ einen Tatbeitrag im Ausführungsstadium, also nicht nur in der Vorbereitungsphase, so reicht der Beitrag des B ohnehin nicht aus. Aber auch dann, wenn man mit der Rechtsprechung⁷¹ und der im Schrifttum überwiegenden Auffassung⁷² vorbereitende Beiträge im Planungsstadium genügen lässt, dürfte der Beitrag des B keine mittäterschaftliche Leistung darstellen: Sie erschöpfte sich darin, dass B den Rat gab, die von H bereits in den Einzelheiten konkret geplante Tat durch eine relativ geringfügige Abweichung im Vorgehen zu modifizieren. Über diese rein geistige Mitwirkung ging der Tatbeitrag des B nicht hinaus; nicht einmal an der weiteren Vorbereitung (Besorgen der Waffe) war B noch unmittelbar beteiligt.

Hinweis

Zur Mittäterschaft könnte man deshalb allenfalls gelangen, wenn man von einer extrem subjektiven Täterlehre aus einen Täterwillen (*animus auctoris*) für ausreichend hält,⁷³ der hier auf das erhebliche Eigeninteresse des B an der Geldbeschaffung gestützt werden könnte.

Wer mit dieser Ansicht einen gemeinschaftlichen Tatentschluss annimmt, kann das unmittelbare Ansetzen auf der Grundlage der herrschenden Gesamtlösung⁷⁴ damit begründen, dass H als Mittäter mit der Ausführung begonnen und so die gemeinsame Tat in das Versuchsstadium geführt hat. Nach der Einzellösung⁷⁵ wäre demgegenüber darauf abzustellen, ob auch B mit seinem eigenen Tatbeitrag zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt hat. Da B seinen Beitrag im Vorbereitungsstadium bereits vollständig erbracht hat, müsste dies angenommen werden. Das zeigt, dass die Einzellösung nur mit einer Mittäterschaftslehre harmoniert, die einen Tatbeitrag im Ausführungsstadium fordert und auf ihn auch das unmittelbare Ansetzen des einzelnen Mittäters bezieht.⁷⁶

Im Ergebnis hat sich B daher nicht wegen versuchter räuberischer Erpressung in Mittäterschaft gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

2. Anstiftung zur versuchten schweren räuberischen Erpressung (§§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB)

B könnte sich wegen Anstiftung zur versuchten schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben. Dazu müssten objektiv eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat sowie eine Anstifterhandlung vorliegen.

Als vorsätzliche rechtswidrige Haupttat im Sinne des § 26 StGB genügt der mit Strafe bedrohte Versuch des Haupttäters.⁷⁷ Ein solcher ist vorliegend gegeben.

a) Umstiftung

B hat den zum Raub (§ 249 StGB) schon entschlossenen H umgestimmt, ein anderes Delikt (§§ 253, 255 StGB) zu begehen. Zu einer räuberischen Erpressung war H nicht von vornherein entschlossen. Diese Umstiftung zu einer anderen Tat könnte ein Bestimmen im Sinne des § 26 StGB darstellen.⁷⁸ Begrifflich liegt bei einer solchen Umstimmung ein Bestimmen zur – hier nur versuchten – Tat vor. Andererseits sind Raub und räuberische Erpressung gleichwertige Delikte, die nur in ihrer Ausführungsart relativ geringfügig voneinander abweichen.⁷⁹ Zudem ist mit der Ansicht der Rechtsprechung (dazu oben) davon auszugehen, dass Raub *lex specialis* ist zur räuberischen Erpressung. Damit muss eine Umstiftung ausscheiden.

Hinweis

Geht man von einem Raubversuch des H aus, so hat B den H zu diesem schon nicht als Anstifter bestimmt, weil H ohnedies fest entschlossen war, einen Raub zu begehen, wengleich auf andere Weise (mit Gewalt). Bei der Aufforderung lediglich Details zu verändern, muss eine Anstiftung ausscheiden.⁸⁰

H hat sich durch die Umstiftung somit nicht wegen Anstiftung zur versuchten räuberischen Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

b) Aufstiftung

H hat bei seinem Versuch der räuberischen Erpressung jedoch die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB verwirklicht (s.o.). B könnte den zum Grunddelikt (§§ 253, 255 StGB) schon fest entschlossenen Haupttäter H dazu bestimmt haben, dieses Delikt in qualifizierter Form zu begehen. Eine Aufstiftung zur Qualifikation kann als Anstiftung zu einer neuen Tat angesehen werden.⁸¹ Der Aufstiftende veranlasst den Haupttäter zu einer qualifizierten Tat, die im Verhältnis zum Grunddelikt nicht nur

⁷⁰ So beispielsweise Roxin, Strafrecht AT II (2003), § 25 Rn. 198 ff.

⁷¹ BGHSt 37, 289 (292); BGH NSTZ-RR 2016, 334 (335).

⁷² Beispielsweise Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 25 Rn. 67; Joecks, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 25 Rn. 203.

⁷³ So beispielsweise RGSt 2, 160, (163).

⁷⁴ Beckemper/Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 25 Rn. 54; Joecks, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 25 Rn. 267 f.

⁷⁵ Roxin, Strafrecht AT II (2003), § 29 Rn. 297 ff.

⁷⁶ Vgl. Joecks, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 25 Rn. 268.

⁷⁷ Lackner/Kühl, 28. Aufl. (2014), § 26 Rn. 7.

⁷⁸ Dafür: Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 26 Rn. 8; Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 26 Rn. 18.2.

⁷⁹ In anderem Zusammenhang: BGHSt 5, 280 (281); Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 1 Rn. 70.

⁸⁰ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 26 Rn. 8.

⁸¹ Ausführlich zu diesem Problem: Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 26 Rn. 9; Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 26 Rn. 16 f.; Roxin, Strafrecht AT II (2003), § 26 Rn. 102 ff.

ein isolierbares Unrechtsplus enthält, sondern eine qualitativ neue Einheit mit erhöhtem Unwertgehalt darstellt.⁸²

Hinweise

Sollte die Anstiftung zum Versuch der schweren räuberischen Erpressung verneint werden, kommt Beihilfe zur versuchten schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 27 StGB in Betracht. Die von B bewirkte Änderung des Vorgehens lässt sich der psychischen Beihilfe – in Form sog. technischer Rathilfe⁸³ – zuordnen. An dem erforderlichen Zusammenhang⁸⁴ zwischen Hilfshandlung und Haupttat dürften im Übrigen keine Zweifel bestehen: H hat den von B gegebenen Rat, der eine leichtere Durchführung des Vorhabens versprach, angenommen und bei seinem konkreten Vorgehen befolgt, so dass nicht nur ein strafloser Hilfeleistungsversuch vorliegt. Der auch auf Vollenendung der Haupttat gerichtete (doppelte) Gehilfenversatz⁸⁵ ist bei B gegeben.

c) Ergebnis

Hs strafbefreiender Rücktritt vom Versuch kommt dem B nicht zugute, weil es sich um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund handelt, der nur bei dem selbst Zurücktretenden zu berücksichtigen ist (§ 28 Abs. 2 StGB). B hat sich daher wegen Anstiftung zur versuchten schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

II. Die Anstiftung/Beihilfe zum Diebstahl des H (§§ 242, 26 bzw. 27 StGB)

An dem von H schließlich ausgeführten vollendeten Diebstahl (vorsätzliche rechtswidrige Haupttat) ist B ersichtlich in keiner Form mehr beteiligt. Zur Entwendung der Aktentasche war H ohnehin entschlossen (*omnimodo facturus*). Der Rat des B zu einem anderen Vorgehen als ursprünglich geplant (Waffendrohung, Zwang zur Aushändigung) hat sich in dem von H ausgeführten einfachen Diebstahl in keiner Weise mehr ausgewirkt. Für eine psychische Beihilfe in Form einer Bestärkung des Tatentschlusses durch das Gespräch mit H bietet der Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte. B hat sich somit nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Diebstahl des H strafbar gemacht.

III. Die vorbereitende Beteiligung (§ 30 Abs. 2 StGB)

Das Verhalten des B könnte einen Versuch der Beteiligung gem. § 30 StGB darstellen.

Verabredung zu einem Verbrechen scheidet mangels mittäter-schaftlicher Vereinbarung (s.o.) aus. In Betracht kommt jedoch gem. § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB die Annahme des Erbietens, d.h.

des von H gemachten Angebots, eine (schwere) räuberische Erpressung zu begehen. Teilweise wird für ein Erbieten einschränkend vorausgesetzt, dass der Anbietende die Tatbegehung von der Annahme seines Angebots geradezu abhängig macht, also nicht bereits dazu entschlossen ist, das Delikt unabhängig von der Zustimmung des Adressaten zu begehen.⁸⁶ Nach dieser Auffassung wäre § 30 Abs. 2 StGB hier schon tatbestandlich ausgeschlossen. In jedem Fall ist die Vorschrift jedoch gegenüber dem Versuch des geplanten Verbrechens subsidiär, was auch für die Beteiligung an diesem Versuch gilt.⁸⁷ Danach verdrängt die Strafbarkeit des B wegen Anstiftung zur versuchten schweren räuberischen Erpressung das Vorbereitungsdelikt des § 30 Abs. 2 StGB.

C) Gesamtergebnis

H hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. B ist strafbar wegen Anstiftung zur versuchten schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB.

Aufgabe 2

1. Erscheinen vor der Polizei/Staatsanwaltschaft

Eine gesetzliche Pflicht, der Ladung eines Polizeibeamten Folge zu leisten, ist nicht normiert. Eine solche wäre aber erforderlich, da nach dem Vorbehalt des Gesetzes ein Eingriff in ein Grundrecht (hier Art. 2 GG) einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Diese ist erst bei der Ladung durch die Staatsanwaltschaft gegeben (§ 163a Abs. 3 S. 1 StPO). Im Umkehrschluss ergibt sich keine Pflicht zum Erscheinen vor der Polizei.⁸⁸ T muss der Aufforderung des Kriminalbeamten daher nicht Folge leisten und somit nicht bei der Polizei erscheinen.

Gem. § 163a Abs. 3 S. 1 StPO ist der Beschuldigte, wenn er von der Staatsanwaltschaft zur Beschuldigtenvernehmung aufgefordert wird, zum Erscheinen verpflichtet.⁸⁹ Dies kann durch eine Vorführung erzwungen werden, wenn der Beschuldigte zuvor schriftlich geladen wurde (§ 133 StPO).⁹⁰

2. Erste Vernehmung durch Beamte des Polizeidienstes bzw. durch die Staatsanwaltschaft

Für die erste Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes gilt § 163a Abs. 4 StPO. Dem Beschuldigten ist gem. § 163a Abs. 4 S. 1 StPO zunächst zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Der weitere Inhalt der Hinweispflichten ergibt sich kraft der Verweisung in § 163a Abs. 4 S. 2 StPO aus § 136 Abs. 1 StPO mit Ausnahme des Satzes 1, der für die richterliche Vernehmung auch den Hinweis auf die in Betracht kommenden Strafvorschriften (rechtliche Belehrung) zur Pflicht macht. Die Pflichten aus § 136 Abs. 1 StPO sind etwa der Hinweis auf das Recht zu schweigen, einen Verteidiger heranzuziehen, auf das Recht Beweise zu beantragen sowie in geeigneten Fällen auf den Täter-Opfer-Ausgleich.

⁸² BGHSt 19, 339 (340 f.); *Roxin*, Strafrecht AT II (2003), § 26 Rn. 104 ff.

⁸³ Zu dieser Form der Beihilfe: *Joecks*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 27 Rn. 7 f.

⁸⁴ Dazu: *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 27 Rn. 3 ff.; *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edit. (2017), § 27 Rn. 4 ff.

⁸⁵ Dazu: *Joecks*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 27 Rn. 95 ff.

⁸⁶ Dazu: *Ibid.*, § 30 Rn. 51.

⁸⁷ *Ibid.*, § 30 Rn. 73.

⁸⁸ *Schuhr*, in: MüKo-StPO (2016), § 133 Rn. 6; vgl. *Kölbel*, in: MüKo-StPO (2016), § 163a Rn. 24.

⁸⁹ *Griesbaum*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 163a Rn. 15; *von Häfen*, in: Graf, BeckOK-StPO, 28. Edit. (2017), § 163a Rn. 20.

⁹⁰ *Griesbaum*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 163a Rn. 15, 18; *von Häfen*, in: Graf, BeckOK-StPO, 28. Edit. (2017), § 163a Rn. 20; *Kölbel*, in: MüKo-StPO (2016), § 163a Rn. 26.

Bei der Vernehmung durch den Staatsanwalt ist dagegen, wie sich aus § 163a Abs. 3 S. 2 StPO ergibt, § 136 Abs. 1 StPO mit seinem vollen Inhalt anzuwenden, ohne die für die Polizei vorgesehene Ausnahme in § 163a Abs. 4 S. 2 StPO (Entbehrlichkeit der rechtlichen Belehrung). Die Hinweispflichten des Staatsanwalts sind also mit denen des Richters identisch.

► **Inhaltsverzeichnis**



KLAUSUR – ZIVILRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)*

„Selbststigmatisierung eines Mieters“

Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

Ulrike Unheil (U) studiert seit 17 Semestern an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main Politologie, Soziologie sowie Kulturanthropologie/Europäische Ethnologie. Ihr ist natürlich klar, warum es bislang noch nicht mit dem Abschluss geklappt hat. Das kapitalistisch-chauvinistische System der zunehmend neofaschistischen BRD diskriminiere Leute wie sie, die sich für soziale Themen und Gendergerechtigkeit einsetzen. Natürlich schlage sich dies sowohl in der Benotung als auch bei den BAföG-Leistungen nieder. #meetoo sei auch an der Uni ein Thema, männliche Machoprofessoren würden ihr selbstredend aus Prinzip keine guten Noten geben. Dabei seien ihre letzten Seminararbeiten zu den Themen „Freiheit, Freizeit, Freibier – bedingungsloses Grundeinkommen jetzt“, „Kein Mensch ist illegal – internationale Solidarität kennt keine Obergrenze“, „Rassismus, Antisemitismus, Sexismus und Homophobie im Schweinesystem stoppen – der neue Weg zum Marxismus“ wegweisend, man habe ihr Potenzial nur nicht erkennen wollen. Das BAföG müsse in der jetzigen Form auch als menschenverachtend angesehen werden. Denn der Terminus Regelstudienzeit lasse völlig unbeachtet, dass es wichtigeres gibt als ein schnelles Studium. Mit ihrem Einsatz gegen Xenophobie, Genderdiskriminierung und Ausbeutung leiste sie schließlich einen wichtigen gesellschaftlichen Beitrag.

L engagiert sich auch aktiv in der Hochschul- und Kommunalpolitik. Einerseits innerhalb der Links-Marxistischen-Feminismus-Liga (LMFL), für die sie im Studierendenparlament der Uni vertreten ist. Andererseits für die Partei Linke Arbeitsfront Deutschlands (LAD), eine Kleinpartei, die auch im Frankfurter Stadtparlament Römer vertreten ist und dort mit Störaktionen „dem schwarz-grünen Magistrat die bürgerliche Maske herunterreißen“ will. Für echte antirassistische und feministische Argumente sei dieser neoliberale Magistrat ja nicht zugänglich. L ist zwar keine Stadtverordnete, aber sie unterstützt ihre „Schwestern“ regelmäßig von der Besuchertribüne aus. Auf Wahlplakaten war sie allerdings schon mehrfach zu sehen.

Leute wie U sind Neonazis naturgemäß ein Dorn im Auge. Durch die Wahlplakate ist U in den Fokus der örtlichen Parteijugend der (leider immer noch nicht verbotenen) Nationalen Sammlungspartei (NSP) geraten. Dort sind die strammen Kameraden Albert (A), Bernhard (B) und Conrad (C) voll des Hasses auf „die linke Zecke“ U. Es sei Zeit, U einmal einen ordentlichen Denkkzettel zu verpassen, am deutschen Wesen der NSP solle sie genesen.

U ist vor kurzem aus ihrer Wohngemeinschaft geflogen (feste Putzpläne waren ihr einfach allzu ordo-faschistoid, was wiederum zu Konflikten mit den Mitbewohnern führte) und übernachtet einstweilig bei einer Kommilitonin. Über einen Aushang in der Uni und einen entsprechenden Anruf hat sie für den 01.12.2017 einen Wohnungsbesichtigungstermin für eine Einzimmer-Wohnung mit dem potenziellen Vermieter Viktor Voss (V) im Frankfurter Nordend vereinbart. V, dem die U in seiner Eigenschaft als sog. Alt-68er nicht unsympathisch ist („herrlich diese systemkritische junge Frau, so voll von aufrechten Idealen – wie wir damals“), verlangt von U das Ausfüllen einer schriftlichen Selbstauskunft und fragt sie zudem mündlich, ob er noch etwas über sie wissen müsse. U fällt nichts ein, so dass sie die Frage verneint. Nachdem auch die Mietkaution über ein Einspringen ihrer Eltern sichergestellt werden konnte, wird der Mietvertrag unterschrieben und U zieht schon am 02.12.2017 in die Wohnung ein.

Einen Monat später schreiten A, B, und C zur Tat. Mittlerweile steht die neue Adresse der U schließlich auch unvorsichtigerweise im via Internet einsehbaren Telefonbuch. A, B und C besprühen in der Neujahrsnacht die Hauswand des Mietshauses im Frankfurter Nordend mit Hakenkreuzen und Drohungen gegenüber U (zB. „U, dich kriegen wir auch noch“). Allerdings hat niemand die Tatausführung beobachtet, so dass A, B und C unerkannt den Tatort verlassen können. Am nächsten Tag erstattet U Strafanzeige gegen unbekannt wegen Bedrohung. Gleiches macht auch V wegen Sachbeschädigung. V ist sauer, die Gebäudeversicherung weigert sich, für den Schaden iHv. 2.000,- EUR für das Streichen der betroffenen Fassade aufzukommen. Vandalismus sei jedenfalls nicht von der Police abgedeckt. Nun richtet sich der Unmut des V gegen die „mittelbare Verursacherin“ U. Diese sei ja ein nettes Mädchen, allerdings hätte sie ihm gegenüber bei Abschluss des Mietvertrags offenbaren müssen, dass sie sich politisch derart gefahrgeneigt exponiere. Man könne Vermietern ja nicht zumuten, Personen aus Risikogruppen als Mieter aufzunehmen und die Schäden dann selbst zu tragen. Er sehe sich jedenfalls als von U getäuscht und ficht am 15.01.2018 den Mietvertrag an. In diesem Zusammenhang verlangt V von U den Auszug aus der Mietwohnung (auch wegen Wiederholungsgefahr), wofür er hilfsweise auch noch fristlos in Schriftform kündigt, und den Ersatz des entstandenen Schadens iHv. 2.000,- EUR.

Wird V mit seinem Ansinnen Erfolg haben?

* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

Gliederung

A) Der von V geforderte Auszug der U

I. Anfechtung des Mietvertrags iSd. § 123 Abs. 1 BGB

1. Täuschungshandlung
 - a) Inzidente verfassungsrechtliche Prüfung
 - b) Zwischenergebnis zur inzidenten verfassungsrechtlichen Prüfung
2. Ergebnis

II. Kündigung des Mietvertrags

1. Kündigungsgrund
2. Ergebnis

B) Der von V geforderte Schadensersatz

I. Anspruch des V aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

1. Taugliches Schuldverhältnis
2. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht
3. Ergebnis

II. Anspruch des V aus § 823 Abs. 1 BGB

C. Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Das AG Göttingen hat unlängst in einer Entscheidung eine Pflicht des künftigen Mieters begründet, den Vermieter bei Abschluss des Mietvertrags darüber zu informieren, dass er „Anziehungspunkt linksgerichteter Gewalt“ ist (AG Göttingen, Urt. v. 24.10.2017 – 18 C 41/17 – WuM 2017, 702 f.). Konkret ging es um den 24jährigen Landesvorsitzenden der Jungen Alternativen (JA), der Nachwuchsorganisation der Alternative für Deutschland (AfD). Informiere ein solcher Mieter dann nicht vorab, könne der Vermieter später den Mietvertrag nach § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung anfechten. Das Urteil ist in der Öffentlichkeit auf deutliche Kritik gestoßen. Der Sachverhalt ist jedenfalls abstraktionsfähig in Bezug auf jegliche politische Couleur oder bestimmte Minderheiten und wirft interessante Fragen auf, die sehr gut in einer Klausur oder mündlichen Prüfung zum Zivilrecht abprüfbar sind und daher vorliegend anhand einer Klausur aufbereitet werden sollen.

A) Der von V geforderte Auszug der U

V könnte dann den Auszug der U erzwingen – dann aber erst im Wege einer Räumungsklage iSd. § 546 BGB iVm. § 885 Abs. 1 ZPO, sofern U nicht freiwillig auszieht –, wenn der Mietvertrag mit U keine Gültigkeit mehr besitzt. Dies setzt voraus, dass dieser durch die erklärte Anfechtung seitens V ex tunc entfallen oder ex nunc weggefallen ist.

I. Anfechtung des Mietvertrags iSd. § 123 Abs. 1 BGB

Im Lichte dessen, dass V erklärt hat, sich getäuscht zu fühlen, kann die Anfechtung des Mietvertrags mit U nur darauf hinauslaufen, dass es um eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB geht.

Die Voraussetzungen von § 123 Abs. 1 BGB sind eine Täuschungshandlung, die bestehende Kausalität zwischen der Täuschungshandlung und der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung auf Seiten des Getäuschten, bestehende Arglist auf Seiten der täuschenden Person und eine rechtzeitige Anfechtungserklärung.

1. Täuschungshandlung

Fraglich ist allerdings schon, ob die U den V bei Abschluss des Mietvertrags wirklich getäuscht hat.

Eine taugliche Täuschungshandlung iSd. § 123 Abs. 1 BGB ist jedes Verhalten, das darauf abzielt, in einem anderen eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen, zu bestärken oder zu unterhalten. Getäuscht werden kann durch aktives Tun oder durch Unterlassen. Vorliegend kommt insbesondere ein Täuschen durch Unterlassen seitens U in Betracht als diese – auch auf Nachfrage durch V¹ – nicht über ihre politische Exponiertheit in der linken Politszene als Grundlage einer möglichen Gefährdung des Miteigentums von V aufgeklärt hat. Dies geschah weder im Rahmen der schriftlichen Selbstauskunft noch im Rahmen des Gesprächs zwischen V und U.

Fraglich ist aber, ob auch wirklich die Voraussetzungen einer Täuschung durch Unterlassen gegeben sind. Ein solches liegt bei einem Unterlassen/Verschweigen von Tatsachen oder Umständen immer nur dann vor, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung besteht (sog. Offenbarungspflicht).² Bei der Frage, ob etwas offenbarungspflichtig ist, kommt es darauf an, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung im Einzelfall redlicherweise eine Aufklärung über den verschwiegenen Umstand erwarten durfte.³ Dabei ist über solche Umstände aufzuklären, die nur der eine Vertragsteil kennt und von denen er weiß oder wissen muss, dass sie für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind, etwa weil sie den Vertragszweck vereiteln können.⁴

Vorliegend stellt sich die dezidierte Frage, ob U wissen musste, dass ihre politische Arbeit für V von Bedeutung ist. Dies impliziert schließlich zugleich, dass U den Transfer leisten konnte und musste, dass sie durch ihre politische Orientierung und Arbeit zum Hassobjekt und Anschlagziel von politisch anderweitig orientierten Kräften werden könnte. Zumindest an dieser Stelle stellt sich dabei noch gar nicht die Frage der Legitimität ihrer politischen Ausrichtung als Arbeit innerhalb eines demokratisch legitimierten und erkennbar (noch) nicht verfassungsfeindlichen und zulässigen, weil nicht verbotenen Meinungsspektrums in einer bestimmten Hochschulgruppe bzw. einer bestimmten Partei.

¹ Vertretbar ist an dieser konkreten Stelle aber auch die Annahme einer Täuschung durch aktives Tun. Die Schwierigkeit der Abgrenzung ergibt sich allerdings dann, wenn die Fragestellung derart pauschal ist, dass der Antwortende sich nicht bewusst sein kann, was genau für den Fragesteller von Relevanz ist. Dann dürfte die Nichtoffenbarung eines bestimmten Umstands eher als Täuschung durch Unterlassen zu charakterisieren sein.

² BGH NZG 1998, 506 (507); BGH NJW-RR 2005, 1082 (1083); Ellenberger, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 123 Rn. 5.

³ BGH NJW 1989, 763 (764); BGH NZG 1998, 506 (507); Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 7. Aufl. (2015), § 123 Rn. 32.

⁴ BGH NJW 1989, 763 (764); BGH NJW-RR 1991, 439 (440).

Hinweis

Hinsichtlich Offenbarungspflichten des Mieters hat sich dabei eine feste Kasuistik entwickelt. So muss der Mieter nach der bisher ergangenen Rechtsprechung etwa die Kündigung des vorangegangenen Mietverhältnisses durch den damaligen Vermieter offenbaren⁵, ebenso auch sämtliche Umstände zur berechtigten Annahme der Gefährdung der Mietzahlung⁶. Weiterhin kommt in Betracht, dass er seine Absicht offenbaren muss, zumindest teilweise geschäftliche Aktivitäten in einer Mietwohnung entfalten zu wollen (Aspekt der Zweckentfremdung).⁷ Bei Gewerberaummietverträgen muss auch der beabsichtigte Verkauf von Kleidung im rechtsradikalen Umfeld offenbart werden, weil eine derartige Gesinnung ggf. dem Vermieter zugerechnet werden könnte⁸. Allerdings muss der Mieter nicht offenbaren, dass er sich einer überhöhten Miete bewusst ist und gedenkt, sich nach Abschluss des Mietvertrags auf die sog. Mietpreisbremse zu berufen.⁹ Auch die Eigenschaft als gelegentlicher bzw. normaler Raucher muss der Mieter grundsätzlich nicht offenbaren.¹⁰

Zunächst einmal wird aus der Nachfrage des V, ob er noch etwas über U wissen müsse (Fallgruppe der Fragen des Vertragspartners), nichts weiter abzuleiten sein. Denn insoweit gilt zwar, dass der Vertragspartner gezielte Fragen richtig und vollständig beantworten muss.¹¹ Vorliegend wird aber erkennbar, dass die Fragetechnik des V viel zu pauschal war, also beileibe nicht gezielt. Gezielt wäre eine Frage etwa dann gewesen, wenn V über die ihm bewusste, weil offenbar seitens U kundgetane eigene politische Einstellung hinaus weiter gefragt hätte, inwieweit und wo sie sich denn auch politisch einbringt.

Daher verbleibt einzig der Umstand der Selbstauskunft und die Frage dahingehend, ob U diesbezüglich eine Offenbarungspflicht zukam (Fallgruppe der Offenbarung besonders wichtiger Umstände). Insoweit gilt es stets, die berechtigten Interessen des Vermieters an Information und das Recht des Mieters an informationeller Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gegeneinander abzuwägen.¹² Anders gewendet: nur wenn der Vermieter im Lichte dieser Abwägung zulässigerweise

fragen darf, kommt es grundsätzlich in Betracht, dass eine Nichtauskunft oder Falschauskunft als arglistige Täuschung gewertet werden kann.¹³

a) Inzidente verfassungsrechtliche Prüfung

Daran gemessen gilt es also im konkreten Fall die Interessen von V und U im verfassungsrechtlichen Kontext gegeneinander abzuwägen.

Dies vermag insoweit zu überraschen als dass die Grundrechte an und für sich insbesondere gegen nicht gerechtfertigte staatliche Eingriffe schützen sollen, während vorliegend mit V und U zwei Privatpersonen einander gegenüberstehen. Allerdings bedeutet der Grundrechtskatalog des GG auch eine objektive Wertordnung mit Ausstrahlungswirkung in die gesamte Rechtsordnung (sog. Drittwirkung von Grundrechten).¹⁴ Auch Privatpersonen werden insoweit bei ihrem zivilrechtlichen Handeln mittelbar an die Grundrechte gebunden.¹⁵

Konkret ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts seit 1983 anerkannt und schützt das Recht des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu entscheiden.¹⁶ Dabei geht es um sämtliche persönlichen Lebenssachverhalte, mithin die personale und soziale Identität.¹⁷

Eingriffe in den Schutzbereich dieses Grundrechts liegen folglich immer dann vor, wenn Verpflichtungen geschaffen werden, persönliche Daten zu offenbaren.¹⁸

Möglicherweise wäre der über das Einfallstor der Drittwirkung von Grundrechten mittelbare Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG im vorliegenden Fall aber gerechtfertigt. Dies wäre nämlich dann der Fall, wenn die Abwägung der beiderseitigen Interessen von V und U zum verhältnismäßigen Ergebnis führen würde, dass Vs Interessen höher zu gewichten sind als die Interessen von U.

Insoweit gilt es zunächst, die Interessen von V und U im Fall zu bestimmen. Das Interesse von V liegt darin, dass sein Eigentum nicht beeinträchtigt wird. Sollte es dennoch dazu kommen, gilt

⁵ LG Itzehoe WuM 2008, 281 (282); AG Kaufbeuren NJW-RR 2013, 849 f.

⁶ LG Bonn NJW-RR 2006, 381 f. (Insolvenz); AG Wolfsburg NZM 2001, 987 (988) (Bonität); AG Dresden NJOZ 2004, 4338 (4339) (Offenbarungseid); AG Wedding Grundeigentum 2004, 239 sowie AG Hamburg-St. Georg ZMR 2011, 301 (schlechte finanzielle Gesamtsituation).

⁷ AG Hamburg-Blankenese ZMR 2013, 360.

⁸ BGH JurBüro 2011, 108 mAnm. *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 23/2010 Anm. 4; BGH NZM 2010, 788 mAnm. *Stadler*, JA 2011, 866 ff.; OLG Dresden NJW-RR 2012, 1295 (1296); LG Berlin ZMR 2009, 121; aA. LG Nürnberg-Fürth NZM 2010, 584 (585) unter dem vorliegend extrem relevanten Aspekt, dass es nicht dem Mieter angelastet werden könne, wenn durch den Verkauf Personen angelockt werden, die mitunter gewalttätig demonstrieren („*Erst recht nicht besteht eine Aufklärungspflicht dahingehend, dass sich Vierte durch den Kauf dieser Marke durch Dritte veranlasst sehen könnten, ihren Protest gegen die Käufer durch Demonstrationen und sogar Straftaten gegen die vermieteten Räume zum Ausdruck zu bringen. Der Bekl. als Mieterin kann nicht angelastet werden, dass Bürger von ihrem staatlich garantierten Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit Gebrauch machen oder weitergehend sogar Straftaten zum Schaden gerade auch der Bekl. verüben. Vielmehr ist sie – ebenso wie die Kl. – diesen gegenüber schutzbedürftig, soweit diese ihre Rechte überschreiten und das Eigentum der Kl. sowie das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb der Bekl. schädigen*“).

⁹ AG München DWW 2016, 340 (341) mAnm. *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 6/2017 Anm. 4.

¹⁰ Vgl. LG Stuttgart NJW-RR 1992, 1360 f.; *Harsch*, WuM 2009, 76; *Wietz*, WuM 2014, 518 (531).

¹¹ BGH NJW 1979, 1886 (1887); *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, Edition 43 (15.06.2017), § 123 Rn. 12; *Arnold*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. (2017), § 123 Rn. 14.

¹² AG Kaufbeuren NJW-RR 2013, 849 f.; *Wietz*, WuM 2014, 518 (531).

¹³ Vgl. LG Itzehoe WuM 2008, 281 (282); *Streyll*, NZM 2014, 1 (3).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198 (208); *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 14. Aufl. (2018), vor Art. 1 Rn. 15 f.; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts IX, 2011, S. 823 ff.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 7, 198 (206); 25, 256; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 44. Lfg. (2005), Art. 1 Rn. 67.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 65, 1 (42); *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 14. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 26.

¹⁷ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. (2012), Art. 2 Rn. 38; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. (2016), Art. 2 Rn. 39.

¹⁸ BVerfGE 121, 69 (96); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. (2016), Art. 2 Rn. 53; *Horn*, in: Stern/Becker, GG, 2. Aufl. (2016), Art. 2 Rn. 104.

es zu berücksichtigen, dass Wohngebäudeversicherungen typischerweise ohne einen Zusatzbaustein im Versicherungsvertrag keine Schäden wegen Graffiti/Vandalismus ersetzen.¹⁹ Das Interesse von U wiederum ist es, dass sie – trotz ihrer politischer Meinungsäußerungen – nicht über ihre Mitgliedschaften in einer bestimmten Hochschulgruppe bzw. Partei aufklären muss. Insoweit muss bedacht werden, dass eine bestimmte Zuordnung einer Person zu einer bestimmten politischen Gruppierung im Privatbereich stets Vorurteile wecken und damit einen Stigmatisierungseffekt auslösen kann.

Dabei gilt es auch weiter dahingehend zu differenzieren, ob jemand nur einfaches Mitglied einer bestimmten Gruppe bzw. Partei ist oder aber dort auch bestimmte (leitende) Tätigkeiten wahrnimmt. So ist etwa im Arbeitsrecht anerkannt, dass die Frage nach einer bestimmten Parteimitgliedschaft niemals von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers getragen werden kann, die Frage nach einer Tätigkeit in einer politischen Partei aber ggf. schon.²⁰ Allerdings hat das *LG Berlin* mietrechtsbezogen auch bezüglich der Funktionäreigenschaft bei einer bestimmten Partei bereits 2011 entschieden, dass selbst ein stellvertretender Landesvorsitzender der NPD (bei einem Gewerberaummietvertrag) den Vermieter hierüber nicht aufklären muss, zumindest wenn sich die Funktionäreigenschaft nicht konkret in der Nutzung der Mietsache niederschlägt.²¹ Dies macht auch vor dem Hintergrund Sinn, dass die Fallgruppe der Offenbarung besonders wichtiger Umstände typischerweise um solche Umstände kreist, die den Vertragszweck gefährden oder vereiteln können²², nicht aber um externe Effekte, die nicht bereits unmittelbar in der Person des Vertragspartners oder dem Vertragsgegenstand angelegt sind. Legt man zudem noch den bereits genannten Maßstab des *LG Nürnberg-Fürth*²³ an, wonach sich etwaige gewaltsame Proteste gegenüber dem Mieter nicht auf diesen zurechnen lassen, so ergibt sich fallbezogen insgesamt, dass die U ihre Mitgliedschaft und Tätigkeit bei der LMFL und der LAD nicht offenbaren musste. Dies dürfte im Binnenvergleich zur NPD sogar erst recht gelten, da die NPD mittlerweile vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als verfassungsfeindlich gekennzeichnet wurde²⁴.

Im Übrigen kann der Fall der Mitgliedschaft/Tätigkeit in einer bestimmten politischen Gruppe/Partei auch mit anderen „ungünstigen Eigenschaften“ in der Person des Vertragspartners verglichen werden. Insoweit gibt es etwa auch keine Offenbarungspflichten in Bezug auf die Zugehörigkeit zur Scientology-Sekte²⁵, bei der es genauso gut zu Protesten Dritter und möglicherweise Rechtsgutbeeinträchtigungen etwa auf Seiten eines

Vermieters kommen kann, sobald die Zugehörigkeit bekannt wird.

Und schließlich ist auch der Unterschied zur bereits genannten BGH-Rechtsprechung zum Feilbieten von Kleidung aus dem rechtsradikalen Umfeld herauszuarbeiten: dort ist der feilbietende Mieter eindeutig Störer, er fordert durch das Feilbieten mitunter Dritte auch zu Angriffen auf das Eigentum des Vermieters heraus. Anders aber ist dies in Bezug auf U, die lediglich ihr Leben lebt, allerdings sonst keine herausfordernden Handlungen vornimmt.

b) Zwischenergebnis zur inzidenten verfassungsrechtlichen Prüfung

Insgesamt kann daher keine Offenbarungspflicht der U dem V gegenüber in Bezug auf ihre politische Verortung angenommen werden. Denn die Abwägung der beiderseitigen Interessen im Lichte des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geht zugunsten der U und zulasten des V aus. Daher fehlt es schon an einer tauglichen Täuschungshandlung durch U, so dass die Anfechtungserklärung des V wegen arglistiger Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB ins Leere geht.

2. Ergebnis

Im Ergebnis steht dem V daher kein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB zu. Hierüber kann er den Auszug von U aus der Mietwohnung somit nicht erreichen.

II. Kündigung des Mietvertrags

Womöglich kann V den Auszug der U aber vermittels der fristlosen Kündigung des Mietvertrags durchsetzen.

Grundsätzlich entfaltet eine erklärte Anfechtung iSd. § 123 Abs. 1 BGB auch keine Sperrwirkung für die Kündigung eines Mietvertrags.²⁶ Demzufolge kann das Rechtsschutzziel des V immer noch mit dem Mittel der fristlosen Kündigung des Mietvertrags erreicht werden. Dies setzt allerdings voraus, dass die erklärte Kündigung (fristlos und in Schriftform) auch rechtens ist.

Mit dem bis heute oft missverständlich verwendeten Wortlaut „fristlos“ kann dabei nur eine außerordentliche Kündigung des Vermieters aus wichtigem Grund iSd. §§ 543, 569 Abs. 2 und Abs. 3 BGB gemeint sein. Denn auf der Ebene darunter (ordentliche Kündigung des Vermieters) bedarf dieser – von der vorliegend erkennbar nicht einschlägigen Ausnahme iSd. § 573a BGB für Einliegerwohnungen oder Einliegerwohnraum abgesehen – stets eines berechtigten Interesses iSd. § 573 Abs. 2 BGB. Die

¹⁹ Vgl. *Hoenicke*, in: Veith/Gräfe/Gebert, *Der Versicherungsprozess*, 3. Aufl. (2016), § 4 Rn. 61; *Mühlenmeier*, WuM 2007, 111 (112).

²⁰ Vgl. *Linck*, in: Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 17. Aufl. (2017), § 26 Rn. 29; *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/I. Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl. (2017), § 611 BGB Rn. 278; differenzierend anhand Mitgliedschaft/Tätigkeit auch in allgemeiner Hinsicht BVerfG NJW 2012, 771 (772); konkret zum Mietrecht wiederum *Emmerich*, NZM 1998, 692 (696); *N. Fischer*, NZM 2005, 567 (574).

²¹ LG Berlin IBRRS 2012, 3132.

²² Vgl. *Arnold*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. (2017), § 123 Rn. 17; *Dörner*, in: Schulze, BGB, 9. Aufl. (2017), § 123 Rn. 2.

²³ LG Nürnberg-Fürth NZM 2010, 584 (585).

²⁴ Vgl. BVerfG DÖV 2017, 508 ff. mAnm. *Hillgruber* JA 2017, 398 ff.; in der Gegenüberstellung wird auch deutlich, dass die zum Ausgangspunkt der

vorliegenden Klausur genommene AfD-Entscheidung des AG Göttingen letztlich nicht vertretbar ist und evident gegen Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG verstößt. Denn es erscheint absolut unverständlich, warum ein Mieter seine Funktionäreigenschaft bei einer verfassungsfeindlichen Partei nicht offenbaren muss, die Funktionäreigenschaft bei einer nicht einmal vom Verfassungsschutz beobachteten Partei dagegen schon.

²⁵ Vgl. LG Darmstadt, NJW 1999, 365 (366); *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 123 Rn. 5; *Ahrens*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 12. Aufl. (2017), § 123 Rn. 8.

²⁶ Vgl. LG BGH NJW 2009, 1266 (1268); *Singer/von Finckenstein*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 123 Rn. 102; *Arnold*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. (2017), § 123 Rn. 6; *N. Fischer*, NZM 2005, 567 (570).

dort genannten Fälle (erhebliche Verletzungen der vertraglichen Pflichten des Mieters; Eigenbedarf; Verwertungskündigung) sind aber allesamt erkennbar nicht einschlägig und hätten iSd. § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB im Kündigungsschreiben des V ohnehin genannt werden müssen.

Daher kommt es vorliegend darauf an, ob die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung des Vermieters aus wichtigem Grund iSd. §§ 543, 569 Abs. 2 und Abs. 3 BGB vorliegen. Dann müsste in Bezug auf das bestehende Mietverhältnis ein Kündigungsgrund vorliegen und die formellen Anforderungen an die Kündigung müssten gewahrt sein.

1. Kündigungsgrund

Fraglich ist, was V überhaupt als tauglichen Kündigungsgrund anführen will. So hat er lediglich „im Zusammenhang mit den Ereignissen“ die schriftliche Kündigung vorgenommen. Ein Zahlungsverzug in Bezug auf die von U zu leistende Miete ist nicht erkennbar und hätte zudem auch nichts mit den Graffiti an der Fassade des von U bewohnten Mietshauses zu tun. Um einen Kündigungsgrund iSd. §§ 543 Abs. 2 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 2 und 3 BGB wegen Zahlungsverzugs kann es daher nicht gehen.

Womöglich dreht sich der Fall dann aber eine um nachhaltige Störung des Hausfriedens iSd. § 569 Abs. 2 BGB. Hiernach liegt ein tauglicher Kündigungsgrund immer dann vor, wenn eine Vertragspartei den Hausfrieden nachhaltig stört, so dass dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Problematisch daran ist bereits, dass vorliegend schon keine vor Ausspruch der Kündigung regelmäßig erforderliche Abmahnung iSd. § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB durch den Vermieter erkennbar ist.²⁷

Zudem ist es höchst fraglich, ob ein Mieter seinerseits den Hausfrieden stört, wenn er selbst Opfer politischer Gewalt wird und damit als Nebeneffekt auch die Mietsache Beeinträchtigungen Dritter ausgesetzt ist. § 569 Abs. 2 BGB geht schließlich im Zusammenhang mit einer nachhaltigen Störung durch den Mieter davon aus, dass die Störung mit einem bestimmten Verhalten des Mieters deckungsgleich ist (vertragliche Verhaltenspflichten gerade des Mieters).²⁸ Für das Verhalten Dritter muss der Mieter im Rahmen von § 569 Abs. 2 BGB nur eintreten, sofern diese als Erfüllungsgehilfen des Mieters iSd. § 278 BGB anzusehen sind (Angehörige; im Ausnahmefall ggf. auch Besucher), das Verhalten sonstiger Dritter scheidet als Kündigungsgrundlage jedoch stets aus.²⁹

Hinweis

Bei § 569 Abs. 2 BGB geht es also in Termini aus dem Polizeirecht gesprochen lediglich um Verhaltensstörer,

nicht aber um Zustandsstörer. Selbst wenn der Mieter also „Anziehungspunkt von Gewalt“ sein sollte, so kann ihm deswegen nicht außerordentlich gekündigt werden.

Damit liegt insgesamt erkennbar kein tauglicher Kündigungsgrund vor.

2. Ergebnis

Auch mit der erklärten fristlosen Kündigung des Mietvertrags kann V den Auszug von U nicht erreichen. Insoweit fehlt es bereits an einem tauglichen Kündigungsgrund, so dass gar nicht weiter geklärt zu werden braucht, ob die Formalia der Kündigung iSd. § 568 BGB gewahrt sind, was insbesondere mit Blick auf die gebotene hinreichend genaue Bezeichnung der Kündigungsgründe bedenklich erscheint.

B) Der von V geforderte Schadensersatz

Fraglich ist sodann, ob V wenn schon nicht den Auszug von U, dann zumindest aber von ihr Schadensersatz in Bezug auf die Schäden an der Fassade des Mietshauses iHv. 2.000,- EUR erlangen kann. Diesbezüglich kommen sowohl schuldrechtliche als auch deliktsrechtliche Ansprüche in Betracht.

Dabei gilt es im Hinblick auf die erstgenannten Ansprüche zu berücksichtigen, dass das Mietrecht zwar die Schadensersatzansprüche des Mieters gegenüber dem Vermieter im Verhältnis zum allgemeinen Schuldrecht modifiziert, nicht aber diejenigen des Vermieters gegenüber dem Mieter.³⁰ Demzufolge kann der Mieter schuldrechtlich nur dann vom Vermieter in Anspruch genommen werden, wenn ihm ein Verschulden anzulasten ist und er vertragliche Pflichten des Mietverhältnisses oder aber allgemeine Schutz- und Rücksichtnahmepflichten iSd. § 241 Abs. 2 BGB verletzt hat. Vorliegend beinhaltete der Mietvertrag zwischen V und U naturgemäß keine Leistungspflichten des Mieters, dafür Sorge zu tragen, dass Dritte wegen der Person von U die Fassade des Mietshauses nicht verunstalten. Daher kann es schuldrechtlich betrachtet vorliegend allenfalls um die Verletzung von allgemeinen Rücksichtnahmepflichten iSd. § 241 Abs. 2 BGB gehen.

I. Anspruch des V aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Möglicherweise könnte V von U Schadensersatz iHv. 2.000,- EUR in Bezug auf die durch Dritte (nämlich A, B und C) verunstaltete Hauswand aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB erlangen, sofern dieser Umstand als eine schuldhaftige Pflichtverletzung auf Seiten der Mieterin U begriffen werden kann.

Voraussetzungen dieses Anspruchs sind ein Schuldverhältnis, die Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht, der Eintritt eines kausalen Schadens und das Vertretenmüssen des Schuldners.

1. Taugliches Schuldverhältnis

Dann müsste zunächst ein Schuldverhältnis zwischen V und U bestanden haben. Dies ist mit dem am 01.12.2017 abgeschlossenen Mietvertrag der Fall.

²⁷ Vgl. dazu Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 543 Rn. 54 f.; Blank, in: Schmidt-Futterer, 13. Aufl. (2017), § 543 Rn. 75 ff.

²⁸ Wöstmann, in: BeckOK-BGB, Edition 43 (15.06.2017), § 569 Rn. 9; Blank, in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. (2017), § 569 BGB Rn. 20.

²⁹ Vgl. Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 7. Aufl. (2016), § 569 Rn. 20; Blank, in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. (2017), § 569 BGB Rn. 22.

³⁰ Vgl. Fest, JA 2005, 780 (782 ff.); Gsell, NZM 2010, 71 (77 f.).

2. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht

Weiterhin müsste eine Pflichtverletzung iSd. § 280 Abs. 1 BGB im Hinblick auf U erkennbar sein. Ausreichend ist insoweit auch die Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht iSd. § 241 Abs. 2 BGB. Dabei bestehen Schutz- und Rücksichtnahmepflichten hinsichtlich Körper, Leben, Eigentum und sonstiger Rechtsgüter des anderen Teils.

Fraglich ist vorliegend aber, wie weit die Schutz- und Rücksichtnahmepflichten im Rahmen von § 241 Abs. 2 BGB reichen können. Ist es also nur erforderlich, dass U sich selbst rücksichtsvoll verhält oder ist U ggf. auch verantwortlich für das Verhalten Dritter als Reaktion auf sie selbst und ihr Verhalten? § 241 Abs. 2 BGB wird indes als reine „weitere Verhaltenspflicht“ neben den Leistungspflichten des Schuldners aus dem Schuldverhältnis verstanden.³¹ Eine Zurechnung des Verhaltens Dritter unter dem Aspekt „Anziehungspunkt von Gewalt“ kommt daher nicht in Betracht.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des V aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB scheidet daher aus.

II. Anspruch des V aus § 823 Abs. 1 BGB

Fraglich ist dann, ob V zumindest aus § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz von U verlangen kann.

Dann müsste es durch eine Verletzungshandlung von U in kausaler Weise zur Verletzung eines Rechtsguts von V gekommen sein und es müssten Rechtswidrigkeit und Verschulden bejaht werden können.

Einmal davon abgesehen, dass reine Vermögensschäden jedenfalls nicht im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB als ersatzfähig angesehen werden³², so ist erneut fraglich, ob die unmittelbare Schadensverursachung an der Fassade des Mietshauses durch Dritte (A, B und C) als Verletzungshandlung auf Seiten von U begriffen werden kann. Als Tathandlung wird allerdings auch im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB nur ein dem Schädiger bewusstes und von ihm beherrschbares Verhalten aufgefasst.³³ Um eine im Deliktsrecht gleichwohl, aber allenfalls als Ausnahmefall vorkommende Gefährdungshaftung, auf die eine Zurechnung von schädigendem Drittverhalten unter dem Aspekt „Anziehungspunkt von Gewalt“ letztlich hinausläuft, geht es dagegen im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB nicht.

Somit scheidet auch ein Anspruch des V gegen U auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB aus.

C. Gesamtergebnis

V kann weder den Auszug der U aus der Mietwohnung durchsetzen noch von ihr den begehrten Schadensersatz iHv. 2.000,- EUR erlangen.

Letztlich kann sich ein Vermieter lediglich dadurch absichern, dass er bei Abschluss des Mietvertrags genauer hinsieht, wen er als Mieter in sein Mietshaus aufnimmt – wobei hierbei die Grenzen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2

Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG und dem AGG zu Tage treten – oder aber indem er eine Erweiterung der regulären Gebäudehaftpflichtversicherung in Erwägung zieht.

Keine wirkliche Lösung ist es jedoch, im Nachgang gegen den Mieter vorgehen zu wollen, der durch Dritte selbst in eine Opferposition gedrängt wurde. Eine Schadenverursachung durch Täter, die nicht ergriffen und damit später nicht haftbar gemacht werden können, ist letztlich ein allgemeines Lebensrisiko, welches nicht an das Tatopfer als dessen Haftungsposition weitergereicht werden kann.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



³¹ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 543 Rn. 54 f.; *Bachmann*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 7. Aufl. (2016), § 241 Rn. 48.

³² BGH NJW 1995, 1801 (1803); *Wagner*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), Bd. 6, § 823 Rn. 476; *Althammer*, JA 2006, 697 (700).

³³ BGHZ 39, 103; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 823 Rn. 2.

KLAUSUR – ZIVILRECHT

Prof. Dr. Christian F. Majer*/Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck**

„Der gepfändete LKW“ Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

Unternehmer U betreibt eine Spedition. Seine Fahrzeuge hat er von L unter Eigentumsvorbehalt erworben und fast abbezahlt. Er schließt sodann eine Sicherungsübereignungsvereinbarung mit Bank B ab, um den dringend benötigten Kredit zu erhalten. Als einer der LKWs defekt ist, bringt er ihn in die Autowerkstatt des W zur Reparatur. Dort pfändet ihn der Gerichtsvollzieher im Auftrag der Gemeinde G, bei welcher W noch diverse Schulden hat. W protestiert, aber ohne Erfolg. B fordert U nun auf, gegen die Pfändung vorzugehen, andernfalls sei der Kredit fällig.

Prüfen Sie, ob und wie B und U gegen die Pfändung vorgehen können!

Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme ist gegebenenfalls in einem Hilfgutachten einzugehen.

Gliederung

A) Prozessuale Möglichkeiten der B-Bank gegen die Pfändung

I. Vorgehen gem. § 771 ZPO

1. Zulässigkeit
 - a) Statthaftigkeit
 - b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit
 - c) Rechtsschutzinteresse
 - d) Zwischenergebnis
2. Begründetheit
 - a) Eigentum der B
 - b) Anwartschaftsrecht der B
 - aa) Erwerb des Anwartschaftsrechts durch U
 - bb) Übertragung des Anwartschaftsrechts auf B
 - cc) Zwischenergebnis
 - c) Anwartschaftsrecht auf das Sicherungseigentum als die Veräußerung hinderndes Recht
 - d) Zwischenergebnis
3. Ergebnis

II. Vorgehen gem. § 766 I ZPO

1. Zulässigkeit
 - a) Statthaftigkeit
 - b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit
 - c) Rechtsschutzinteresse
 - d) Erinnerungsbefugnis der B
 - e) Zwischenergebnis
2. Begründetheit
3. Ergebnis

B) Prozessuale Möglichkeiten des U

I. Vorgehen gem. § 771 ZPO

1. Zulässigkeit
2. Begründetheit
 - a) Eigentum des U
 - b) Anwartschaftsrecht
 - c) Berechtigter Besitz als die Veräußerung hinderndes Recht
 - d) Zwischenergebnis
3. Ergebnis

II. Vorgehen gem. § 766 I ZPO

1. Zulässigkeit
2. Begründetheit
 - a) Verstoß gegen § 809 ZPO
 - b) Zwischenergebnis
3. Ergebnis

C) Gesamtergebnis

* Der Autor ist Inhaber einer Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

** Die Autorin ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht in Tübingen (Prof. Dr. Jörg Kinzig).

Gutachten

A) Prozessuale Möglichkeiten der B-Bank gegen die Pfändung

I. Vorgehen gem. § 771 ZPO

Die B könnte möglicherweise mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO gegen die Pfändung des LKW vorgehen. Dabei handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungs-¹ mit dem Ziel, die Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand für unzulässig zu erklären.² Die Klage müsste zulässig und begründet sein.

1. Zulässigkeit

a) Statthaftigkeit

Die Drittwiderspruchsklage ist bei allen Arten der Zwangsvollstreckung in Vermögensgegenstände statthaft,³ durch die ein Dritter in seinem Vermögen betroffen sein kann. Klagegrund der Drittwiderspruchsklage ist gem. § 771 Abs. 1 ZPO das die Veräußerung hindernde Recht.⁴ Das bedeutet, dass die B ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend machen müsste.

Hinweis

Dieser Begriff ist irreführend: Selbst das Eigentum als stärkstes dingliches Recht verhindert nicht immer eine wirksame Veräußerung, wie die §§ 932 ff. BGB zeigen.⁵

Ein die Veräußerung hinderndes Recht ist gegeben, wenn der Schuldner selbst, würde er den Vollstreckungsgegenstand veräußern, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten eingreifen würde und der Dritte ihn deshalb an der Veräußerung hindern könnte.⁶ Mit der Behauptung, dass die Vollstreckung in ihre Rechte – speziell Eigentum bzw. Anwartschaftsrecht – eingreifen würde, ist die Drittwiderspruchsklage der B statthaft.

b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG. Entscheidend ist dafür der Wert der Vollstreckungsforderung. Der Wert des gepfändeten Gegenstandes ist gem. § 6 ZPO nur dann maßgeblich, wenn er unter der Vollstreckungsforderung liegt.

Ausschließlich örtlich zuständig ist gem. §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung stattfindet.

Hinweis

Die sachliche Zuständigkeit ist – anders als die örtliche – keine ausschließliche. Dies ergibt sich aus § 802 ZPO, der nur „in diesem Buche angeordnete“ Gerichtsstände als

ausschließlich benennt. Die sachliche Zuständigkeit wird von § 771 ZPO nicht bestimmt.

c) Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse ist gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung begonnen hat, aber noch nicht beendet wurde.⁷ Der Gerichtsvollzieher hat den LKW bereits gepfändet, die Zwangsvollstreckung hat daher begonnen. Der LKW wurde noch nicht versteigert, sodass die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist. Daher ist ein Rechtsschutzinteresse gegeben.

d) Zwischenergebnis

Eine Drittwiderspruchsklage der B gem. § 771 ZPO wäre zulässig.

2. Begründetheit

Die Klage wäre begründet, wenn der B tatsächlich ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 Abs. 1 ZPO zustünde.

a) Eigentum der B

Das Eigentum eines Dritten gehört in der Regel nicht zum haftenden Schuldnervermögen.⁸ Wäre die B Eigentümerin des LKW, könnte sich aus dieser Position ein die Veräußerung hinderndes Recht ergeben.

Ursprünglich war L Eigentümer des LKW. U und L haben einen Eigentumsvorbehalt gem. §§ 929, 158 I, 449 Abs. 1 BGB vereinbart. Die Veräußerung unter Eigentumsvorbehalt bedeutet nach der Auslegungsregel⁹ des § 449 Abs. 1 BGB, dass die Übereignung gem. §§ 929, 158 Abs. 1 BGB unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung erfolgt.¹⁰ Der Kaufpreis wurde noch nicht vollständig bezahlt. Daher ist L immer noch Eigentümer des LKW. Ein die Veräußerung hinderndes Recht ergibt sich daher nicht aus dem Eigentum.

b) Anwartschaftsrecht der B

In Betracht kommt aber ein die Veräußerung hinderndes Recht der B aufgrund eines Anwartschaftsrechts. Dieses könnte sie von U erworben haben.

aa) Erwerb des Anwartschaftsrechts durch U

Dazu müsste zunächst U ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum an dem LKW erworben haben. Ein Vorbehaltskäufer, dessen Rechtsposition gem. § 161 BGB geschützt ist, erwirbt durch die aufschiebend bedingte Übereignung der Sache ein Anwartschaftsrecht an dieser.¹¹ L hat den LKW unter Eigentumsvorbehalt verkauft; mit der Zahlung des restlichen Kaufpreises sollte das Eigentum gem. §§ 929, 158 Abs. 1, 449 Abs. 1 BGB auf U übergehen. Dieser hat demnach ein Anwartschaftsrecht erworben.

¹ Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 27. Edition (01.03.2017), § 771 Rn. 1.

² Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 27. Edition (01.03.2017), § 771 Rn. 1; dies differenzierend betrachtend: Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 3: „materielle Gestaltungs- und zugleich Bestandteil eines spezifisch vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzsystems“.

³ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 4.

⁴ Dazu auch: Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 27. Edition (01.03.2017), § 771 Rn. 5.

⁵ Kritisch auch Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 16.

⁶ BGH NJW 1971, 799 (800); Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 27. Edition (01.03.2017), § 771 Rn. 5; Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 16.

⁷ Heiderhoff/Skamel, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage (2013), Rn. 538; Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 58.

⁸ Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 27. Edition (01.03.2017), § 771 Rn. 8.

⁹ So auch Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 45. Edition (01.03.2018), § 449 Rn. 1.

¹⁰ Ibid., Rn. 10.

¹¹ Ibid., Rn. 17.

bb) Übertragung des Anwartschaftsrechts auf B

Dieses Anwartschaftsrecht könnte U auf B übertragen haben. Ein Anwartschaftsrecht ist ein wesensgleiches Minus zum Vollrecht.¹² Die §§ 929 ff. BGB werden daher analog auf Verfügungen über das Anwartschaftsrecht angewendet.¹³ Auch die Sicherungsübertragung des Anwartschaftsrechts ist danach möglich.¹⁴ U könnte das Anwartschaftsrecht gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB analog auf B übertragen haben. U und B haben sich darüber geeinigt, dass das Eigentum an dem LKW auf B übergehen soll.

Hinweis

U konnte B jedoch kein Sicherungseigentum verschaffen, da er selbst – wie soeben gezeigt – kein Eigentum erworben hatte. Die fehlgeschlagene Sicherungsübereignung kann aber gem. §§ 133, 157 BGB ausgelegt bzw. gem. § 140 BGB umgedeutet werden, in eine Übertragung des Anwartschaftsrechts.

Darin ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB bzw. Umdeutung gem. § 140 BGB die Übertragung des Anwartschaftsrechts zu sehen. Diese müsste in entsprechender Anwendung der Regeln für die Übertragung des Vollrechts, also gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB, vorgenommen worden sein. Dies ist durch die Einigung und die Vereinbarung der Sicherungsübereignungsvereinbarung geschehen.

cc) Zwischenergebnis

B hat daher das Anwartschaftsrecht erworben.

c) Anwartschaftsrecht auf das Sicherungseigentum als die Veräußerung hinderndes Recht

Das Anwartschaftsrecht – als wesensgleiches Minus¹⁵ – kann jedoch keine weitergehenden prozessualen Möglichkeiten eröffnen als das Vollrecht. Daher ist zu prüfen, ob der Sicherungseigentümer zu einem Vorgehen nach § 771 ZPO berechtigt ist. Nur dann würde auch das Anwartschaftsrecht der B auf Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO darstellen.

Teilweise wird vertreten, dass der Sicherungseigentümer der Vollstreckung nicht über § 771 ZPO widersprechen kann.¹⁶ Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zwingt dazu, das Sicherungseigentum wie ein besitzloses Pfandrecht zu behandeln.¹⁷ Auch im Insolvenzverfahren habe der Sicherungseigentümer gem. § 51 Nr. 1 InsO nur ein Absonderungsrecht und kein Aussonderungsrecht.¹⁸ Deshalb könne nur eine Klage nach § 805 ZPO erhoben werden.¹⁹

Dem Sicherungseigentümer darf jedoch nicht die Verwertung des Sicherungsgutes im Wege der Zwangsvollstreckung aufgedrängt werden:²⁰ Dadurch würde ihm die Befugnis genommen, den Gegenstand selbst zu verwerten.²¹ Auch verliert der Sicherungseigentümer im Insolvenzverfahren nicht stets das Recht zur eigenen Verwertung, was § 173 Abs. 1 InsO zeigt. Zudem ist auch der Sicherungseigentümer Volleigentümer und muss als solcher behandelt werden.²² Deshalb ist davon auszugehen, dass auch der Sicherungseigentümer gem. § 771 ZPO vorgehen kann.²³ Für das Anwartschaftsrecht auf das Sicherungseigentum kann dann nichts anderes gelten.

d) Zwischenergebnis

Die Drittwiderspruchsklage der B wäre begründet.

2. Ergebnis

B könnte mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO gegen die Pfändung vorgehen.

II. Vorgehen gem. § 766 Abs. 1 ZPO

In Betracht kommt zudem ein Vorgehen der B gegen die Pfändung gem. § 766 Abs. 1 ZPO. Die Vollstreckungserinnerung müsste zulässig und begründet sein.

1. Zulässigkeit**a) Statthaftigkeit**

Eine Vollstreckungserinnerung gem. § 766 Abs. 1 ZPO ist statthaft, wenn es um die Rüge des Vollstreckungsverhaltens des Gerichtsvollziehers geht. Mit der Vollstreckungserinnerung können nur formelle Mängel der Zwangsvollstreckung gerügt werden.²⁴ Die Vollstreckungserinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO ist vorliegend statthaft, da der Gerichtsvollzieher als Organ der Zwangsvollstreckung tätig wurde.²⁵

b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Ausschließlich sachlich und örtlich zuständig ist gem. §§ 766 Abs. 1, 802 ZPO das Vollstreckungsgericht. Dies ist gem. § 764 Abs. 2 ZPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfindet. Gem. § 20 Abs. 1 Nr. 17 S. 2 RPflG ist der Richter und nicht der Rechtspfleger für die Entscheidung zuständig.

c) Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse besteht auch bei der Klage nach § 766 Abs. 1 ZPO nur zwischen Beginn und Beendigung der Zwangsvollstreckung.²⁶ Die Ausführungen zum Rechtsschutzinteresse der Drittwiderspruchsklage gelten entsprechend, sodass ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen ist.

d) Erinnerungsbefugnis der B

Die B müsste erinnerungsbefugt sein. Ein Dritter, der nicht Schuldner oder Gläubiger ist, ist zur Erinnerung befugt, wenn er

¹² BGHZ 28, 16 (21); Prütting, Sachenrecht, 36. Auflage (2017), Rn. 392.

¹³ Oechsler, in: MüKo-BGB, 7. Auflage (2017), § 929 Rn. 17; Prütting, Sachenrecht, 36. Auflage (2017), Rn. 393; vgl. BGHZ 28, 16 (21).

¹⁴ Westermann, in: MüKo-BGB, 7. Auflage (2016), § 449 Rn. 51.

¹⁵ BGHZ 28, 16 (21); Prütting, Sachenrecht, 36. Auflage (2017), Rn. 392.

¹⁶ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 29.

¹⁷ Ibid.; ablehnend: Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 771 Rn. 19.

¹⁸ Ablehnend: Ibid.

¹⁹ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 29.

²⁰ Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 771 Rn. 19.

²¹ Vgl. Ibid.; ablehnend: Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 29.

²² Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 771 Rn. 19; vgl. BGH NJW 1978, 1859.

²³ BGH NJW 1978, 1859; NJW 1981, 1835; Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 771 Rn. 19.

²⁴ Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 28. Edition (01.03.2018), § 766 Rn. 5.

²⁵ Vgl. Ibid., Rn. 3.

²⁶ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 766 Rn. 48.

geltend macht, durch die Art und Weise der Vollstreckung in seinen Rechten verletzt zu sein.²⁷ Die bloße Geltendmachung eines materiellen Drittrechts genügt dafür nicht.²⁸ B könnte sich aber auf das Vorliegen evidenten Dritteigentums berufen. Für eine Pfändung beim Schuldner hat sich die Sache gem. § 808 Abs. 1 ZPO im Gewahrsam des Schuldners zu befinden. Für den Gerichtsvollzieher gilt als Vermögen des Schuldners alles, was sich in dessen Gewahrsam befindet.²⁹ Er hat die wahren Eigentumsverhältnisse grundsätzlich nicht zu prüfen (§ 71 Abs. 1 S. 1 GVGA).³⁰ Etwas anderes kann trotz dieser Formalisierung gelten, wenn die im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache offensichtlich im Eigentum eines anderen steht.³¹ Dies ist der Fall, wenn nach den äußeren Umständen vernünftigerweise keine Zweifel an dem Dritteigentum bestehen.³²

e) Zwischenergebnis

Die Erinnerung der B wäre bei Geltendmachung evidenten Dritteigentums zulässig.

2. Begründetheit

Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, wenn der Gerichtsvollzieher tatsächlich gegen eine Verfahrensvorschrift verstoßen hat.

In Betracht kommt das Vorliegen evidenten Dritteigentums. Dies ist der Fall, wenn nach den äußeren Umständen vernünftigerweise keine Zweifel an dem Dritteigentum bestehen.³³ Da eine Beurteilung des materiellen Rechts durch den Gerichtsvollzieher grundsätzlich zu unterbleiben hat, ist eine zurückhaltende Beurteilung angebracht.³⁴ Selbst bei Gegenständen, die sich in einer Reparaturwerkstatt des Schuldners befinden, ist nicht stets von evidentem Dritteigentum auszugehen.³⁵ Bei einem Auto, das sich in einer Autowerkstatt zur Reparatur befindet, ist vernünftigerweise von Dritteigentum auszugehen (vgl. auch § 71 Abs. 2 S. 1 GVGA).³⁶ Dies ist insbesondere deshalb anzunehmen, weil es sich nicht um einen normalen PKW handelt, der auch von dem Werkstattbetreiber gefahren werden könnte, sondern um einen Speditions-LKW. Hinzu kommt, dass W bei der Pfändung des LKW protestierte und G die Pfändung des LKW nicht ausdrücklich verlangt³⁷ hatte.

Da evidentes Dritteigentum an dem LKW bestand, liegt ein Verfahrensfehler vor. Die Vollstreckungserinnerung der B wäre begründet.

3. Ergebnis

Eine Vollstreckungserinnerung der B gem. § 766 Abs. 1 ZPO hätte Aussicht auf Erfolg.

B) Prozessuale Möglichkeiten des U

I. Vorgehen gem. § 771 ZPO

Möglicherweise könnte auch U mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO gegen die Pfändung des LKW vorgehen. Diese müsste zulässig und begründet sein.

1. Zulässigkeit

Die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 Abs. 1 ZPO des U wäre statthaft, wenn er ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend machen würde. Ein die Veräußerung hinderndes Recht ist gegeben, wenn der Schuldner selbst, würde er den Vollstreckungsgegenstand veräußern, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten eingreifen würde und der Dritte ihn deshalb an der Veräußerung hindern könnte.³⁸ Mit der Behauptung, dass die Vollstreckung in seine Rechte – speziell Eigentum bzw. Anwartschaftsrecht oder berechtigter Besitz – eingreifen würde, ist die Drittwiderspruchsklage statthaft. Von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit sowie dem Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses ist auszugehen. Vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der Drittwiderspruchsklage der B.

Die Drittwiderspruchsklage des U gem. § 771 Abs. 1 ZPO wäre zulässig.

2. Begründetheit

Die Drittwiderspruchsklage des U gem. § 771 ZPO gegen die Pfändung des LKW ist begründet, wenn ihm tatsächlich ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht.

a) Eigentum des U

Grundsätzlich kann sich ein die Veräußerung hinderndes Recht aus dem Eigentum ergeben.³⁹ Wie oben bereits festgestellt, ist L und nicht U Eigentümer des LKW.

b) Anwartschaftsrecht

Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ist ein die Veräußerung hinderndes Recht.⁴⁰ U hat das Anwartschaftsrecht jedoch auf B übertragen (s.o.), sodass daraus kein die Veräußerung hinderndes Recht des U mehr folgt.

²⁷ Ibid., Rn. 30.

²⁸ Ibid.

²⁹ Becker, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 808 Rn. 5; Zetzsche/Nast, JA 2016, 582 (584).

³⁰ Forbringer, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 28. Edition (01.03.2017), § 808 Rn. 18.

³¹ Becker, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 808 Rn. 5; Forbringer, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 28. Edition (01.03.2017), § 808 Rn. 18; Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 808 Rn. 22; Zetzsche/Nast, JA 2016, 582 (584).

³² Becker, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 808 Rn. 5; Forbringer, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 28. Edition (01.03.2017), § 808 Rn. 18; Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 808 Rn. 22.

³³ Becker, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 808 Rn. 5; Forbringer, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 28. Edition (01.03.2017), § 808 Rn. 18; Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 808 Rn. 22.

³⁴ Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 808 Rn. 22.

³⁵ Ibid.. Vgl. auch LG Aschaffenburg DGVZ 1995, 57: Pfändung eines Motorrades in einer Reparaturwerkstatt auf Verlangen des Gläubigers.

³⁶ Vgl. Becker, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage (2017), § 808 Rn. 5.

³⁷ Anders als im vorliegenden Fall hatte der Gläubiger die Pfändung im Fall des LG Aschaffenburg ausdrücklich verlangt (LG Aschaffenburg DGVZ 1995, 57 (58)), was eine andere Bewertung ermöglicht.

³⁸ BGH NJW 1971, 799 (800); Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 27. Edition (01.03.2017), § 771 Rn. 5; Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 16.

³⁹ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 17.

⁴⁰ Ibid. Rn. 21.

c) Berechtigter Besitz als die Veräußerung hinderndes Recht

Der U ist berechtigter mittelbarer Besitzer des LKW. Aus dieser Position könnte sich ein die Veräußerung hinderndes Recht ergeben. Der Besitz als solcher ist kein Recht und kann daher schon nach dem Wortlaut des § 771 ZPO keine Drittwiderspruchsklage begründen.⁴¹ Möglicherweise ergibt sich etwas anderes, wenn es sich um berechtigten Besitz handelt, genauer: Wenn der Kläger ein Recht zum Besitz hat. Dem kann entgegengehalten werden, dass das Besitzrecht nur ein relatives Recht ist. Für ein Interventionsrecht des berechtigten Besitzers spricht aber, dass das Besitzrecht auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht anerkannt ist.⁴² Das Besitzrecht an beweglichen Sachen begründet daher ein die Veräußerung hinderndes Recht.⁴³ Dies gilt auch für Fälle des mittelbaren Besitzes.⁴⁴ U steht danach ein die Veräußerung hinderndes Recht zu.

d) Zwischenergebnis

Die Drittwiderspruchsklage des U wäre begründet.

3. Ergebnis

U könnte mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 Abs. 1 ZPO gegen die Pfändung vorgehen.

II. Vorgehen gem. § 766 Abs. 1 ZPO

Möglicherweise könnte U auch gem. § 766 Abs. 1 ZPO gegen die Pfändung vorgehen. Die Vollstreckungserinnerung müsste zulässig und begründet sein.

1. Zulässigkeit

Die Vollstreckungserinnerung gem. § 766 Abs. 1 ZPO des U ist statthaft. Von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit sowie dem Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses ist auszugehen. Vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der Vollstreckungserinnerung der B.

Der U müsste zudem erinnerungsbefugt sein. Dies ist der Fall, wenn U durch die konkrete Vollstreckungsmaßnahme in seinen Rechten beeinträchtigt wurde. Problematisch ist, dass U nicht der Vollstreckungsschuldner ist. Ein Dritter ist zur Erinnerung befugt, wenn er geltend macht, durch die Art und Weise der Zwangsvollstreckung in seinen Rechten verletzt worden zu sein.⁴⁵ Mit der Erinnerung muss die Verletzung einer diesen Dritten schützenden Norm gerügt werden.⁴⁶ Vorliegend könnte sich B auf eine Verletzung des § 809 Alt. 2 ZPO berufen, wenn er geltend macht, in seinem Gewahrsam betroffen zu sein.

2. Begründetheit

Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, wenn der Gerichtsvollzieher tatsächlich gegen eine Verfahrensvorschrift verstoßen hat.

a) Verstoß gegen § 809 ZPO

Bei § 809 Alt. 2 ZPO handelt es sich um eine Norm, die dem Schutz des Dritten dient.⁴⁷ Ein Verstoß gegen § 809 Alt. 2 ZPO

würde voraussetzen, dass U Gewahrsam an dem LKW hatte. Gewahrsam ist die rein tatsächliche, nach außen erkennbare Sachherrschaft.⁴⁸ W hatte zum Zeitpunkt der Pfändung Gewahrsam an dem LKW. In Betracht kommt daher allenfalls Mitgewahrsam. U hatte mittelbaren Besitz im Sinne des § 868 BGB. Anders als der Besitz ist das Bestehen des Gewahrsams aber ausschließlich faktisch zu bestimmen. Ein mittelbares Besitzverhältnis im Sinne des § 868 BGB reicht nicht aus, um von Gewahrsam auszugehen.⁴⁹ Ein Verstoß gegen § 809 ZPO kommt daher nicht in Betracht.

b) Zwischenergebnis

Die Erinnerung des U gem. § 766 Abs. 1 ZPO wäre unbegründet.

3. Ergebnis

Ein Vorgehen des U nach § 766 Abs. 1 ZPO hätte keine Aussicht auf Erfolg.

C) Gesamtergebnis

B kann mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO gegen die Pfändung vorgehen. Auch ihre Vollstreckungserinnerung gem. § 766 Abs. 1 ZPO hätte Aussicht auf Erfolg. U kann ebenfalls mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 Abs. 1 ZPO gegen die Pfändung vorgehen.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



⁴¹ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 38.

⁴² Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Auflage (2017), § 823 Rn. 288.

⁴³ BGHZ 2, 164 (168); Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 771 Rn. 38.

⁴⁴ Handke, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Auflage (2015), § 771 ZPO Rn. 32.

⁴⁵ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 766 Rn. 30.

⁴⁶ Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Auflage (2016), § 766 Rn. 30; Zetzsche/Nast, JA 2016, 582 (583).

⁴⁷ Vgl. Zetzsche/Nast, JA 2016, 582 (583).

⁴⁸ Forbringer, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 28. Edition (01.03.2017), § 808 Rn. 5.

⁴⁹ Ibid.



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Abbruch von Vertragsverhandlungen

Urteil vom 13. Oktober 2017, Az.: V ZR 11/17

1. Es stellt keine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung des (potentiellen) Verkäufers eines Grundstücks dar, wenn er - bei wahrheitsgemäßer Erklärung seiner Abschlussbereitschaft - dem Kaufinteressenten nicht offenbart, dass er sich vorbehält, den Kaufpreis zu erhöhen. Eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen scheidet deshalb aus.

2. Der (potentielle) Verkäufer haftet auch dann nicht auf Schadensersatz, wenn er zu einem Zeitpunkt Abstand von dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nimmt, zu dem er weiß, dass der Kaufinteressent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen hat.

(amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

B, ein Großinvestor für Immobilien, bot im Internet eine Dachgeschosswohnung in Frankfurt für 376.700 € an. K trat mit B in Vertragsverhandlungen, sichtete die Unterlagen (Teilungserklärung etc.) und wurde sich mit B einig, die Wohnung zu erwerben. Notar N übersandte im Auftrag des B dem K einen entsprechenden Kaufvertragsentwurf. Die Beurkundung sollte am 31. Oktober stattfinden.

Am 1. Oktober schloss K mit der S-Bank einen Darlehensvertrag über 300.000 € ab. Vorher versicherte er sich bei B nochmals, dass der Beurkundung nichts im Wege stünde.

Zwei Wochen vor der Beurkundung (Mitte Oktober) teilte B dem K mit, dass er festgestellt habe, dass der ursprünglich vereinbarte Preis nicht mehr marktgerecht sei und er nur noch bereit sei, die Wohnung zu einem höheren Preis, jetzt für 472.400 €, zu verkaufen. K war damit nicht einverstanden und nahm von der Vertragsunterzeichnung Abstand. B veräußerte die Wohnung zu dem höheren Preis an einen Dritten.

Für die Aufhebung des nutzlos gewordenen Darlehensvertrags verlangt die S – nach den wirksamen Darlehensbedingungen zu Recht – 9.000 € Entschädigung für entgangene Zinsen.

K verlangt nun von B Ersatz des ihm entstandenen Schadens in Höhe von 9.000 €.

B) Die Entscheidung des Senates

Der Anspruch des K gegen B auf Zahlung von 9.000 € könnte sich aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 iVm. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergeben.

Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Pflicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis

gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB (culpa in contrahendo) ist, dass zwischen K und B ein solches vorvertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen ist und B eine Pflicht daraus schuldhaft verletzt hat.

I. Vorvertragliches Schuldverhältnis

Zwischen K und B bestand ein vorvertragliches Schuldverhältnis in Form von Vertragsverhandlungen. B hatte K bereits Unterlagen zur Verfügung gestellt und einen Kaufvertragsentwurf über den Notar N zukommen lassen.

II. Pflichtverletzung

Fraglich ist jedoch, ob B durch den Abbruch der Vertragsverhandlung und das Verlangen eines höheren Preises vor Beurkundung eine Pflicht aus diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis verletzt hat.

„Im Rahmen der Privatautonomie hat jede Partei bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag Abstand zu nehmen. Aufwendungen, die in Erwartung des Vertragsabschlusses gemacht werden, erfolgen daher grundsätzlich auf eigene Gefahr. Nur wenn der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten zu erstatten sein, wenn er den Vertragsabschluss später ohne triftigen Grund ablehnt [...]

Bei einem Grundstückskaufvertrag sind an die Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten strengere Anforderungen zu stellen. Bei einem solchen Vertrag löst die Verweigerung der Mitwirkung an der Beurkundung durch einen Verhandlungspartner nicht schon dann Schadensersatzansprüche aus, wenn es an einem triftigen Grund dafür fehlt, sondern nur, wenn eine besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treuepflichtverletzung vorliegt. Eine solche ist beispielsweise beim Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Abschlussbereitschaft oder auch dann gegeben, wenn ein Verhandlungspartner zwar zunächst verkaufsbereit war, im Verlaufe der Verhandlungen aber innerlich von dieser Bereitschaft abgerückt ist, ohne dies zu offenbaren [...]. Begründete schon das Fehlen triftiger Gründe für die Verweigerung der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages die Haftung des Verhandlungspartners, bedeutete das nämlich einen indirekten Zwang zum Abschluss des Vertrags. Ein solcher Zwang liefe dem Zweck der Formvorschrift des § 311b BGB zuwider, nach der wegen der objektiven Eigenart des Vertragsgegenstandes eine Bindung ohne Einhaltung der Form verhindert werden soll.

Von diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht zutreffend aus und gelangt ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis, der [K] habe

den Beweis, dass die [B] ihm eine tatsächlich nicht vorhandene Abschlussbereitschaft zu dem ursprünglich genannten Preis vorgespiegelt habe oder dass sie von einer ursprünglich vorhandenen Verkaufsbereitschaft innerlich abgerückt sei, ohne dies - rechtzeitig - zu offenbaren, nicht geführt. Die von der Revision hiergegen erhobenen Rügen verhalfen dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg.

[...] Auf die von dem [K] auf eine Verletzung von § 286 ZPO gestützte Rüge, wonach das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht hätte davon ausgehen müssen, dass nach den unternehmensinternen Gepflogenheiten der [B] der Abschluss des Kaufvertrages unter dem Vorbehalt einer jederzeit noch möglichen Überprüfung des Kaufpreises gestanden habe, kommt es nicht an. Entgegen der Auffassung des [K] stellt es nämlich keine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung des (potentiellen) Verkäufers eines Grundstücks dar, wenn dieser - bei wahrheitsgemäßer Erklärung seiner Abschlussbereitschaft - dem Kaufinteressenten nicht offenbart, dass er sich vorbehält, den Kaufpreis zu erhöhen.

Auch wenn dem Verhandlungspartner bewusst ist, dass nach seiner Erklärung, den Vertrag zu bestimmten Bedingungen abschließen zu wollen, Umstände eintreten können, die ihn von dem Vertragsschluss abhalten können, kann er abschlussbereit sein. Entscheidend ist, ob die Erklärung im Zeitpunkt ihrer Abgabe der Wahrheit entspricht, der (potenzielle) Verkäufer also zu diesem Zeitpunkt zur Veräußerung der Immobilie zu den mitgeteilten Bedingungen bereit ist. Es steht ihm aber frei, von dieser Verkaufsabsicht wieder abzurücken, da er an seine Erklärung mangels notarieller Beurkundung nicht gebunden ist. Ein solches Abrücken muss er dem potenziellen Vertragspartner allerdings umgehend mitteilen. Eine darüber hinausgehende Pflicht, den Interessenten darauf hinzuweisen, dass er sich vorbehält, von seiner Verkaufsabsicht abzurücken, trifft den Verkäufer demgegenüber nicht. Vielmehr muss dem Kaufinteressenten klar sein, dass der Verkaufswillige bis zur Beurkundung des Kaufvertrages nicht gebunden ist und es diesem daher freisteht, seine Verkaufsbereitschaft aufzugeben oder zu modifizieren.

Hiernach war [B] nicht gehindert, Mitte Oktober [...] den Kaufpreis für die Wohnung zu erhöhen. Ihrer daraus folgenden Offenbarungspflicht gegenüber dem [K] ist die [B] nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nachgekommen, indem sie ihn hierüber zeitnah unterrichtet hat.

Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht schließlich davon aus, dass sich der Abbruch der Verhandlungen durch [B Mitte Oktober] auch nicht deshalb als besonders schwerwiegender Treuepflichtverstoß darstellt, weil sie wusste, dass [K] bereits einen Darlehensvertrag abgeschlossen hatte.

Der (potenzielle) Verkäufer haftet nicht auf Schadensersatz, wenn er zu einem Zeitpunkt Abstand von dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nimmt, zu dem er weiß, dass der Kaufinteressent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen hat. Hierin kann schon deshalb keine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung gesehen werden, weil es der Kaufinteressent anderenfalls in der Hand hätte, durch eigene Dispositionen den Verkäufer mittelbar zum Abschluss des Grundstückskaufvertrages zu bewegen, ob-

wohl ein formgültiger Vertrag i. S. des § 311b BGB noch nicht zustande gekommen ist. Dies liefe dem Zweck der Formvorschrift zuwider.

Eine unangemessene Benachteiligung des Kaufinteressenten ist hiermit nicht verbunden. Da vor der Beurkundung eine rechtliche Bindung des Verkaufswilligen noch nicht besteht, erfolgen Vermögensdispositionen, die in Erwartung eines Kaufabschlusses getätigt werden, grundsätzlich auf eigenes Risiko. Hierdurch wird der Kaufinteressent nicht unzumutbar belastet, denn er kann zunächst lediglich eine Finanzierungszusage einholen und den Darlehensvertrag erst im Anschluss an die Beurkundung des Kaufvertrages schließen oder den Darlehensvertrag von vornherein unter der Bedingung des Kaufs schließen. [...]"

Damit mangelt es bereits an einer Pflichtverletzung des B.

III. Ergebnis

K hat gegen B keinen Anspruch auf Schadensersatz.

Hinweise für Studierende

Die Entscheidung mag im ersten Moment überraschen. Obwohl sich K vor dem Abschluss des Darlehensvertrags bei B nochmals rückversicherte, ob dem Vertragsschluss nichts entgegenstehe, soll B für den Schaden der dem K dadurch entstanden ist, nicht haften. Betrachtet man jedoch den Sinn und Zweck der Formvorschrift des § 311b BGB genauer, zeigt sich, dass die Entscheidung des BGH richtig ist.

Der BGH beschreibt den Sinn der Formvorschrift wie folgt: „Die Formvorschrift bezweckt u. a., Veräußerer und Erwerber vor übereilten Verträgen zu bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinzuweisen und ihnen die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung zu eröffnen.“ (stellvertretend BGH NJW 1990, 390). Dieser Zweck könnte nicht erreicht werden, wenn man sich vor Beurkundung mündlich schon binden könnte. Dass es sich bei B vorliegend um einen erfahrenen Immobilieninvestor handelt, ist unerheblich. Denn die Formvorschriften des BGB zielen nicht auf eine konkrete Schutzbedürftigkeit des einzelnen ab, sondern sollen durch die Gestaltung des Verfahrens alle Beteiligten des Rechtsverkehrs gleichermaßen schützen.

Neben den vom BGH („u.a.“) angeführten Zwecken werden in der Literatur in der Regel insgesamt fünf Zwecke des § 311b BGB genannt, die in der Klausur in die Argumentation mit einfließen können: Übereilungsschutz, Warnfunktion, Beweisfunktion, Gültigkeitsgewähr und Schutzfunktion (siehe dazu ausführlich Kanzleiter, in: MüKo-BGB, 7. Auflage (2016), § 311b Rn. 1).

Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge)

Notarassessor
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Testament als Schenkungswiderruf

Urteil vom 30. Januar 2018, Az.: X ZR 119/15

1. Verfügt ein Erblasser in einem Testament umfassend über sein Vermögen, so kann dies jedenfalls dann als konkludenter Widerruf einer früheren entgegenstehenden rechtsgeschäftlichen Erklärung anzusehen sein, wenn der Erblasser sich von dieser Erklärung auch schon zu Lebzeiten jederzeit hätte einseitig lösen können.

2. Das Bewusstsein, in einem Testament die Verteilung des Vermögens umfassend zu regeln, schließt das Bewusstsein, dass damit etwaige entgegenstehende frühere Verfügungen widerrufen werden, mit ein. Ein gesondertes Erklärungsbewusstsein, das gezielt auf den Widerruf einer bestimmten Willenserklärung gerichtet ist, ist darüber hinaus nicht erforderlich.

3. Eine Willenserklärung in einem in amtliche Verwahrung genommenen Testament ist gegenüber jedem als abgegeben anzusehen, den es angeht, auch wenn er in dem Testament nicht bedacht ist.

(amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (Vereinfacht und leicht abgewandelt)

E unterhielt ein Wertpapierdepot bei der Sparkasse S. In dem Vertrag zwischen E und S aus dem Jahr 1976 setzte E den B als Bezugsberechtigte im Todesfall ein, d.h. im Falle des Versterbens sollte B das Recht erhalten, von S die Übertragung des Wertpapierdepots auf sich zu verlangen. Es war vereinbart, dass B zu Lebzeiten der E hiervon nichts erfahren solle. Der Schenkungsvertrag sollte dergestalt zustande kommen, dass B nach dem Ableben der E durch S informiert werde und dann das Schenkungsangebot (auch stillschweigend) annehmen könne. Die Bezugsberechtigung im Todesfall kann durch E zu Lebzeiten durch schriftliche Erklärung gegenüber der S frei geändert werden. E behielt sich also vor, die Einsetzung des B jederzeit zu widerrufen. Die hierfür von S vorgesehenen Verträge waren so gestaltet, dass das Eigentum an den im Depot befindlichen Papieren im Todesfall nicht auf die Erben übergehen sollte, sondern zunächst auf S, damit diese schließlich die Bezugsberechtigten informieren und das entsprechende Schenkungsangebot selbst erfüllen konnte.

Im Jahr 2007 errichtete E ein privatschriftliches, in amtliche Verwahrung gegebenes, Testament, in dem sie in Abschnitt 2 neben einer Erbeinsetzung des K ausdrücklich verfügte, dass K sämtliche „zum Zeitpunkt ihres Todes in ihrem Vermögen befindliche Wertpapiere“ erhalten solle. Im Jahr 2010 verstarb E. Kurz darauf informierte S den B von der Bezugsberechtigung im Todesfall. Dieser verlangte von S die Übertragung, die im Folgenden auch vollzogen wurde.

K verlangt nun von B Rückübertragung der im Wertpapierdepot enthaltenen Aktien.

C) Die Entscheidung des Senates

Möglicherweise steht K ein Anspruch aus Leistungskondiktion zu (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB).

I. Etwas erlangt; durch Leistung

Voraussetzung für einen Anspruch des K aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB ist, dass B etwas durch Leistung ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Mit dem Eigentum an den Wertpapieren, hat B unproblematisch „etwas erlangt“. Dies erfolgte auch durch Leistung der E (bzw. des K als Rechtsnachfolger). E hat zwar die Leistung nicht selbst vorgenommen, es genügt jedoch, dass ein Dritter (hier: S) auf Anweisung der E die Leistung vorgenommen hat. Dass sich E bei der Leistung eines Dritten bedient hat, ist für die Leistung im Verhältnis E zu B unerheblich.

II. Ohne rechtlichen Grund

Fraglich ist jedoch, ob für diese Leistung ein Rechtsgrund vorliegt.

Als Rechtsgrund kommt ein Schenkungsvertrag zwischen E und B in Frage. Ein wirksamer Schenkungsvertrag setzt voraus, dass zwei korrespondierende Willenserklärung auf Abschluss eines Schenkungsvertrags vorliegen. Eine Willenserklärung der E lag zunächst vor. Fraglich ist allerdings, ob diese wirksam widerrufen wurde, bevor sie dem B zuzuging.

„Bei der Vereinbarung zwischen der [E und der S aus dem Jahr 1976] handelt es sich um eine Verfügung unter Lebenden zugunsten Dritter auf den Todesfall. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Deckungsverhältnis des Verfügenden zum Versprechenden einerseits, das die Voraussetzungen für den Leistungsanspruch des Begünstigten gegenüber dem Versprechenden regelt, und dem Valutaverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Begünstigten andererseits, nach dem sich bestimmt, ob der Begünstigte die Zuwendung im Verhältnis zu den Erben des Verfügenden behalten darf. Beide Rechtsverhältnisse unterliegen allein dem Schuldrecht; erbrechtliche Bestimmungen finden insoweit keine Anwendung [...].“

Im Deckungsverhältnis liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor, durch den der [B] als Begünstigter gegenüber der [S] einen Anspruch auf die Übertragung der mit dem Tod der [E] zunächst in das Eigentum der [S] übergebenen Wertpapiere in dem in der Vereinbarung bezeichneten Depot erhalten hat [...].“

Ob der [B] das auf diese Weise Erlangte im Verhältnis zu [K] behalten darf oder nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben hat, richtet sich nach dem Valuta-

verhältnis. Im Streitfall liegt dem Valutaverhältnis eine Schenkung nach § 516 BGB zugrunde. In der Vereinbarung von [1976] ist ausdrücklich von einem Schenkungsangebot der [E] die Rede. Nach der Vereinbarung sollte der Schenkungsvertrag in der Weise zustandekommen, dass das Schenkungsangebot der [E] von der [S] als Botin dem [B] übermittelt wurde und dieser das Angebot – wie nach der Vereinbarung vorgesehen gegebenenfalls stillschweigend mit dem Empfang der Nachricht der [S] – annahm. Dass eine wirksame Schenkung auch noch nach dem Tod des Verfügenden zustande kommen kann, ergibt sich aus § 130 Abs. 2 BGB, wonach der Tod des Erklärenden keinen Einfluss auf die Wirksamkeit seiner Willenserklärung hat, sowie aus § 153 BGB, wonach das Zustandekommen eines Vertrags nicht dadurch gehindert wird, dass der Antragende vor der Annahme seines Angebots stirbt. Der Formmangel wird in diesem Fall durch die Bewirkung der Leistung nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt.“

Fraglich ist vorliegend jedoch, ob zum Zeitpunkt der Annahme durch B überhaupt noch ein wirksames Angebot der E vorlag, das durch S hätte übermittelt werden können.

„Im Streitfall ist ein wirksamer Schenkungsvertrag zwischen der [E] und dem [B] indessen nicht zustande gekommen, da zum Zeitpunkt der Benachrichtigung des [B] durch die [S] über die zu seinen Gunsten getroffene Verfügung ein wirksames Schenkungsangebot, das der [B] hätte annehmen können, nicht mehr vorlag.“

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die in Abwesenheit des Empfängers abgegeben wird, wird nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Dabei kann ein Schenkungsangebot auch durch Testament widerrufen werden. Dies ist im Streitfall geschehen. Anders als die Revision meint, steht dieser Annahme nicht bereits entgegen, dass die Vereinbarung über die Begünstigung des [B] von [1976] nur durch schriftliche Erklärung gegenüber der [S] hätte aufgehoben werden können. Diese in der Vereinbarung vorgesehene Form der Aufhebung betrifft nur das Deckungsverhältnis zwischen der [E] oder ihren Erben und der [S]. Dadurch war nicht ausgeschlossen, dass die [E] ihr Schenkungsangebot im Valutaverhältnis gegenüber dem [B] widerrief.

Die [E] hat ihr auf der Vereinbarung mit der [S] von [1976] beruhendes Schenkungsangebot mit ihrem Testament [aus dem Jahr 2007] widerrufen. [...]

Entgegen der Auffassung der Revision ist eine Auslegung des Testaments als Widerruf des von der [S] dem [B] zu übermittelnden Schenkungsangebots der [E] nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Inhalt des Wertpapierdepots von vornherein nicht Gegenstand der testamentarischen Verfügungen der Erblasserin gewesen wäre.

Die Revision macht insoweit geltend, die [E] habe nach dem Eingangssatz ihres Testaments allein das bei ihrem Tode noch vorhandene Vermögen aufteilen wollen; nachdem sie weder selbst bis zu ihrem Tod die Aufhebung der Vereinbarung [aus dem Jahr 1976] erklärt noch dafür Sorge getragen habe, dass die [K] rechtzeitig vor Annahme des Schenkungsangebots gegenüber der [S] dessen Widerruf hätten erklären können, habe der Inhalt des Wertpapierdepots aus ihrer Sicht nicht zu dem bei ihrem Tode noch vorhandenen Vermögen gehört, da er nach der Vereinbarung

[aus dem Jahr 1976] mit ihrem Tod zunächst auf die [S] habe übergehen sollen.

[...]

Zwar hat [E] ihr Schenkungsangebot in ihrem Testament nicht ausdrücklich widerrufen. Die Verfügung unter [Abschnitt 2] des Testaments ist aber als stillschweigender Widerruf des Schenkungsangebots anzusehen.

Verfügt ein Erblasser in einem Testament umfassend über sein Vermögen, so ist dies im Zweifel jedenfalls dann als konkludenter Widerruf einer früheren entgegenstehenden rechtsgeschäftlichen Erklärung anzusehen, wenn der Erblasser sich von dieser Erklärung jederzeit einseitig lösen kann.

So verhält es sich hier. Die [E] hat verfügt, dass sie ihr „gesamtes Kapitalvermögen“ bei der [S] aufteile, und angegeben, dass es sich dabei um „Konten, Sparbücher und Depots“ handle. Die Namen der insoweit Bedachten sind unter Angabe des Geburtsdatums und der Wohnanschrift aufgelistet. Dagegen sind in diesem Zusammenhang weder der Name des [B], noch die Vereinbarung zwischen der [E] und der [S] erwähnt. Ebenso wenig ist der [B] bei den weiteren Verfügungen über das Immobilienvermögen und die sonstigen Vermögenswerte [...] aufgeführt, bei denen die [E] ebenfalls eine detaillierte Aufteilung unter namentlicher Benennung der jeweils Bedachten [...] vorgenommen hat. Die umfassende Regelung der Verteilung ihres Kapitalvermögens bei der [S] sowie ihres sonstigen Vermögens lässt damit den Willen der [E] erkennen, dass sie entgegenstehende frühere Verfügungen, unabhängig davon, ob es sich dabei um testamentarische Verfügungen oder Erklärungen anderer Art handelte, insgesamt nicht mehr gelten lassen und sich von diesen lösen wollte. Dazu war sie auch in der Lage, denn die Erblasserin konnte, wie ausgeführt, die Vereinbarung mit der [S] jederzeit einseitig aufheben und das Schenkungsangebot, das die [S] dem [B] übermitteln sollte, jederzeit ohne Weiteres widerrufen.“

Fraglich ist jedoch, ob E auch ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein hatte. Dagegen spricht zum einen, dass das Testament von 2007 keinen ausdrücklichen Widerruf enthielt und auch in keiner Weise auf die Anordnung aus dem Jahr 1976 Bezug nahm. Der BGH geht jedoch davon aus, dass das Bewusstsein, mit dem Testament die Verteilung des Vermögens umfassend zu regeln, den Widerruf früherer Erklärungen mit einschließt.

„Entgegen der Auffassung der Revision kann aus dem genannten Umstand nicht geschlossen werden, [E] habe das für eine Wertung der Erklärung als Widerruf notwendige Erklärungsbewusstsein gefehlt. Bei den testamentarischen Verfügungen der [E] handelt es sich anders als im Fall des von der Revision in Bezug genommenen Urteils des Bundesgerichtshofs nicht um ein bloß tatsächliches Verhalten, das nur unter bestimmten Voraussetzungen als Willenserklärung behandelt werden kann [...], sondern um Regelungen, denen nach dem Willen der [E] eine Rechtswirkung zukommen sollte, auch wenn sie diese jederzeit hätte frei widerrufen können (§ 2253 BGB). Das Bewusstsein, in einem Testament die Verteilung des Vermögens umfassend zu regeln, schließt das Bewusstsein, dass damit etwaige entgegenstehende frühere Erklärungen, die gegenüber dem Bedachten noch nicht bindend gewor-

den sind, widerrufen werden, regelmäßig mit ein. Ein weitergehendes Erklärungsbewusstsein, das auf den Widerruf einer bestimmten, mit der testamentarischen Verfügung nicht in Einklang stehenden Erklärung gerichtet ist - hier auf den Widerruf des Schenkungsangebots -, ist darüber hinaus nicht erforderlich.

Der Widerruf ist dem [B] zugegangen, bevor ihm am von der [S] das Schenkungsangebot der [E] übermittelt wurde. Damit war das Angebot nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB zu diesem Zeitpunkt nicht mehr wirksam, so dass der [B] mit der der [S] gegenüber erklärten Annahme den Abschluss einer Schenkungsvereinbarung mit der Erblasserin nicht mehr herbeiführen konnte.“

Dementsprechend fehlt es an einem wirksamen Vertragsschluss und damit an einem Rechtsgrund.

III. Ergebnis

K kann von B gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB die Rückübertragung der im Wertpapierdepot enthaltenen Aktien verlangen.

Hinweise für Studierende

Der vorliegende Fall kann bei entsprechender Ausschmückung des Sachverhalts ohne Weiteres für eine fünfständige Examensklausur als Muster herangezogen werden. Die Ausführungen zum Bereicherungsrecht sind bewusst knapp gehalten, um den Blick für die eigentliche Thematik des Falles nicht zu verstellen. Im Examen könnten die Klausurbearbeiter hierzu durchaus etwas ausführlicher Stellungnahmen (Stichwort: Anweisungsfälle). Anerkannt – wenn auch nicht unumstritten – ist hierbei, dass die Rückabwicklung grundsätzlich zwischen den am mangelhaften Rechtsverhältnis beteiligten Personen stattfindet (hier: E/K und B) und nicht etwa im Verhältnis Zuwendender (hier: S) und Empfänger (hier: B).

Beim ersten Lesen der Entscheidung könnte man meinen, dass der BGH davon ausgeht, dass ein Erklärungsbewusstsein für den Widerruf der ersten Anordnung nicht erforderlich ist. Liest man jedoch genauer, lässt sich feststellen, dass der BGH vielmehr davon ausgeht, dass bei einem generellen Willen, das gesamte Vermögen in einem Testament zu regeln, auch das dahingehende Erklärungsbewusstsein enthalten ist, alle dem widersprechenden, früheren Willenserklärungen – soweit möglich – zu widerrufen.

Der konkret durch den BGH zu entscheidende Fall hatte die Besonderheit, dass das konkrete Vermögen im Testament benannt wurde, so dass das Ergebnis kaum hätte anders ausfallen können. Spannender wäre ein ähnlicher Fall, in dem nicht das konkrete Depot noch einmal im Testament verteilt wird, sondern lediglich eine Erbeinsetzung bzgl. einer anderen Person vorgenommen wird und somit offen ist, ob damit die früher getroffene Verfügung in Form einer Schenkung auf den Todesfall widerrufen werden sollte.

Interessant sind auch die – etwas knapp geratenen – Ausführungen des BGH zum Zugang des Widerrufs. Wie im Leitsatz ausgeführt, geht der BGH davon aus, dass ein Testament, das in amtliche Verwahrung gegeben wird,

als gegenüber jedem als abgegeben gelten soll „den es angeht“. Auch hierzu könnte in der Klausur noch etwas ausführlicher Stellung genommen werden.

Dr. **Julius Forschner**, LL.M (Cambridge)

Notarassessor
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**



KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Vorsatz und Vorsatzzeitpunkt bei illegalem Autorennen mit tödlichem Ausgang („Berliner Raserfall“)

Urteil vom 01. März 2018, Az.: 4 StR 399/17

1. Das Vorliegen von Vorsatz muss stets für den Zeitpunkt der den Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit bildenden Handlung festgestellt sein. Eine nachträgliche Billigung des – als möglich erkannten – Erfolgseintritts reicht zur Bejahung vorsätzlichen Handelns nicht aus. Insoweit handelt es sich um einen unter Vorsatzgesichtspunkten irrelevanten dolus subsequens.

2. Bei besonders riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr legt eine vom Täter erkannte Eigengefährdung den Schluss nahe, dass dieser auf einen guten Ausgang vertraut hat. Das Wissen um die Eigengefährdung und deren Umfang ist wesentlich aus den objektiven Tatumständen abzuleiten.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (gekürzt)

A und B befuhren nachts mit ihren hochmotorisierten Fahrzeugen den Kurfürstendamm in Berlin. Im Fahrzeug des B befand sich – als Beifahrerin – zudem noch die F. An einer Kreuzung kamen die Fahrzeuge nebeneinander zum Stehen. A und B unterhielten sich kurz, ließen jeweils ihren Motor aufheulen und verabredeten spontan ein Autorennen bis zu einem in einer Entfernung von zweieinhalb Kilometern gelegenen Kaufhaus. Nachdem A und B einige Geschwindigkeit aufgenommen hatten (über 100 km/h), überfuhren sie mehrere rote Ampeln. Zwei Fußgängerinnen, welche die Straße überqueren wollten, mussten sich mit einem Sprung hinter das Geländer eines U-Bahneingangs retten, um nicht von den Fahrzeugen erfasst zu werden. Eine nachfolgende Kurve befuhren A und B sodann im Bereich der Kurvengrenzgeschwindigkeit, um im Kurvenausgang auf bis zu 150 km/h zu beschleunigen. Im Anschluss fuhren sie wiederum auf eine Kreuzung zu, deren Ampel für die von A und B befahrenen Fahrspuren rot zeigte. Dennoch fuhren A und B, leicht hintereinander liegend und mittlerweile mit einer Geschwindigkeit von mindestens 160 km/h (A) bzw. 139 km/h (B), in den Kreuzungsbereich ein, wobei ihnen spätestens jetzt bewusst war, dass ein – bei grünem Ampellicht – berechtigt in die Kreuzung einfahrender Fahrzeugführer bei einer Kollision mit großer Wahrscheinlichkeit zu Tode kommen würde. Die körperliche Schädigung anderer war den Fahrern indes gleichgültig. In der Kreuzung kollidierte sodann A, der absolut unfähig war,

noch zu reagieren, mit dem Fahrzeug des O, der von rechts kommend regelkonform in die Kreuzung eingefahren war. Das Fahrzeug des A drehte sich daraufhin und kollidierte mit dem Fahrzeug des B. Sowohl das Fahrzeug des A als auch das Fahrzeug des B kollidierten in der Folge frontal mit einer Hochbeeteinfassung. Das Fahrzeug des O war durch den vorherigen Zusammenstoß mit dem Fahrzeug des A durch die Luft geschleudert worden. O erlitt so schwere Verletzungen, dass er noch am Unfallort verstarb. Die F, Beifahrerin des B, wurde erheblich verletzt. A und B wurden leicht verletzt.

B) Verfahrensgang

Das LG Berlin hatte A und B jeweils wegen mittäterschaftlichen Mordes bezüglich O (§§ 211 Abs. 1, 2, 25 Abs. 2 StGB), mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung bezüglich F (§§ 224 Abs. 1 Nrn. 2, 5, 25 Abs. 2 StGB) sowie wegen vorsätzlicher Straßenverkehrsgefährdung (§ 315c Abs. 1 Nrn. 2 lit. a) und d) StGB) verurteilt.¹ Alle Taten sah es im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB).

Aufgrund der Annahme einer durch ein Mordmerkmal – hier: Gemeingefährlichkeit iSd. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 3 StGB – qualifizierten Tötung,² erfolgte eine Verurteilung der Angeklagten zu lebenslangen Freiheitsstrafen.

Mit ihren Revisionen rügten die Angeklagten die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

C) Die Entscheidung des Senates

Der 4. Strafsenat des BGH erachtete bereits die Sachrüge als begründet, weshalb er auf eine mögliche Verletzung formellen Rechts nicht mehr einzugehen brauchte. In der Folge hob er die Entscheidung des LG Berlin mitsamt den Feststellungen auf (§ 353 Abs. 1, 2 StPO) und verwies die Sache zu neuer Verhandlung an eine andere – als Schwurgericht zuständige – Strafkammer des Landgerichts zurück (§ 354 Abs. 2 S. 1 StPO).

Wie der Sachverhalt – in Zusammenschau mit den Leitsätzen – erkennen lässt, liegt der Schwerpunkt der aktuellen BGH-Entscheidung auf der Bestimmung des Vorsatzzeitpunktes sowie der Abgrenzung von (eventual-)vorsätzlichem und (bewusst) fahrlässigem Tötungshandeln. In der Folge soll auch der Fokus der nachfolgenden Darstellung ganz auf der Prüfung einer vorsätzlichen Tötung, in Gestalt des § 212 Abs. 1 StGB, liegen, ohne

¹ Beim eigenhändigen Delikt des § 315c StGB bedarf es, sofern beide Täter ein Kraftfahrzeug führen, einer gegenseitigen Zurechnung nach Maßgabe des § 25 Abs. 2 StGB an sich nicht. Freilich wäre diese gerade aufgrund der Eigenhändigkeit auch schwerlich zu begründen (dazu Pegel, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 315c Rn. 118). Da das LG Berlin in den Urteilsgründen mit Blick

auf § 315c StGB keinen direkten Bezug zur Mittäterschaft herstellt, ist davon ausgehen, dass es insoweit von jeweils eigener Tatverwirklichung ausgeht.

² Die Redeweise von der „qualifizierten“ Tötung erweist sich streng genommen nur dann als zutreffend, wenn man – mit der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur – die §§ 212, 211 StGB im Verhältnis von Grundtatbestand (§ 212 StGB) und Qualifikation (§ 211 StGB) sieht.

dass damit die Relevanz des Mordmerkmals des „gemeingefährlichen Mittels“ für die gegenständliche Fallgestaltung in Abrede gestellt wird. Die eigentliche Problemstellung ist der Frage nach der Verwirklichung eines Mordmerkmals indes vorgelagert, so dass sich – auch in der Klausur – ein Einstieg über § 212 Abs. 1 StGB anbietet.

I. Strafbarkeit von A gemäß § 212 Abs. 1 StGB zum Nachteil des O

A könnte sich durch das Einfahren in die Kreuzung mit – rennbedingt – deutlich überhöhter Geschwindigkeit wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Die Prüfung beginnt mit der Strafbarkeit des A, da nur dessen Fahrzeug mit dem Fahrzeug des O kollidierte, woraufhin dieser verstarb. Somit ist A der tatnächste Beteiligte. Für B, der immerhin am Rennen teilnahm, kommt eine Zurechnung des Erfolges nach 25 Abs. 2 StGB in Betracht, was indes im Rahmen einer eigenständigen Prüfung zu erörtern ist.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Mit O ist ein anderer Mensch zu Tode gekommen. Der tatbestandliche Erfolg des § 212 Abs. 1 StGB liegt damit vor. Wäre A nicht mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit bei Rotlicht in die Kreuzung eingefahren, wäre es nicht zur Kollision mit O und infolgedessen nicht zum Todeseintritt gekommen. Kausalität ist gegeben. Auch liegt sowohl im Fahren mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit als auch im Überfahren eines Rotlichtsignals die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos, welches sich sodann auch im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.³

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste zudem vorsätzlich gehandelt haben. In Betracht kommt, da absichtliches oder wissentliches Handeln ersichtlich ausscheidet, zugleich aber mit dem Abhalten eines Autorennens im innerstädtischen Bereich eine – objektiv – enorm gefährliche Verhaltensweise an den Tag gelegt wird, ein Handeln mit Eventualvorsatz (*dolus eventualis*). Zu dessen Voraussetzungen hält der Senat fest:

„In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zielles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement) [...].“

Abzugrenzen ist der Eventualvorsatz dabei von der bewussten Fahrlässigkeit:

„Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten [...].“

aa) Vorsatzzeitpunkt

Die – in der Literatur im Vorfeld der BGH-Entscheidung kontrovers diskutierte⁴ – Frage, ob sich die Annahme eventualvorsätzlichen Handelns in „Raser“-Fällen aufgrund einer als möglich erkannten Eigengefährdung und einem damit verbundenen Vertrauen auf einen guten Ausgang verbietet, entfaltet nur dann Relevanz, wenn – behaupteter – Vorsatz und Tathandlung die notwendige Kongruenz aufweisen. Dazu der Senat:

„Voraussetzung für die Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat ist nach § 16 Abs. 1 StGB, dass der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, bei ihrer Begehung kennt. Dementsprechend muss der Vorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen [...].“

Wenn der Vorsatz bei Begehung der Tat vorliegen muss, ergibt sich daraus die Konsequenz,

„dass sich wegen eines vorsätzlichen Delikts nur strafbar macht, wer ab Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise den tatbestandlichen Erfolg [...] herbeiführt.“

Dass A „ab Entstehen des Tatentschlusses“ noch eine erfolgsbewirkende Handlung vorgenommen hätte, sieht der Senat durch die Feststellungen des Landgerichts indes nicht belegt. So soll den Fahrern nach den Feststellungen „spätestens“ bei Einfahren in die schicksalhafte Kreuzung die Möglichkeit des Erfolgseintritts vor Augen getreten sein, wobei sie diesen billigend in Kauf nahmen. Zugleich findet sich für eben diesen Zeitpunkt die Feststellung, dass A „absolut unfähig“ gewesen sei, „noch zu reagieren“.

In Zusammenschau dieser Feststellungen folgert der Senat:

„Die für den Unfall maßgeblichen Umstände, insbesondere die bereits erreichte Kollisionsgeschwindigkeit sowie das Einfahren in den Kreuzungsbereich trotz roten Ampelsignals, lagen danach bereits vor bzw. waren unumkehrbar in Gang gesetzt, als die Angeklagten – nach den Feststellungen – den Tötungsvorsatz fassten. Ein unfallursächliches Verhalten der Angeklagten, das zeitlich mit der Fassung des Tötungsvorsatzes zusammenfiel oder nachfolgte, ist dem Urteil nicht zu entnehmen.“

Damit stellt der Senat klar, dass die vom Landgericht getroffene rechtliche Wertung auf Basis des festgestellten Sachverhaltes so nicht hätte erfolgen dürfen. Immerhin wird vorsätzliches Handeln (erst) zu einem Zeitpunkt angenommen, in dem überhaupt keine Möglichkeit mehr bestand, dem Geschehen eine andere Richtung zu geben. Die billigende Haltung des Täters nach Verlust jeder Einflussmöglichkeit (*dolus subsequens*) reicht zur Begründung vorsätzlichen Handelns nicht hin:

³ Die Rechtsprechung verzichtet im Rahmen vorsätzlicher Erfolgsdelikte freilich auf die Kategorie der objektiven Zurechnung; dazu auch ►BGH JSE 2017, 263 mAnm. *Bechtel* und ►BGH JSE 2018, 57 mAnm. *Bechtel*.

⁴ Vgl. etwa *Jäger*, JA 2017, 786; *Jahn*, JuS 2017, 700; *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439; *Walter*, NJW 2017, 1350.

„Dass der Tötungsvorsatz ab einem Zeitpunkt vorlag, als die tödliche Kollision bereits nicht mehr zu verhindern war, ist für die Annahme eines vorsätzlichen Tötungsdelikts rechtlich bedeutungslos.“

Damit ist – so wie die vom Landgericht getroffenen Feststellungen liegen – der Annahme einer vorsätzlichen Tötung schon insoweit der Boden entzogen.

Hinweis

An sich müsste, nachdem ein Verstoß gegen das Koinzidenz- und Simultanitätsprinzip (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB, § 8 S. 1 StGB) festgestellt wurde, die Prüfung hier beendet werden. Da indes auch der erkennende Senat noch grundlegende Erwägungen zur Annahme von bedingtem Tötungsvorsatz bei – erkannter – Selbstgefährdung des Täters anstellt und eine Behandlung eben dieser Problematik auch in Prüfungsarbeiten zu erwarten steht, soll mit der Prüfung fortgefahren werden.⁵

bb) Tötungsvorsatz bei Eigengefährdung

Die Prüfung, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt,

„erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumsstände wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht [...]“

Da ein Blick „in den Kopf des Täters“ (im Zeitpunkt der Tatbegehung) eine naturgesetzliche Unmöglichkeit darstellt, ist die Rechtspraxis gezwungen, anhand objektiver Umstände Rückschlüsse auf die Willensrichtung des Täters zu ziehen:

„Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes [...]“

Indes komme es auch bei Vorliegen dieses Indikators „auf die Umstände des Einzelfalles an“.

So seien insbesondere auch „einen Vorsatz in Frage stellende Umstände“ in die Erwägungen miteinzubeziehen.

Damit ist bereits Bezug genommen auf die Frage, ob eine mit dem gefahrträchtigen Verhalten verbundene Eigengefährdung des Fahrzeugführers den Schluss naheliegen lässt, dass dieser – trotz Gefahrkenntnis – auf einen guten Ausgang vertraut hat. So kann die Verwicklung in einen Unfall auch für den Verursacher zu dramatischen, ggf. auch letalen, Verletzungen führen.

Mit Blick darauf hält der Senat fest:

„Zwar gibt es keine Regel, wonach es einem Tötungsvorsatz entgegensteht, dass mit der Vornahme einer fremdgefährdenden

Handlung auch eine Eigengefährdung einhergeht [...]. Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, kann aber eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat [...]“

Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, dass erstens festgestellt sein muss, dass der Täter eine Eigengefährdung erkannt hat und dass – behahendenfalls – zweitens weitere *einzelfallbezogene Umstände* in die Betrachtungen miteinzubeziehen sind (vgl. die Formulierung, dass eine erkannte Eigengefährdung für das Vertrauen auf einen guten Ausgang sprechen könne).

Dies hält denn auch der Senat noch einmal prägnant fest, wenn er vom Tatrichter eine Auseinandersetzung mit der Frage fordert,

„ob und in welchem Umfang aus Sicht des Täters aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr (auch) für seine eigene körperliche Integrität drohte.“

Die Kenntnis der Eigengefährdung sowie deren Umfang sei unter Heranziehung objektiver Tatumsstände zu ermitteln,

„namentlich dem täterseitig genutzten Verkehrsmittel und den konkret drohenden Unfallszenarien. So kann es sich etwa unterschiedlich auf das Vorstellungsbild des Täters zu seiner Eigengefährdung auswirken, ob er sich selbst in einem Pkw oder auf einem Motorrad befindet und ob Kollisionen mit Fußgängern oder Radfahrern oder mit anderen Pkw oder gar Lkw drohen.“

Das Landgericht hatte den Einwand der Eigengefährdung zu entkräften versucht, indem es auf ein „besonderes Gefühl der Sicherheit“ bei Fahrern schwerer, hochmotorisierter Pkw verwies. Diese würden „jegliches Risiko für sich selbst ausblenden“. Dem vermochte sich der Senat nicht anzuschließen:

„Einen Erfahrungssatz, nach dem sich ein bestimmter Typ Autofahrer in einer bestimmten Art von Kraftfahrzeug grundsätzlich sicher fühlt und jegliches Risiko für die eigene Unversehrtheit ausblendet, gibt es nicht.“

Da ein solches Vorstellungsbild im konkreten Fall auch nicht durch anderweitige Umstände belegt werde, könne der Argumentation des Landgerichts nicht gefolgt werden. Die „objektiv drohenden Unfallszenarien“ – in Gestalt einer Kollision im Bereich einer innerstädtischen Kreuzung mit anderen Pkw oder auch Bussen bei extremen Geschwindigkeiten (mind. 160 bzw. 139 km/h) – wiesen nicht in Richtung einer ausgeblendeten Eigengefährdung.

Schließlich verweist der Senat – mit Blick auf die Eigengefährdung – auf die Widersprüchlichkeit der Argumentation des Landgerichts, das bezüglich der Beifahrerin des B (F) Verletzungsvorsatz (§§ 223, 224 StGB) angenommen hatte:

„Während die Strafkammer einerseits davon ausgeht, dass die Angeklagten sich selbst in ihren Fahrzeugen sicher gefühlt und keinerlei Eigenrisiko in Rechnung gestellt hätten, hat sie andererseits

⁵ Es versteht sich von selbst, dass der Sachverhalt einer entsprechenden Prüfungsarbeit derart gestaltet sein müsste, dass die Annahme vorsätzlichen Handelns nicht bereits am Koinzidenz- und Simultanitätsprinzip scheitert.

ausgeführt, dass beide Angeklagten mit Vorsatz bezüglich einer Verletzung der [F] gehandelt [...] hätten. Da sich die [F] bei der Tatbegehung auf dem Beifahrersitz neben [B] befand, hat das Landgericht bezüglich der Insassen desselben Fahrzeuginnenraums zwei einander widersprechende Gefahreinschätzungen vorgenommen.“

Der Senat weist damit darauf hin, dass sich der vom Landgericht im Ausgangspunkt zugrunde gelegte Erfahrungssatz mit anderweitigen Feststellungen im Urteil nicht verträgt. Unabhängig von der Überzeugungskraft des Erfahrungssatzes werden die Feststellungen des Landgerichts damit – zusätzlich – als in sich unstimmig eingeordnet.

(Eventual-)Vorsätzliches Handeln kann damit – so wie die Feststellungen liegen – unter Berücksichtigung des Aspekts der Eigengefährdung nicht tragfähig begründet werden. Vielmehr weist das Geschehen – nochmals: so wie es (bisher) vom LG festgestellt wurde – in Richtung (bewusst) fahrlässiger Begehung.

2. Ergebnis

A hat sich durch das Einfahren in die Kreuzung mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit nicht wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B gemäß §§ 212 I, 25 II StGB

B könnte sich wegen mittäterschaftlichen Totschlags gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Da auf Basis der Feststellungen freilich auch für B (eventual-)vorsätzliches Handeln zu verneinen ist, ist die Prüfung einer Strafbarkeit gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB an sich obsolet. Indes macht der Senat auch zur – vom LG bejahten – Mittäterschaft Ausführungen. Zudem gilt, dass bei entsprechender Sachverhaltsgestaltung (in Prüfungsarbeiten) durchaus vorsätzliches Handeln zu bejahen sein kann, wodurch die Frage der Mittäterschaft Relevanz gewinnt.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB wurden von A vollständig verwirklicht (s.o.). Fraglich ist, ob die Tat handlungen des A dem B im Wege der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) zugerechnet werden können. Dazu hält der Senat zunächst fest:

„Mittäterschaft im Sinne des § 25 Abs. 2 setzt einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, auf dessen Grundlage jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss [...]“

Dieser Tatplan könne zwar grundsätzlich auch im Wege konkludenter Übereinkunft entstehen.

Zu beachten sei jedoch stets der Bezugspunkt des Tatplanes, welcher in der konkreten Straftat zu sehen sei:

„Ein mittäterschaftlich begangenes Tötungsdelikt setzt daher voraus, dass der gemeinsame Tatentschluss auf die Tötung eines Menschen durch arbeitsteiliges Zusammenwirken gerichtet ist. Für die Annahme eines mittäterschaftlichen Tötungsdelikts reicht es deshalb nicht aus, dass sich die Täter lediglich zu einem gemeinsamen Unternehmen entschließen, durch das ein Mensch zu Tode kommt.“

Den Urteilsfeststellungen lasse sich indes an keiner Stelle entnehmen, dass „die Angeklagten den Entschluss gefasst hätten, einen anderen durch gemeinschaftliches Verhalten zu töten“.

Die Einigung sei – nach den Feststellungen – nur auf die Durchführung eines spontanen Autorennens bezogen gewesen, sodass es an einem wesentlichen Merkmal mittäterschaftlichen Handelns fehle.

Eine Strafbarkeit des B gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB scheidet bereits in Ermangelung eines gemeinsamen Tatplanes aus.

2. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweise für Studierende

Zur Entscheidung des Senats bliebe noch Vieles zu sagen, etwa mit Blick darauf, dass die objektiven Umstände (Fahren mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit und unter Missachtung von Lichtzeichenanlagen im innerstädtischen Verkehr) einerseits Indiz für das Vorliegen von Eventualvorsatz sein sollen, andererseits aber – unter dem Aspekt der Eigengefährdung – als Indiz für das Vertrauen auf einen guten Ausgang herangezogen werden. Dies führt wieder zu der Frage, ob es ggf. sinnvoll sein könnte, eine Neujustierung von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Gesetz vorzunehmen, etwa dergestalt, dass bei „nur“ eventualvorsätzlichem Handeln eine Strafrahmenermilderung vorzusehen ist⁶ oder dass – gewissermaßen umgekehrt – bei grob fahrlässigem, mithin leichtfertigen Verhalten eine Strafschärfung (gegenüber der einfachen Fahrlässigkeit) vorgesehen wird.⁷

Weiter muss man sehen, dass Fälle wie der vorliegende künftig dem Anwendungsbereich des neu geschaffenen § 315d StGB (Verbotene Kraftfahrzeugrennen) unterfallen, welcher in Abs. 5 eine Erfolgsqualifikation u.a. für den Fall der Verursachung des Todes eines Menschen vorsieht. Dabei droht dem Täter eine Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren.⁸

Da eventualvorsätzliches (Tötungs-)Handeln im Rahmen höchst gefährlicher Verhaltensweisen im Straßenverkehr auch nach der Entscheidung des Senats nicht per se ausgeschlossen ist,⁹ bietet sich das Aufgreifen einer entsprechend gelagerten Konstellation auch in Prüfungsarbeiten an. Dabei ist – trotz der Verortung im Straßenverkehr –

⁶ Dafür Herzberg, JZ 2018, 122 (129 f.).

⁷ In diese Richtung Grünwald, JZ 2017, 1069 (1072), die eine Erweiterung des § 222 StGB um einen „qualifizierten Fahrlässigkeitstatbestand“ anregt.

⁸ Zur neuen Vorschrift vgl. etwa Eisele, KriPoZ 2018, 32 ff.

⁹ So bleibt abzuwarten, ob die nunmehr zuständige Strafkammer beim LG Berlin – auf Basis neuer Feststellungen sowie unter Berücksichtigung der Vorgaben des BGH – wiederum auf (eventual-)vorsätzliches Handeln erkennt.

zu beachten, dass mit der Bestimmung des Vorsatzzeitpunktes sowie der Auseinandersetzung um das Vorliegen von (Eventual-)Vorsatz bei erkannter Eigengefährdung klassische Fragestellungen aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts berührt sind.

Für den Fall, dass (eventual-)vorsätzliches (Tötungs-)Handeln zu verneinen ist, gehen die Täter freilich nicht straffrei aus. Zu prüfen sind sodann insbesondere die §§ 222; 315c StGB sowie – nach neuer Rechtslage – § 315d StGB (mit der Erfolgsqualifikation in Abs. 5).

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*)
Eberhard Karls Universität Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei risikobehaftetem Verhalten im Straßenverkehr mit tödlichem Ausgang („Bremer Raserfall“)

Urteil vom 01. März 2018, Az.: 4 StR 311/17

Als vorsatzkritischer Gesichtspunkt ist bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr insbesondere eine vom Täter erkannte Eigengefährdung zu berücksichtigen. Ob und in welchem Umfang dem Täter eine Eigengefährdung vor Augen stand, ergibt sich maßgeblich aus den objektiven Tatumständen.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (gekürzt)

T unternahm mit seinem Motorrad regelmäßig Ausfahrten im Stadtgebiet von Bremen und fertigte dabei – mittels Helmkamera – Videos an, die er während der Fahrt durch ein Mikrofon kommentierte und anschließend im Internet präsentierte. Aus den Videos geht hervor, dass T häufiger die zulässige Höchstgeschwindigkeit deutlich überschritt und – zudem – rote Ampelsignale missachtete.

An einem Abend, gegen 21:30 Uhr, befuhr T mit seinem 200 PS-starken Motorrad einmal mehr das Stadtgebiet von Bremen. In einer Straße mit zulässiger Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h beschleunigte T auf bis zu 150 km/h, wobei er sich einer Einmündung näherte. Dabei war ihm grundsätzlich bewusst, dass seine Fahrweise zur Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer geeignet war. Da die linke Geradeausspur der von T befahrenen Straße schon ca. 60 Meter vor der Einmündung aufgrund von Bauarbeiten gesperrt war, ließ er sein Motorrad auf der rechten Geradeausspur, neben der sich noch eine Rechtsabbiegerspur befand, ausrollen. Bei Zufahrt auf die Einmündung sprang die für T maßgebliche Lichtzeichenanlage auf Gelblicht um. Zu dieser Zeit betrat der – aus Fahrtrichtung des T von rechts kommende – alkoholisierte Fußgänger O (Blutalkoholkonzentration: mind. 1,1 Promille) die Fahrbahn, um diese zu überqueren, obwohl die Fußgängerampel Rotlicht zeigte. Als T den querenden O wahrnahm, fuhr er noch mit einer Geschwindigkeit von mindestens 97 km/h. Trotz sofort eingeleiteter Vollbremsung erfasste T den O, er sich mittlerweile auf der rechten Geradeausspur befand, mit einer Geschwindigkeit von mindestens 63 km/h. Wäre O nicht auf der Fahrbahn aufgetaucht, hätte T den Einmündungsbereich noch bei Gelblicht passiert. Hätte er die zulässige Höchstgeschwindigkeit eingehalten, hätte er – durch normale Bremsung – noch vor O zum Stehen kommen können.

O verstarb infolge der Kollision. T selbst erlitt schwere Verletzungen, u.a. trat eine nahezu vollständige Lähmung seines rechten Arms ein.

B) Verfahrensgang

Das LG Bremen hatte T wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) in Tateinheit mit Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 d), Abs. 3 Nr. 1 StGB) verurteilt.

Die Staatsanwaltschaft legte Revision unter dem – sachlich-rechtlichen – Gesichtspunkt der Nichtverurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts ein.

C) Die Entscheidung des Senates

Der 4. Strafsenat erachtete die – vom Generalbundesanwalt nicht vertretene – Revision für unbegründet und verwarf diese in der Folge.

Zu beachten ist, dass die Entscheidung in einem größeren Kontext steht. Damit ist Bezug genommen auf zwei weitere „Raser“-Fälle, die vom 4. Strafsenat am selben Tag entschieden wurden und von denen insbesondere der „Berliner Raserfall“ für bundesweites Aufsehen sorgte.¹ Dementsprechend hatte der Senat Gelegenheit, allgemeine Maßstäbe für die vorsatzbezogene Bewertung (hoch-)riskanter Verhaltensweisen im Straßenverkehr zu entwickeln, zugleich aber die Bedeutung der Umstände des Einzelfalles herauszuarbeiten.

In einer Klausur ist, soweit die Abgrenzung von eventualvorsätzlicher und „nur“ (bewusst) fahrlässiger Tötung im Raum steht, mit der Prüfung des vorsätzlichen Tötungsdelikts – hier: § 212 Abs. 1 StGB – zu beginnen.

I. Strafbarkeit des T gemäß § 212 Abs. 1 StGB

Durch das Befahren der Unfallstraße mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit könnte sich T gemäß § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlags strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Hätte T die Straße nicht mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit befahren, wäre es nicht zum Unfall und damit nicht zum Tod des O gekommen. Im Fahren mit deutlich überhöhter Ge-

¹ Zum „Berliner Raserfall“ in diesem Heft ▶ S. 107. Daneben befasste sich der Senat noch mit einem „Raserfall“ aus Frankfurt (4 StR 158/17), wobei er die Ablehnung von bedingtem Tötungsvorsatz durch das Tatgericht insoweit nicht tragfähig begründet sah und die Sache zu neuer Verhandlung an eine

andere (Jugend-)Strafkammer des Landgerichts zurückverwies. Eingehend zu den „Raserfällen“ *Eisele*, JZ 2018, 549 ff.

schwindigkeit liegt zudem die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos, welches sich auch im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.²

b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist indes, ob T vorsätzliches Handeln vorzuwerfen ist. Da absichtliches und wissentliches Handeln ersichtlich ausscheiden, kommt allenfalls ein Handeln mit Eventualvorsatz (dolus eventualis) in Betracht.

Zunächst stellt der Senat die Anforderungen an eventualvorsätzliches (Tötungs-)Handeln dar:

„In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement).“

In Abgrenzung dazu liege bewusst fahrlässiges Handeln vor, wenn

„der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten [...].“

Übereinstimmend mit den Ausführungen im „Berliner Raserfall“ betont der Senat sodann, dass im Rahmen der Abgrenzung von Vorsatz und (bewusster) Fahrlässigkeit stets „eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände“ vorzunehmen sei.

Wiederum in Parallele zu den Entscheidungsgründen im Berliner Fall verweist der Senat darauf, dass die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung zwar „wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes“ sei,³ die „Umstände des Einzelfalles“ indes nicht außer Acht gelassen werden dürften.

Dass mit der erheblichen Geschwindigkeitsüberschreitung im städtischen Bereich eine objektiv enorm gefährliche Verhaltensweise an den Tag gelegt wird, die – im Ausgangspunkt – wesentlicher Indikator für das Vorliegen von Eventualvorsatz ist, steht außer Frage.

Mit Blick auf „einen Vorsatz in Frage stellende Umstände“ wendet sich der Senat dem Gesichtspunkt der Eigengefährdung zu:

„So kann bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraute.“

Auch insoweit erfolgt also – konsequenterweise – ein Gleichlauf zum Berliner Fall, der sich in der Feststellung fortsetzt, dass zur

Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang der Täter eine Eigengefährdung erkannte, maßgeblich auf die „objektiven Tatumstände“ abzustellen sei. Konkretisierend verweist der Senat – wiederum – auf das „täterseitig genutzte Verkehrsmittel“ sowie die „konkret drohenden Unfallszenarien“.

Den Gesichtspunkt der Eigengefährdung hatte denn auch das Landgericht ausdrücklich berücksichtigt:

„Zudem⁴ hat [das Landgericht] die erhebliche Eigengefährdung des Angeklagten im Falle eines Unfallgeschehens – gerade für ihn als Motorradfahrer war ein Unfall mit der Gefahr eigener schwerer Verletzungen verbunden – nachvollziehbar begründet und als vorsatzkritischen Gesichtspunkt herangezogen.“

Anders als im Berliner Fall, in welchem die Angeklagten immerhin mit – schweren und hochmotorisierten – Pkw unterwegs waren, liegt der Fall bei einem verkehrswidrig agierenden Motorradfahrer für die Richter des 4. Strafsenats noch klarer. Gerade ein Motorradfahrer müsse im Falle eines Unfalls mit erheblichen Verletzungen rechnen, weshalb die Erkenntnis der Eigengefährdung umso mehr auf das Vertrauen auf einen guten Ausgang – und damit (bewusst) fahrlässiges Handeln – schließen lasse.

Nach alledem bleibt es bei bewusst fahrlässigem Täterhandeln.

c) Zwischenergebnis

In Ermangelung vorsätzlichen Täterhandelns fehlt es bereits an der Tatbestandsverwirklichung.

2. Ergebnis

T hat sich durch das Befahren der Unfallstraße mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit nicht gemäß § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlags strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des T gemäß § 315c Abs. 1 Nr. 2 d), Abs. 3 Nr. 1 StGB

Ohne die Straßenverkehrgefährdung an dieser Stelle ausführlich prüfen zu wollen, ist doch der Hinweis des Senats von Interesse, dass

„die Strafvorschrift des § 315c Abs. 1 Nr. 2 d) StGB [...] anerkanntermaßen auch dem Schutz von Fußgängern [dient], die an Kreuzungen oder Einmündungen die Fahrbahn überqueren [...]. Dies folgt nicht zuletzt aus der Regelung des § 25 Abs. 3 Satz 1 StVO, deren Normzweck darin besteht, den Wechsel der Straßenseite durch Fußgänger auf einen engen Raum, auf dem der Fahrverkehr mit Passanten rechnen muss, zu konzentrieren [...].“

Ferner stellt der Senat klar, dass auch der Rotlichtverstoß des späteren Opfers (vgl. § 37 StVO) nichts am Bestehen des Risikozusammenhangs ändere:

„Denn an innerstädtischen Kreuzungen und Einmündungen sind, zumal am späten Abend, Rotlichtverstöße an Fußgängerüberwegen nicht unüblich und gehören damit zum typischen Risiko eines

² Dazu, dass die Rspr. der obj. Zurechnung im Rahmen von vorsätzlichen Erfolgsdelikten grds. keine Bedeutung zumisst, vgl. wiederum ▶BGH JSE 2017, 263 mAnm. Bechtel und ▶BGH JSE 2018, 57 mAnm. Bechtel.

³ Vgl. dazu ferner die Entscheidung des 5. Strafsenats (5 StR 347/17), in diesem Heft ▶S. 107.

⁴ Die Formulierung ergibt sich daraus, dass das LG weitere vorsatzkritische Gesichtspunkte – Überschätzung der eigenen Fahrfähigkeit; sofortige Einleitung einer Vollbremsung bei Wahrnehmung des Fußgängers – berücksichtigt hatte.

solchen Verkehrsbereichs. Auch um auf ein solches Fehlverhalten anderer Verkehrsteilnehmer angemessen reagieren zu können, verbietet sich an diesen Stellen ein zu schnelles Fahren.“

Hinweise für Studierende

In einer Prüfungsarbeit wäre – nach Ablehnung einer Vorsatzstrafbarkeit – freilich noch § 222 StGB zu prüfen (und zu bejahen). Auch insoweit wäre – mit Blick auf den Schutzzweckzusammenhang – festzustellen, dass das Fahren mit angemessener Geschwindigkeit auch dem Zweck dient, regelwidrigem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer (rechtzeitig) begegnen zu können.

Letztlich gilt es auch mit Blick auf „Einzelraser“, die außerhalb eines (illegalen) Rennens nach Höchstgeschwindigkeiten trachten, den neuen § 315d StGB zu beachten. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst auch den Kraftfahrzeugführer, der sich „mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“. Auch hier gilt die Erfolgsqualifikation des § 315d Abs. 5 StGB. Im konkreten Fall konnte die Vorschrift keine Anwendung finden, weil sie im Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft war (vgl. auch § 2 Abs. 1 StGB).

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*)

Eberhard Karls Universität Tübingen

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Umfang der Geltung des Zweifelssatzes bei der Feststellung eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch iSd. § 24 Abs. 1 StGB

Beschluss vom 21. Februar 2018, Az.: 5 StR 347/17

1. Im Rahmen des Rücktritts erfolgt die notwendige Abgrenzung zwischen (noch) unbeendetem und (bereits) beendetem Versuch anhand des sog. Rücktrittshorizonts. Hiernach ist allein das Vorstellungsbild des Täters von der Tat nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung entscheidend.

2. Mit Blick auf die Feststellung des Rücktrittshorizontes ist der Zweifelssatz zu berücksichtigen, weshalb nicht ohne Weiteres ein beendeter Versuch angenommen werden kann. Vielmehr ist für den Fall, dass das Gericht zu gegenteiligen Feststellungen außerstande ist, zugunsten des Angeklagten von einem unbeendeten Versuch iSd § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB auszugehen.

3. Die Anwendung des Zweifelssatzes gilt auch für die Feststellungen im Hinblick auf die Freiwilligkeit des Rücktritts, sodass bei Vorliegen mehrerer möglicher – gleich wahrscheinlicher – Rücktrittsmotivationen die für den Angeklagten günstigste Variante zu wählen und insoweit zugunsten des Angeklagten von einem freiwilligen Rücktritt auszugehen ist.

(Leitsätze der Bearbeiter)

A) Sachverhalt

Der Angeklagte (A) und das spätere Tatopfer (O), zwischen welchen es zwei Wochen zuvor zu einer Auseinandersetzung gekommen war, in deren Folge A eine leichte Kopfverletzung davongetragen hatte, begegneten sich zufällig wieder. A, welcher noch immer verärgert war, entschloss sich spontan dem O einen „Denkzettel“ zu verpassen und versetzte diesem unmittelbar einen Faustschlag ins Gesicht, wodurch O mit dem Kopf auf dem Boden aufschlug. Anschließend trat der 90 kg schwere A dem O mehrfach mit seinem festen Schuhwerk gegen den Kopf und sprang mindestens fünfmal mit beiden Füßen auf dessen Kopf. Im weiteren Verlauf wurde A zudem kurzzeitig durch seine Ehefrau E unterstützt, die den O - in Kenntnis und mit Billigung des A - mit ihrer Handtasche gegen den Kopf schlug und einmal gegen seinen Kopf trat. Im Anschluss daran verließ A den Tatort, wobei ihm bewusst war, dass dem schwer verletzten, aber erkennbar röchelnden O von seinen am Tatort befindlichen Bekannten geholfen werde. Die Rücktrittsmotivation des A konnte jedoch nicht sicher geklärt werden. In Betracht kommen ein Ablassen von O, da dieser „genug“ bekommen habe, ein Aufhören infolge der Wahrnehmung von Polizeisirenen oder eine Abstandnahme, weil der Zeuge B (nach einem ersten erfolglosen Versuch) ein weiteres Mal versuchte, den A wegzudrücken. O erlitt als Folge multiple Gesichtsfrakturen und befand sich in stationärer Behandlung. Ferner bestanden zum Zeitpunkt der

landgerichtlichen Entscheidung weiterhin Einschränkungen des Kurzzeitgedächtnisses und ein fast völliger Verlust des Geschmacksinns.

B) Verfahrensgang

Das Tatgericht – das LG Braunschweig – verurteilte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2, 4, 5 StGB. Im Hinblick auf einen versuchten Totschlag hat es einen freiwilligen Rücktritt vom unbeendeten Versuch nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB angenommen, da mangels sicherer entgegenstehender Feststellung unter Anwendung des Zweifelssatzes zugunsten des Angeklagten von einem unbeendeten Versuch und einem freiwilligen Rücktritt vom versuchten Totschlag auszugehen sei.

Nebenkläger und Angeklagter gingen gegen das Urteil in Revision, wobei die Sachrüge des Nebenklägers insbesondere auf die fehlerhafte Annahme eines unbeendeten statt eines beendeten Versuchs und damit mangels eigener aktiver Gefahrabwendungsmaßnahmen des T auf die unterbliebene Verurteilung wegen Totschlags zielte.

C) Die Entscheidung des Senates

Der 5. Strafsenat des BGH bestätigte den Schuldspruch der Vorinstanz und verwarf sowohl die gegen die rechtliche Würdigung des zugrundeliegenden Geschehens gerichtete Revision des Angeklagten als auch die des Nebenklägers.

Insbesondere die Erwägungen des Landgerichts im Hinblick auf die Annahme eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Totschlagsversuch unter Anwendung des Zweifelssatzes halten nach Ansicht des BGH der sachlich-rechtlichen Prüfung stand.

I. Strafbarkeit des A

gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Indem A auf O einschlug, ihn anschließenden mit seinem festen Schuhwerk gegen den Kopf trat und sodann mehrfach auf seinen Kopf sprang, könnte er sich wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Mangels Taterfolg ist der objektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB nicht erfüllt, sodass eine Strafbarkeit des A aus einem vollendeten Tötungsdelikt ersichtlich ausscheidet. Die Prüfung eines vollendeten Totschlags ist daher nicht erforderlich und sollte – wenn überhaupt – nur in wenigen Sätzen erfolgen.

1. Vorprüfung

Der Tod des O ist nicht eingetreten, sodass der Totschlag nicht vollendet ist. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des Totschlags (§ 23 Abs. 1 Alt. 1 iVm. § 12 Abs. 1 StGB).

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

A müsste einen Tatentschluss hinsichtlich der Tötung des O gehabt haben. Maßgeblich ist hierbei primär das Vorstellungsbild des Täters. Vorliegend wollte A dem O durch seine Handlung einen Denkkzettel verpassen, sodass sein Vorsatz jedenfalls auf die hieraus resultierenden Verletzungen gerichtet war. Fraglich ist allein, ob A auch einen Tatentschluss hinsichtlich einer Tötung des O aufwies. Aus dem Sachverhalt ergibt sich weder, dass A den Tod des O beabsichtigte, noch, dass er diesen als sicher voraussah, vielmehr wollte er ihm eine Lektion erteilen.

A könnte jedoch mit Eventualvorsatz gehandelt haben. Der Senat hinterfragt dessen Vorliegen nicht weiter, sondern geht schlicht von

„[...] besonders gefährlichen Gewalthandlungen eines mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnden Täters [...]“

aus. Dass die Vornahme objektiv besonders gefährlicher (Gewalt-)Handlungen gewichtiger Indikator für das Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz ist, entspricht ständiger Rspr. des Bundesgerichtshofs.¹

Freilich gilt sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes, dass eine Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände zu erfolgen hat.² So sind gerade mit Blick auf das Willenselement auch die Täterpersönlichkeit, der psychische Zustand zum Tatzeitpunkt sowie die Motivation zu berücksichtigen.³ Zu sehen ist, dass A im vorliegenden Fall mit einem Gewicht von 90 kg, festem Schuhwerk und mit beiden Füßen mehrmals auf den Kopf des O und damit auf eine besonders sensible Körperregion sprang. Die Handlung des A ist damit objektiv besonders gefährlich und insbesondere geeignet, den Tod eines anderen Menschen herbeizuführen. Auch fehlte es an Umständen, die der Annahme von (Eventual-)Vorsatz – trotz Gefährlichkeit der (Gewalt-)Handlung – im konkreten Fall entgegenstehen.⁴ Im Ergebnis ist das Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz und damit das Vorliegen von Tatentschluss zu bejahen.

Hinweis

Im Rahmen des Tatentschlusses könnte man insoweit auch an die Verwirklichung etwaiger Mordmerkmale denken. A könnte demnach einen niedrigen Beweggrund aufweisen. Zu klären wäre insoweit, ob eine mit dolus eventualis ausgeführte Tathandlung, zum Zwecke der Erteilung eines Denkkzettels, einen niedrigen Beweggrund

iSd § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB darstellen könnte.⁵ Insofern fehlt es freilich an weitergehenden Hinweisen im Sachverhalt.

b) Unmittelbares Ansetzen

A müsste zudem gem. § 22 StGB unmittelbar zur Tötung angesetzt haben. Dies ist der Fall, wenn der Täter nach seiner Vorstellung die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschreitet und objektiv weitere Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung in ungestörtem Fortgang und ohne wesentliche Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung führen.⁶ Einigkeit besteht darin, dass ein unmittelbares Ansetzen jedenfalls dann gegeben ist, wenn der Täter mit der Ausführungshandlung begonnen hat. Indem A auf O einschlug, ihn trat und auf seinen Kopf sprang, hat er die Tathandlung bereits vorgenommen und damit unstrittig unmittelbar zum Totschlag angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte sowohl rechtswidrig als auch schuldhaft.

Hinweis

Im Rahmen der Rechtswidrigkeit könnte man eine etwaige Notwehr des A gem. § 32 StGB ansprechen. Insofern ist freilich festzustellen, dass – mangels Gegenwärtigkeit des Angriffs – nicht an die vorangegangene Streitigkeit (zwei Wochen zuvor) angeknüpft werden kann.

4. Rücktritt

A könnte gem. § 24 StGB strafbefreiend vom Versuch des Totschlags zurückgetreten sein, indem er den Tatort verließ und von einer weiteren Einwirkung absah.

a) Rücktrittsmaßstab

In Bezug auf den anzulegenden Rücktrittsmaßstab stellt der Senat fest, dass das LG

„[...] zu Recht die Prüfung des Rücktritts vom Totschlagsversuchs am Maßstab des § 24 Abs. 1 StGB ausgerichtet [hat].“

Begründet wird dies damit, dass

„eine Beteiligung der Ehefrau am versuchten Tötungsdelikt, die zur Anwendung von § 24 Abs. 2 StGB hätte führen können, [...] durch die Feststellungen nicht belegt [wird].“

Hinweis

Die Annahme der fehlenden Beteiligung der Ehefrau E konfliktiert insoweit nicht mit der Annahme des Senates, dass A und E „gemeinschaftlich“ eine gefährliche Körperverletzung iSd § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB begangen haben. Zu sehen ist, dass es für die Feststellung des Rücktrittsmaßstabs allein um eine Beteiligung am versuchten Tötungsdelikt geht und es angesichts des doch sehr geringen Tatbeitrags der E schwer vertretbar erscheint, einen

¹ Vgl. nur BGH NJW 2016, 1970 (1971); BGH NSTz 2017, 149 (150); vgl. dazu auch die Entscheidung des 4. Strafsenats im „Berliner Raserfall“, in diesem Heft ▶ S. 107

² BGH NJW 2016, 1970 (1971).

³ Deutlich wiederum Ibid.

⁴ Solche Umstände spielen etwa im „Berliner Raserfall“ eine Rolle, vgl. wiederum in diesem Heft ▶ S. 107.

⁵ Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe Eisele, BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 89 ff.

⁶ Vgl. nur Rengier, AT, 9. Aufl. (2017), § 34 Rn. 22.

zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der Tötung des O zu bejahen.

b) Kein Fehlschlag

Der Versuch dürfte ferner nicht fehlgeschlagen sein. Ein Fehlschlag liegt nicht vor, wenn der Täter mit beliebigen Mitteln, aber ohne zeitlich relevante Zäsur, den Erfolg noch herbeiführen kann.⁷ Vorliegend wäre es A ohne Weiteres möglich gewesen, weitere Male mit seinem festen Schuhwerk auf den Kopf des O zu springen und diesen zu töten.

Problematisch erscheint allerdings, dass A sein eigentliches Ziel – O einen Denkkzettel zu erteilen – bereits erreicht hat, sodass eine Vollendung der Tat nicht notwendig und ein Weiterhandeln sinnlos war. Ob ein Rücktritt auch dann möglich ist, wenn der Täter sein außertatbestandliches Ziel erreicht hat, ist streitig.

Gegen einen Rücktritt könnte sprechen, dass der Täter sein Ziel bereits erreicht hat und es an einer honorierungswürdigen Verzichtleistung fehlt.⁸ Hiergegen spricht jedoch, dass unter „Tat“ iSd § 24 Abs. 1 S. 1 StGB allein die tatbestandsmäßige Handlung – hier des Totschlags – und der damit verbundene tatbestandsmäßige Erfolg zu verstehen sind,⁹ sodass allein von der Tatbestandsverwirklichung des § 212 Abs. 1 StGB Abstand genommen werden muss und außertatbestandliche Ziele unbeachtlich sind. Hierfür sprechen insbesondere auch Opferschutzgesichtspunkte,¹⁰ sodass die Rücktrittsmöglichkeit erhalten bleibt.

c) Taugliche Rücktrittshandlung

Es müsste eine taugliche Rücktrittshandlung vorliegen. Dies bestimmt sich danach, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt. Im Hinblick auf den hierfür geltenden Maßstab stellt der Senat fest, dass das LG

„[...] zutreffend den nach ständiger Rechtsprechung geltenden Maßstab für die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch zugrunde gelegt [hat], der sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, dem sogenannten Rücktrittshorizont, bestimmt.“

Zum geltenden Maßstab des Rücktrittshorizontes führt der Senat weiter aus:

„Wenn [...] der Täter den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht, liegt ein beendeter Versuch vor.“

Nach Ansicht des BGH sind an die Annahme eines beendeten Versuches bestimmte Anforderungen zu stellen. Diese Anforderungen konkretisiert der Senat wie folgt:

„Die zum beendeten Versuch führende gedankliche Indifferenz des Täters gegenüber den von ihm bis dahin angestrebten oder doch zumindest in Kauf genommenen Konsequenzen ist eine innere

Tatsache, die festgestellt werden muss, wozu es in der Regel einer zusammenfassenden Würdigung aller maßgeblichen objektiven Umstände bedarf.“

Insoweit hebt der Senat insbesondere das Erfordernis der konkreten Feststellung der Vorstellung des Täters deutlich hervor. Nur in diesem Fall kann von einem beendeten Versuch ausgegangen werden. Doch auch im Hinblick auf die Annahme eines unbeendeten Versuches sind notwendigerweise tragende Feststellungen zu treffen:

„[...] die Annahme eines unbeendeten Versuchs [setzt] [...] voraus, dass auch Umstände festgestellt werden, die im Rahmen der Gesamtwürdigung die Wertung zulassen, er [A] habe nach Beendigung der Tathandlung den tödlichen Erfolg nicht (mehr) für möglich gehalten.“

Die – tragfähige – Annahme eines unbeendeten Versuches begründet der Senat wie folgt:

„Einen solchen Umstand hat die Strafkammer in wahrnehmbaren Lebenszeichen des Nebenklägers [O] (Atemgeräuschen) gesehen [...]. Dies ist [...] hinzunehmen, auch wenn andere Schlüsse möglich gewesen wären oder gar näher gelegen hätten.“

Überdies greift der Senat explizit noch die Möglichkeit der Anwendung des Zweifelsatzes bei der Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch auf:

„Soweit das Landgericht darüber hinaus schon bei der Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch auf den Grundsatz in dubio pro reo zurückgreift, begegnet auch dies keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.“

Insoweit führt der Senat zur Anwendung des Zweifelsatzes weiter aus:

„Denn dieser verbietet es in Fällen, in denen Vorstellungen des Angeklagten in Bezug auf den Erfolgseintritt nicht festgestellt werden können, auf deren Fehlen – und damit auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines beendeten Versuchs – zu schließen.“

Angesichts dessen ist im vorliegenden Fall zugunsten von A von einem nur unbeendeten Versuch nach Maßgabe des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB auszugehen, sodass er bereits durch Aufgabe der weiteren Tatausführung Straffreiheit erlangen konnte. Das Ablassen von O und das Verlassen des Tatorts stellen damit eine taugliche Rücktrittshandlung dar.

d) Freiwilligkeit

A müsste die Tatausführung zudem freiwillig aufgegeben haben. Freiwillig ist die Aufgabe, wenn der Täter nicht durch zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird, sondern aus autonomen Motiven handelt und insoweit „Herr seiner Entschlüsse“ bleibt.¹¹

⁷ Zu den Voraussetzungen eines Fehlschlags (mit zahlreichen Nachweisen zur Rspr.) Rengier, AT, 9. Aufl. (2017), § 37 Rn. 15.

⁸ So etwa Heinrich, AT, 5. Aufl. (2016), Rn. 837 ff.; Kühl, AT, 8. Aufl. (2017), § 16 Rn. 41.

⁹ So auch die Position der Rspr. seit einer Entscheidung des Großen Strafsenats (vgl. BGHSt 39, 221 (230f.)). Aus der Literatur Rengier, AT, 9. Aufl. (2017), § 37 Rn. 62; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 47. Aufl. (2017), Rn. 889.

¹⁰ Für das Opfer stellt sich die Situation allemal besser dar, wenn das Absehen vom Weiterhandeln für den Täter zu einer erheblich mildereren Sanktionierung führt; dazu auch Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. (2017), § 24 Rn. 86.

¹¹ Vgl. nur Rengier, AT, 9. Aufl. (2017), § 37 Rn. 91.

Mit Blick auf die Feststellung der Freiwilligkeit des Rücktritts stellt der Senat klar, dass die Zweifelsregelung auch hier Anwendung finden soll:

„Auch bei der Feststellung der Freiwilligkeit wirken sich Zweifel an dieser inneren Tatsache zu Gunsten des Täters aus.“

Ist insoweit nicht eindeutig feststellbar, auf Grundlage welcher Vorstellung der Täter von einer weiteren Einwirkung absah und kommt als Motiv neben mehreren unfreiwilligen Motiven auch nur ein – gleich wahrscheinliches – freiwilliges Motiv in Betracht, so gilt zugunsten des Täters der Grundsatz in dubio pro reo und der Rücktritt als freiwillig:

„Das Landgericht hat vorliegend drei [...] Motivationsfaktoren für das Ablassen des Angeklagten vom Nebenkläger in Betracht gezogen, wobei keine der erwogenen Konstellationen [...] letztlich festgestellt werden konnte. Auf dieser Beweisgrundlage [ist] bei der Bewertung der Freiwilligkeit des Rücktritts [...] unter Anwendung des Zweifelssatzes die für den Angeklagten günstigste der drei Varianten („Opfer hatte genug“) zugrunde [zulegen] [...], die zur Annahme eines freiwilligen Rücktritts führt.“

e) Zwischenergebnis

A ist damit gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbefreiend vom versuchten Totschlag zurückgetreten.

4. Ergebnis

Im Ergebnis hat sich A nicht wegen eines versuchten Totschlags an O gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A

gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2, 4, 5 StGB

Indem A auf O einschlug, ihn mit seinem festen Schuhwerk gegen den Kopf trat und sodann mehrfach auf seinen Kopf sprang, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 4, 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Grundtatbestand des § 223 StGB

Aus der Einwirkung des A resultierten multiple Gesichtsfrakturen, ein stationärer Aufenthalt, anhaltende Einschränkungen des Kurzzeitgedächtnisses und der Verlust des Geschmacksinns. Hierin ist infolge der Substanzverletzung und tiefgreifenden Funktionsbeeinträchtigung eine körperliche Misshandlung und angesichts der Notwendigkeit einer Heilung eine Gesundheitsschädigung zu erblicken.

bb) Qualifikation des § 224 StGB

(1) Gefährliches Werkzeug, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

Das feste Schuhwerk des A könnte ein gefährliches Werkzeug iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB darstellen. Unter einem gefährlichen Werkzeug versteht man jeden Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und seiner konkreten Anwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.¹² Hierfür spricht insbesondere die Art der Verwendung des Schuhwerks. Vorliegend tritt A dem O gegen den

Kopf und springt mindestens fünfmal auf diesen, sodass sich hieraus die konkrete Eignung des „beschuhten Fußes“ ergibt, infolge seines hohen Gewichts und seiner festen Struktur erhebliche Verletzungen beim Opfer herbeizuführen. Das feste Schuhwerk ist damit als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren, sodass A den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB erfüllt.

(2) Gemeinschaftlich, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

A könnte ferner § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB verwirklicht haben, indem sich E einmischte und durch einen Schlag mit ihrer Handtasche und einen Tritt gegen den Kopf körperlich auf O einwirkte. A und O könnten insoweit gemeinschaftlich agiert haben. Ein gemeinschaftliches Handeln liegt vor, wenn mindestens zwei Personen derart einverständlich zusammenwirken, dass sie dem Opfer am Tatort gefahrerhöhend gegenüberstehen.¹³ Vorliegend befanden sich A und E gemeinsam am Tatort. Auch agierte E in Kenntnis und mit Billigung des A und damit einvernehmlich, sodass der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch A verwirklicht wurde.

Hinweis

Gefragt ist hier allein nach der Strafbarkeit des A. Im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit der E gilt es insbesondere, eine mögliche sukzessive Mittäterschaft nach § 25 Abs. 1 StGB von einer nur sukzessiven Beihilfe nach § 27 Abs. 1 StGB abzugrenzen. Hierbei ist insbesondere der geringere Tatbeitrag der E im Verhältnis zur Tathandlung des A zu berücksichtigen, wobei andererseits zu sehen ist, dass E in Kenntnis und mit Billigung des A handelte, sodass während der Tatbegehung stillschweigend ein gemeinsamer Tatplan gefasst worden sein könnte.

(3) Eine das Leben gefährdende Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

In Betracht kommt ferner eine Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Hierzu müsste das Handeln des A als eine das Leben gefährdende Behandlung zu qualifizieren sein. Hierunter versteht man eine Begehungsweise, die nach den Umständen des konkreten Falles objektiv und generell geeignet ist, das Opfer in eine Lebensgefahr zu bringen.¹⁴ Zu sehen ist, dass Sprünge mit festem Schuhwerk und einem Gewicht von 90 kg geeignet sind, erhebliche irreversible Schäden im Bereich der sehr sensiblen Kopffregion und infolgedessen den Tod des Opfers herbeizuführen. A hat damit auch die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Der Vorsatz des A müsste sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestandes wie auch der Qualifikation(en) erstrecken. Hinsichtlich der Verwirklichung des § 223 Abs. 1 StGB handelte A mit dolus directus 1. Grades, da es ihm gerade darauf ankam, körperlich auf den O einzuwirken, um ihm einen Denkkzettel zu verpassen. Auch hatte A Kenntnis von den Umständen, aus denen sich die Gefährlichkeit seines Handelns ergibt (Sprünge auf den Kopf mit festem Schuhwerk) so-

¹² Vgl. nur Eisele, BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 330 mwN.

¹³ Eisele, BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 338.

¹⁴ Ibid., Rn. 341; Rengier, BT II, 19. Aufl. (2018), § 14 Rn. 50.

wie Kenntnis vom Handeln der E, deren Eingriff er billigte, so dass er auch hinsichtlich der Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2, 4, 5 StGB mit Vorsatz agierte.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte sowohl rechtswidrig als auch schuldhaft

3. Ergebnis

A hat sich damit im Ergebnis wegen gefährlicher Körperverletzung an O gemäß §§ 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2, 4, 5 StGB strafbar gemacht.

Hinweise für Studierende

Die vorliegende Entscheidung und der ihr zugrundeliegende Sachverhalt stellen eine brauchbare Vorlage für die Erstellung einer Prüfungsaufgabe im Anfängerbereich dar, bieten aber auch für Fortgeschrittene die Möglichkeit, bereits Erlerntes zu wiederholen.

Dies gilt für den Allgemeinen Teil insbesondere im Hinblick auf den speziellen Prüfungsaufbau des versuchten Delikts mit anschließender Rücktrittsprüfung, welchen es in Klausuren zu beherrschen gilt. Ferner ergeben sich die damit zusammenhängenden Probleme der außertatbestandlichen Zielerreichung („Denkzettelfälle“) sowie der Anwendbarkeit des Zweifelsatzes. Wendet man den Blick zurück zum Tatentschluss, stellt sich die Frage des Vorliegens von bedingtem Tötungsvorsatz bei Vornahme – objektiv – hoch gefährlicher Gewalthandlungen. Darüber hinaus vereint die Entscheidung einen Großteil der in § 224 Abs. 1 StGB genannten Qualifikationen, die zur „Einkleidung“ klassischer Probleme aus dem Allgemeinen Teil genutzt werden können, darüber hinaus aber auch eigenen Erörterungsbedarf mit sich bringen.

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*)
Eberhard Karls Universität Tübingen

Rasim Mustafi

Studentische Hilfskraft

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*)
Eberhard Karls Universität Tübingen

► Inhaltsverzeichnis

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck
 Pius Dolzer
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 RA Steffen Follner
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.
 Sebastian Karl
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 Maik Kniebel
 Dipl.-Pol. Philipp Louis
 Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Quetzal Rojano-Adam
 Gabriel Schmidt
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
 Philipp Trautmann
 Betül Turgan
 Carolin Werz
 Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
 Doblerstrasse 15
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:
 Prof. Dr. Christian F. Majer
(Vorsitzender)
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellv. Vorsitzender)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
(Schatzmeister)
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
(Ressortleiter Strafrecht)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
(Ressortleiter Öffentliches Recht)

8. Jahrgang (2018)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 RiLG Dr. Ralf Dietrich
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
 RD Jochen Heinz
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer
 Prof. Dr. Alexander Proelß
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
 Prof. Dr. Christian Traulsen
 RA Dr. Werner Walk
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
 E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

| | |
|--|---|
| 1/2018 <i>Antonia Braun</i> | Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz |
| 4/2017 <i>Arne Pautsch</i> | Die Wahlpflicht |
| 4/2017 <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i> | Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung |
| 3/2017 <i>Sascha Sebastian</i> | Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem |
| 3/2017 <i>Benjamin Bungarten</i> | Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers |
| 2/2017 <i>Susanne Bertow</i> | Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen? |
| 2/2017 <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i> | Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) |
| 1/2017 <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i> | Der Ehebegriff als Methodenproblem |
| 1/2017 <i>Torsten Noak</i> | Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt |
| 4/2016 <i>Philipp Tolga Mavituna</i> | Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordpa- ragraphen |
| 4/2016 <i>Markus Meißner</i> | Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen |
| 3/2016 <i>Sarah Bunk</i> | Ist Ämterpatronage strafbar? |
| 2/2016 <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i> | Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Not- wehr? |
| 1/2016 <i>Torsten Noak</i> | Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völker- rechtlicher Vorgaben |
| 4/2015 <i>Sascha Brüggemann</i> | Anonymität im Internet |
| 3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i> | Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts |
| 3/2015 <i>Christian F. Majer</i> | Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen |
| 2/2015 <i>Simon Pschorr</i> | Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle |
| 2/2015 <i>Arne Pautsch</i> | Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand |
| 1/2015 <i>Christian Picker</i> | Das neue Mindestlohngesetz |
| 4/2014 <i>Caprice Nina Doerbeck</i> | Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolg- saussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft? |
| 4/2014 <i>Sascha Brüggemann</i> | Datenkrake NSA |
| 3/2014 <i>Alexander Bechtel</i> | Mord und Totschlag – eine überfällige Reform? |
| 2/2014 <i>Christian F. Majer</i> | Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung |

| | |
|---|---|
| 2/2014 <i>Philipp K. Kauffmann</i> | In dubio pro – Selbstanzeige? |
| 1/2014 <i>Andreas Lohbeck</i> | Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar? |
| 4/2013 <i>Philipp Kauffmann</i> | Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat |
| 4/2013 <i>Stanyo Dinov</i> | Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan |
| 3/2013 <i>Sebastian Brüggemann</i> | Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit |
| 2/2013 <i>Joachim Renzikowski</i> | Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S. |
| 1/2013 <i>Andreas Lohbeck</i> | Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht |
| 1/2013 <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i> | Die Ethik und die Rechtsanwälte |
| 4/2012 <i>Tobias Rist</i> | Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern |
| 3/2012 <i>Christian F. Majer</i> | Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten |
| 2/2012 <i>Paul Popescu</i> | Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe |
| 1/2012 <i>Julius Forschner</i> | Die Haftung von Ratingagenturen |
| 1/2012 <i>Nicolas Sonder</i> | Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise? |
| 1/2011 <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i> | Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten |
| 1/2011 <i>Werner Walk/Nils Wiese</i> | Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung |

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ► <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen