

HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Konrad-Adenauer-Str. 9
D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Philipp Louis (Stellvertretender Vorsitzender)
Gabriel Schmidt (Schatzmeister)
Richter Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
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.
PD 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

BEITRAG

Alexander Bechtel

Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?

KLAUSUREN

Moritz Stilz / Julia Zaiser

Zivilrecht: „Ein Bootskauf mit Folgen“

Jörg Eisele / Christian F. Majer

Strafrecht: „Jurastudent, Basketball-Fan und Drogenhändler“

RECHTSPRECHUNG

BVerfG

Zur Äußerung des Bundespräsidenten – „Spinner“

BGH

Vererblichkeit eines Geldentschädigungsanspruchs wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung

BGH

Zur finalen Verknüpfung zwischen Raubmittel und Wegnahme sowie den subjektiven Voraussetzungen des Beisichführens

Inhaltsverzeichnis

BEITRAG

Alexander Bechtel

Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?

Seite ▶ 267

KLAUSUREN

Moritz Stilz / Julia Zaiser

Übungsklausur Zivilrecht für Anfänger:

„Ein Bootskauf mit Folgen“

Seite ▶ 285

Jörg Eisele / Christian F. Majer

Übungsklausur Strafrecht für Fortgeschrittene:

„Jurastudent, Basketball-Fan und Drogenhändler“

Seite ▶ 302

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

BGH

Vererblichkeit eines Geldentschädigungsanspruchs wegen

Persönlichkeitsrechtsverletzung

Urteil vom 29.04.2014 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 314

BGH

Anwendbarkeit von § 551 Abs. 1 BGB auf Mietsicherheiten Dritter

Urteil vom 10.04.2013 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 320

BGH

Sittenwidrigkeit eines Abfindungsausschlusses in der Satzung einer GmbH

Urteil vom 29.04.2014 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 324

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

BGH

Zur finalen Verknüpfung zwischen Raubmittel und Wegnahme
sowie den subjektiven Voraussetzungen des Beisichführens

i. S. v. § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB

Beschluss vom 26.11.2013 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 335

OLG Hamm

§ 315b StGB oder § 315c StGB? Und Kritik an der BGH-Rechtsprechung zur
Auslegung der Präposition „mittels“ i. R. v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

Beschluss vom 20.02.2014 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 342

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG

Zur Äußerung des Bundespräsidenten – „Spinner“

Urteil vom 10.06.2014 (*Oliver Wolf / Jonas Ludwig*)

Seite ▶ 347

Editorial

Wenn es geplant war, ist es *Mord*. Wenn es im Affekt passiert ist, ist es *Totschlag*. – Diese gewiss falsche Auffassung gehört zu den wohl populärsten und hartnäckigsten Rechtsirrtümern der zeitgenössischen öffentlichen Meinung. In der juristischen Fachwelt ist die Abgrenzung der §§ 211 und 212 StGB freilich wohlbekannt, bietet aber bereits seit kurz nach ihrer Entstehung im Jahre 1941 Anlass zum Streit. Die Kritik richtet sich zum einen grundsätzlich gegen die von der nationalsozialistisch inspirierten Idee des „Tätertyps“ geleitete Trennung und Definition der Tatbestände, zum anderen konkret gegen die in § 211 StGB genannten Mordmerkmale der „sonst niedrigen Beweggründe“ und der „Heimtücke“. Gleichwohl ist es auch nach nunmehr rund 70 Jahren der Debatte nicht gelungen, eine Neuregelung der vorsätzlichen Tötungstatbestände zu finden, die jedem Einzelfall gerecht wird. Nachdem nun in diesem Jahr erneut Vorstöße aus Politik und Literatur zu verzeichnen sind, die eine Reform fordern, ist die Frage von Mord und Totschlag wieder zu einem aktuellen rechtspolitischen Thema geworden und damit zu einem Fall für die Zeitschrift Jura Studium & Examen. Die vorliegende Ausgabe enthält daher einen Aufsatz von BECHTEL, der die Problematik ausführlich beleuchtet.

Immerhin nicht durch Mord und Totschlag, wohl aber durch Drogen- bzw. Schokoladenhandel finanziert sich der Kollege J. sein Jurastudium. Nebenbei reicht er gestohlene Hausarbeiten ein und beleidigt gegnerische Basketball-Fans. Sein Treiben und dessen strafrechtliche Bewertung sind Gegenstand der Klausur von EISELE und MAJER, die Fortgeschrittenen zur Übung empfohlen wird. Auch für Anfänger geeignet ist dagegen die Klausur von STILZ und ZAISER, in der klassische zivilrechtliche Probleme im Zusammenhang mit dem Kauf mangelhafter Ware behandelt werden, hier am Beispiel eines über eBay ersteigerten Wanderbootes mit Schimmelbildung.

Zu guter Letzt finden sich in der vorliegenden Ausgabe auch wieder einige aktuelle, interessante und sorgfältig aufbereitete Entscheidungsbesprechungen aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichem Recht. Unter anderem hatte das Bundesverfassungsgericht kürzlich auf Antrag der NPD über die Frage zu befinden, ob der Bundespräsident Rechtsradikale öffentlich als „Spinner“ bezeichnen darf – er darf es.

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Philipp Louis
Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen

BEITRAG

Alexander Bechtel*

Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?

Die §§ 211, 212 StGB sind, nachdem der Bundesminister der Justiz eine Reform eben jener Vorschriften angekündigt hat,¹ in jüngerer Zeit wieder verstärkt in den Fokus rechtspolitischer sowie strafrechtswissenschaftlicher Betrachtungen gerückt.

Genährt wird die Aufmerksamkeit freilich auch durch einen Reformvorschlag von DECKERS/FISCHER/KÖNIG/BERNSMANN,² die den Mordtatbestand des § 211 StGB gänzlich streichen und stattdessen dem Tatrichter im Rahmen des § 212 StGB einen deutlich erweiterten Zumessungsrahmen an die Hand geben wollen.³ Dabei ist der vorgenannte Vorschlag bloß der jüngste in einer ganzen Reihe von Entwürfen, die eine Neustrukturierung derjenigen Regelungen zu den (vorsätzlichen) Tötungsdelikten zum Gegenstand haben, welche mit dem 3. StÄG vom 04.08.1953

* Der Autor ist Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen (Prof. Dr. Jörg Eisele).

¹ Vgl. dazu ein Interview des Ministers unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Interview/2014/02/2014-02-10-maas-sz.html> (Stand: 24.04.2014).

² Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 ff.

³ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 16.

Bestandteil der bundesrepublikanischen Rechtsordnung wurden.⁴

Eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit die geltende Regelung der Tötungsdelikte tatsächlich einer Überarbeitung bedarf, erfordert zunächst eine Betrachtung der historischen Entwicklung der Tötungstatbestände. Diese darf sich nicht in der Feststellung erschöpfen, dass mit den §§ 211, 212 StGB Vorschriften aus dem Jahre 1941 und damit aus der Zeit der NS-Herrschaft übernommen wurden, wie sie in nahezu jedem Lehrbuch zu finden ist.⁵

Da aber auch Vorschriften, die (womöglich) auf festem historischem Fundament fußen, zu gravierenden Problemen in der Rechtsanwendung der Gegenwart führen können, sollen die §§ 211 f. StGB de lege lata ebenso im Hinblick auf Problemstellungen beleuchtet werden, die in Literatur und Rechtsprechung seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert werden und möglicherweise durch eine Reform der Tatbestände gelöst würden.

Beispielhaft sei an dieser Stelle nur auf den „immerwährenden“ Streit rund um den § 28 StGB verwiesen, der sich um die Frage nach der Einordnung der täterbezogenen Mordmerkmale als strafbegründend i. S. d. § 28 I StGB oder als strafscharfend i. S. d. § 28 II

⁴ Zu den bislang vorgebrachten Vorschlägen vgl. Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 11 ff.; Neumann, in: NK-StGB, 4. Aufl., 2013, Vor § 211, Rdnr. 169 f.

⁵ Beispielhaft Wessels/Hettinger, 37. Aufl., 2013, Rdnr. 71; Küpper, BT 1, 3. Aufl., 2007, § 1, Rdnr. 31.

StGB dreht. Die Beantwortung dieser – für die Bestimmung der Strafbarkeit eines Teilnehmers bedeutsamen – Frage hängt freilich vom (seinerseits umstrittenen) Verhältnis der §§ 211, 212 StGB zueinander ab.⁶

A. Entstehungsgeschichte sowie rechtshistorischer Hintergrund

I. Die §§ 211, 212 StGB und das Leitbild vom „Tätertyp“

Aus dem Wortlaut der §§ 211, 212 StGB („Mörder ist, wer ...“; „... wird als *Totschläger* ...“) lässt sich ersehen, dass der historische Gesetzgeber des Jahres 1941 verstärkt den so genannten „Tätertyp“ ins Blickfeld genommen hat.⁷ Ein Blick auf – das Änderungs-gesetz von 1941 erläuternde – zeitgenössische Publikationen verdeutlicht, wie Verantwortungsträger im nationalsozialistischen Unrechtsstaat die Novelle verstanden wissen wollten:

ROLAND FREISLER, Präsident des ab 1934 bestehenden Volksgerichtshofes und als solcher verantwortlich für tausende Todesurteile, formulierte damals, der Mörder sei „von grundsätzlich anderer Wesensart als derjenige, der einen Totschlag begeht“.⁸

Dass jedenfalls dieser Aussage eine „abstrus biologische Ideologie“⁹ zugrunde liegt, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.

Aus heutiger Sicht gleichsam unerfreulich erscheint die Feststellung von SCHMIDT-LEICHNER:¹⁰ „Mörder wird man nicht, Mörder ist man.“¹¹

Die Intention der nationalsozialistischen Machthaber, bereits unterschwellig vorhandene Feindbilder und Vorurteile im Strafrecht zu verankern,¹² tritt angesichts solcher (zeitgenössischer) Einordnungen mehr als deutlich zu Tage. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang noch weitere Gesetzgebungsprojekte – etwa das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher“ aus dem Jahre 1933.¹³ Dabei wurde und wird die im Wortlaut der Norm verankerte Anknüpfung an einen bestimmten Tätertyp zumeist unter den Begriff des „normativen Tätertyps“ gefasst.¹⁴

⁶ Eser/Sternberg-Lieben, in: S/S, 29. Aufl., 2014, § 211, Rdnrn. 46 ff.; Rengier, BT II, 15. Aufl., 2014, § 5, Rdnrn. 3 ff.

⁷ Zur Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB vgl. Frommel, JZ 1980, 559 ff.

⁸ Freisler, DJ (Deutsche Justiz) 1941, 929, 934.

⁹ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 15.

¹⁰ Schmidt-Leichner war im Jahre 1941 Landgerichtsrat im Reichsjustizministerium.

¹¹ Schmidt-Leichner, DR (Deutsches Recht) 1941, 2145, 2148.

¹² Frommel, JZ 1980, 559, 561.

¹³ Vgl. Schmidt-Leichner, DR 1941, 2145: „Gewohnheitsverbrecher und schwere Sittlichkeitsverbrecher sind schon im Frieden Parasiten am Volkskörper, im Kriege jedoch Volksschädlinge und Saboteure der inneren Front erster Ordnung.“

¹⁴ Jähnke, in: LK, Bd. 5, 11. Aufl., 2005, Vor § 211, Rdnr. 36; von einem „personal-normativen Täter-typ“ sprechend Schmidt-Leichner, DR 1941, 2145, 2148; differenzierend zur Begrifflichkeit Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl., 2003, § 3, Rdnrn. 103 ff.

Interessanterweise hat die Rechtsprechung¹⁵ die Vorstellung eines spezifischen Tätertyps bereits im Jahre 1942 verworfen.¹⁶ Für die Rechtslehre nach 1945 gilt – jedenfalls im Hinblick auf ein der „Volksanschauung“ zu entnehmendes und damit diffus moralisch aufgeladenes Täterbild¹⁷ – das Gleiche. Insofern erscheint die Formulierung von HEINE treffend, der anmerkt, dass die Leitidee vom Tätertyp „bekanntlich (...) längst auf der Entsorgungsstation der Strafrechtsgeschichte gelandet“ sei.¹⁸

Ist aber der so genannte „Tätertyp“ für die heutige Praxis ohne irgendeine Bedeutung,¹⁹ so stellt sich die Frage, ob eine „untypische Gesetzesfassung“,²⁰ die zweifelsohne gegenüber anderen Vorschriften heraussticht, Anlass genug ist, eine Novellierung vorzunehmen.

Eine Veranlassung könnte freilich dann bestehen, wenn ein Wiederaufgreifen der Gesetzeslage, wie sie sich vor dem Jahre 1941

¹⁵ Gemeint ist die Rechtsprechung der bereits vor der Machtergreifung bestehenden – und insoweit traditionellen – Gerichte. Eine Heranziehung der Rechtsprechung des Volksgerichtshofes sowie der – seit 1933 bestehenden – „Sondergerichte“ erübrigt sich insoweit, als die politische Prägung dieser Gerichte einen (zumindest überwiegend) ideologiefreien Blick der Entscheidungsträger auf die heranzuziehenden Vorschriften ausschloss. Vgl. zum Ganzen *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., 2011, Rdnrn. 287 ff.

¹⁶ RGSt 76, 297, 299.

¹⁷ Treffend *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 11. Aufl., 2003, § 3, Rdnr. 107.

¹⁸ Heine, GA 2000, 305, 307.

¹⁹ Köhne, ZRP 2007, 165, 166.

²⁰ Köhne, ZRP 2007, Fn. 19.

darstellte, wünschenswert erschiene, wenn also – mit anderen Worten – die damalige Novellierung für einen Bruch mit einem Rechtsdenken sorgte, welches uns heute (wieder) als taugliche Richtschnur erscheint.

II. Vom germanischen Rechtsdenken zum Reichsstrafgesetzbuch

Die Unterscheidung von „Mord“ und „Totschlag“ bzw. von qualifizierten und damit besonders verwerflichen sowie minderqualifizierten Verbrechen am Leben²¹ ist keine Erfindung der Neuzeit, sondern lässt sich bereits im germanischen Rechtsdenken nachweisen.²² Danach galten als Formen der schweren Tötung u. a. die heimliche bzw. verheimlichte Tötung, die Tötung mit unehrlichen Waffen (u. a. Brandstiftung oder Vergiftung) sowie die Tötung des Wehrlosen.²³

Im Mittelalter wurde diese Differenzierung dem Grunde nach beibehalten, wenngleich in der von Land- und Stadtrecht geprägten Epoche vereinzelt neue – die Tötung eines anderen Menschen qualifizierende – Merkmale (z. B. die niedere Gesinnung) Berücksichtigung fanden.²⁴

²¹ Diese – gegenüber der Einstufung als „Mord“ bzw. „Totschlag“ – abstraktere (weil allgemeingültigere) Umschreibung wählt *Maurach/Schröder/Maiwald*, BT I, 10. Aufl., 2009, S. 31.

²² Dazu *Thomas*, Die Geschichte des Mordparagraphen (Diss. 1985), S. 30 ff.

²³ Zu den damals bestehenden „Fallgruppen“ vgl. *Thomas*, Fn. 22, S. 30 f. (m. w. N.).

²⁴ *Jähnke*, in: LK, Bd. 5, 11. Aufl., 2005, Vor § 211, Rdnr. 35 (m. w. N.).

Zu Beginn der Neuzeit, im Jahre 1532, ergeht mit der *Constitutio Criminalis Carolina* („Carolina“ bzw. „CCC“)²⁵ eine Ordnung,²⁶ die sowohl Regelungen des materiellen Strafrechts als auch prozessrechtliche Regelungen enthält.²⁷ Sie war in erster Linie als Instrument zur Bekämpfung willkürlicher Verhaftungen und Hinrichtungen konzipiert worden, wie sie in den Fürstentümern und Reichsstädten an der Tagesordnung waren.²⁸ Wenngleich die Carolina nach Art ihrer Gliederung und der zur Umschreibung einzelner Verbrechenstatbestände gewählten Formulierungen den Charakter einer Kodifikation im modernen Sinne gewinnt²⁹ und ihre Bedeutung für die Entwicklung des (modernen) Schuldstrafrechts nicht hoch genug eingeschätzt werden kann,³⁰ interessiert im Rahmen dieses Beitrags doch vorwiegend die damalige Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte.

Von herausragender Bedeutung für die Frage nach der Abgrenzung von Mord und Tot-

schlag ist Art. 137 CCC. Dort ist vom „fürsetzlichen mutwilligen mörder“ die Rede, während der Totschläger „auß gecheyt³¹ und zorn“ handelt.³² Begreift man „fürsetzlich“ nicht schlicht als „vorsätzlich“, sondern als Handeln „mit Vorbedacht“, wie es heute der allgemeinen Auffassung entspricht,³³ so verläuft die Abgrenzung zwischen den beiden Tatbeständen zwischen vorbedachtem bzw. überlegtem³⁴ Handeln einer- und affektivem Tätigwerden andererseits.³⁵

Dass das Strafrecht in den Folgejahrhunderten eine enorme Entwicklung durchlief, soll nicht verschwiegen werden. Insbesondere das Zeitalter der Aufklärung brachte – beeinflusst durch die Schriften Grotius', Pufendorfs und Chr. Wolffs – die Erkenntnis, dass das staatliche Recht zu strafen sich aus dem Auftrag des Staates ergab, für Wohlfahrt, Glückseligkeit und (damit einhergehend) Sicherheit der Bürger zu sorgen. Insgesamt erfuhr das Strafrecht eine „Humanisierung“, was sich deutlich in der Abschaffung der Folter sowie der (schrittweisen) Einstellung der Hexenprozesse zeigt.³⁶

²⁵ Eingedeutcht: Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. Umfassend zur Entwicklung Rüping/Jerouschek, Rdnrn. 94 ff.

²⁶ Zum Selbstverständnis der Carolina als „Ordnung“ oder „Satzung“ vgl. Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 2013, Rdnr. 448.

²⁷ Die strikte Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht ist in der Strafrechtsentwicklung erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts anzutreffen, vgl. Eisenhardt, Rdnr. 445.

²⁸ Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 9. Aufl., 2008, S. 293.

²⁹ Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 13. Aufl., 2011, Rdnr. 328.

³⁰ Hähnchen, Rechtsgeschichte – Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 4. Aufl., 2012, Rdnr. 592; Eisenhardt, Rdnr. 451.

³¹ „Gecheyt“ bedeutet „Jähzorn“ oder „Affekt“.

³² Der Wortlaut der Vorschrift (Art. 137 CCC) wird zitiert nach Buschmann, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998.

³³ Vgl. Thomas, S. 120 f.

³⁴ Jähnke, in: LK, Bd. 5, 11. Aufl., 2005, Vor § 211, Rdnr. 35 spricht von einem Handeln „mit Überlegung“.

³⁵ So auch Hähnchen, Rdnr. 594.

³⁶ Zur Entwicklung des Strafrechts im Zeitalter der Aufklärung vgl. Eisenhardt, Rdnrn. 459 ff.

Zu beachten ist indes, dass die – naturrechtlich geprägte – neue Begründung für den Strafanspruch des Staates sowie eine gleichzeitig zu beobachtende Milderung der Strafen³⁷ nicht gleichzusetzen sind mit einer Neuordnung der materiell-rechtlichen Strafvoraussetzungen.

Ein Blick auf das Reichsstrafgesetzbuch (StGB) von 1871, das übrigens – gleichwohl mit vielen Änderungen – bis heute gilt, bestätigt diese Überlegung:

Der Wortlaut des damaligen § 211 StGB („*Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.*“) lässt keinen Zweifel daran aufkommen, dass das Kriterium der Überlegung, wie es sich bereits in der Carolina wiederfindet, die entscheidende Trennlinie zwischen Mord und „*Todtschlag*“ bildete.³⁸ Einen „*Todtschlag*“ gemäß § 212 StGB beging dementsprechend, „*wer vorsätzlich einen Menschen tötet*“, dabei aber „*die Tötung nicht mit Ueberlegung ausgeführt hat*“.

Dass die Frage nach der Auslegung des Merkmals der „Überlegung“ fortwährend umstritten war, vermag kaum zu überraschen.³⁹

³⁷ Zur „zurückhaltenden“ Verhängung der Todesstrafe im 18. Jahrhundert vgl. *Eisenhardt*, Rdnr. 464.

³⁸ *Thomas*, S. 201 ff.; *Jähnke*, in: LK, Bd. 5, 11. Aufl., 2005, Vor § 211, Rdnr. 36; *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., 2011, S. 88.

So wurde die „Überlegung“ teilweise dahingehend verstanden, dass der Täter – im Sinne einer praktisch-intellektuellen Überlegung – ein klares Bild über die Art und Weise der Ausführung (das „Wie“ der Tat) hatte.⁴⁰ Demgegenüber stand die voluntaristische Interpretation, welche für die „Überlegung“ i. S. d. § 211 StGB eine Reflexion des Täters auf die sich gegenüberstehenden Motive (sprich: für und gegen die Begehung sprechende Gründe) verlangte (das „Ob“ der Tat).⁴¹ Der dualistische Überlegensbegriff, dem sich letztendlich auch die Rechtsprechung anschloss, setzte schließlich das Vorliegen beider Elemente voraus.⁴²

Neben die Frage nach dem Begriffsinhalt trat schon bald die grundsätzliche Frage nach der Zweckmäßigkeit der getroffenen Regelung.

Der Schweizer Strafrechtler CARL STOOSS, im ausgehenden 19. Jahrhundert mit der Ausarbeitung des Schweizerischen Strafgesetzbuches betraut, kritisierte das Merkmal der „Überlegung“ als – dem Beweise grundsätzlich nicht zugängliches – *factum internum*, welches im Hinblick auf die angedrohte To-

³⁹ Umfassend zur Rezeption des Überlegensmoments *Linka*, Mord und Totschlag (§§ 211-213 StGB) – Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, in: *Juristische Zeitgeschichte*, Abteilung 3, Band 29 (2008), S. 67 ff.

⁴⁰ Dazu etwa *Thomas*, S. 204; *Linka*, S. 68.

⁴¹ Vgl. Fn. 40.

⁴² *Linka*, S. 68 f. Umstritten war im Übrigen auch der Zeitpunkt der Überlegung. Die Rechtsprechung legte sich darauf fest, dass die Überlegung bei der gesamten Tötungshandlung andauern müsse (RGSt 70, 257, 259 f.).

desstrafe kein geeignetes Abgrenzungskriterium sei.⁴³ Er selbst plädierte für ein kasuistisches Regelungsmodell, wie es auch der seit 1941 – mehr oder minder unverändert⁴⁴ – bestehende Fassung des § 211 StGB zugrunde liegt.⁴⁵

Kritik am Merkmal der „Überlegung“ äußerte auch FRIEDRICH WACHENFELD, der anhand ausgewählter Beispiele aufzuzeigen versuchte, dass nicht im Hinblick auf jede „mit Überlegung“ ausgeführte Tötung die Verhängung der Todesstrafe angezeigt erscheint:

Der „abgefeimte Verbrecher, der ohne jedes Bedenken sein Opfer hinschlachtet“, würde gegenüber dem „armen Mädchen, das ihr einjähriges Kind aus Nahrungssorgen tötet“,⁴⁶ in nicht nachvollziehbarer Weise privilegiert.⁴⁷ An der tatbestandlichen Scheidung von Mord und Totschlag wollte Wachenfeld aber dennoch festhalten.⁴⁸

FRANZ VON LISZT teilte die kritische Auffassung Wachenfelds hinsichtlich der Resultate, welche die Anwendung der (seinerzeit) bestehenden Vorschriften im Einzelfall mit sich brachte. Die Schlussfolgerung von Liszts war

⁴³ Vgl. dazu (m. w. N.) Linka, S. 71 f.

⁴⁴ Zu den geringfügigen Änderungen der vorsätzlichen Tötungsdelikte im StGB seit 1941 vgl. Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 f.

⁴⁵ Stooss' Entwurf bildete die wichtigste Grundlage für die deutsche Gesetzesfassung des Jahres 1941, vgl. Maurach/Schröder/Maiwald, BT I, S. 32; Jähnke, in: LK, Bd. 5, 11. Aufl., 2005, Vor § 211, Rdnr. 36.

⁴⁶ Zitiert nach Linka, S. 87 f.

⁴⁷ Linka, Fn. 46.

⁴⁸ Linka, S. 88 f.

aber eine gänzlich andere: Um Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen, sollte der Mordtatbestand gestrichen und ein einheitlicher Tötungstatbestand mit abgestuftem Strafraumen (strafrahmenabgestuftes Einheitsmodell) geschaffen werden.⁴⁹

Bis zum Jahre 1941 erfuhren die vorsätzlichen Tötungsdelikte – trotz anhaltender Kritik – bekanntermaßen keine Novellierung.

III. Reformbedarf aus „historischen Gründen“?

Nach der Betrachtung der historischen Entwicklung der bestehenden Regelung sowie der Tötungsdelikte im Allgemeinen ist demnach folgendes festzuhalten:

1. Der Wortlaut der §§ 211, 212 StGB lässt das – vom nationalsozialistischen Gesetzgeber zugrunde gelegte – Leitbild des „Tätertyps“ zwar hervorscheinen. Doch hat ein solches (diffus moralisch aufgeladenes) Täterbild in der Rechtspraxis keinerlei Bedeutung.

2. Die Unterscheidung von minderqualifizierten und qualifizierten Verbrechen am Leben zieht sich durch nahezu alle Epochen, wenngleich die Unterscheidungskriterien im Einzelnen variieren.

3. Die §§ 211, 212 StGB in ihrer Fassung vom 04.09.1941 brechen mit – jedenfalls seit 1532 auszumachendem – Rechtsdenken insoweit, als das Kriterium der Überlegung zugunsten

⁴⁹ Anschaulich Linka, S. 94.

eines kasuistischen Regelungsmodells aufgegeben wurde.

Einen Reformbedarf allein aus dem Bestehen einer „untypischen Gesetzesfassung“⁵⁰ herzuleiten, erscheint bereits angesichts der fehlenden Bedeutung des „Tätertyps“ für die Rechtspraxis der Gegenwart als unangebracht.⁵¹

Im Hinblick auf die in den §§ 211, 212, 213 StGB getroffene bzw. beibehaltene Unterscheidung von Tötungsdelikten unterschiedlichen Schweregrads ist festzuhalten, dass an Rechtsdenken angeknüpft wird bzw. wurde, das bereits seit ca. zwei Jahrtausenden Bestand hat.

Fraglich ist indes, ob der 1941 erfolgte Bruch mit dem Kriterium der Überlegung, welches immerhin über vier Jahrhunderte Bestand hatte, eine Novellierung angezeigt erscheinen lässt.

Die anhaltende Kritik am Überlegungs-Modell, die bereits oben umrissen wurde und – wenngleich sie nicht immer praktikable Lösungen bereithielt – auch inhaltlich zu überzeugen vermag, lässt eine Rückkehr zu eben jenem Modell wenig erstrebenswert erscheinen.

⁵⁰ Köhne, Fn. 20.

⁵¹ Anders sehen dies freilich Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 15, wenn sie betonen, die Bezeichnungen „Mörder“ und „Totschläger“ seien als „systemfremde Elemente im StGB“ zu entfernen.

Dass das seit 1941 bestehende kasuistische Regelungsmodell der Weisheit letzten Schluss darstellt, soll damit nicht gesagt werden.

Vielmehr gilt es im Folgenden zu überprüfen, inwieweit das derzeitige Modell den Anforderungen eines an Einzelfallgerechtigkeit orientierten Strafrechts in der – in vielerlei Hinsicht komplexen – Gesellschaft des 21. Jahrhunderts gerecht wird.

B. Probleme in der Rechtsanwendung der Gegenwart

Die bestehende Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte knüpft, wie zuvor gezeigt wurde, insoweit an bestehendes Rechtsdenken an, als die grundsätzliche Unterscheidung von Mord und Totschlag beibehalten wurde. Das kasuistische Regelungsmodell nach Stooss, welches dem § 211 StGB zugrunde liegt,⁵² ersetzte dagegen das (zurecht) viel kritisierte Unterscheidungsmerkmal der Überlegung.

Kann eine Reformbedürftigkeit auch nicht aus einem Bruch mit tradiertem Rechtsdenken (Beibehaltung der qualitativen Unterscheidung vorsätzlicher Tötungsdelikte) oder aus der Abschaffung eines bewährten Abgrenzungskriteriums (untaugliches Merkmal der „Überlegung“) hergeleitet werden, so stellt sich doch die Frage nach der Tauglichkeit der bestehenden Regelung für das Strafrecht der Gegenwart.

⁵² Vgl. Fn. 45.

Insbesondere die (umstrittene) inhaltliche Bestimmung einzelner Mordmerkmale sowie die Frage nach der Anwendbarkeit von § 28 I oder II StGB hinsichtlich der Teilnehmerstrafbarkeit sind Konfliktfelder, welche die §§ 211 ff. StGB regelmäßig zum Gegenstand von Reformbestrebungen machen.⁵³ Die Punkte, auf denen das Hauptaugenmerk der Kritik an der bestehenden Regelung liegt, sollen im Folgenden einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.

I. Zur Tatbestandsseite: die Mordmerkmale

Auf Tatbestandsseite⁵⁴ konzentriert sich die Kritik hauptsächlich auf zwei Mordmerkmale: die „sonst niedrigen Beweggründe“ (§ 211 II Gr. 1 Var. 4 StGB) sowie die „Heimtücke“ (§ 211 II Gr. 2 Var. 1 StGB).

Die Folgerungen, die aus der Ablehnung der vorgenannten Merkmale gezogen werden, divergieren freilich. Während zum Teil eine gänzliche Aufgabe des kasuistischen Regelungsmodells – etwa in Form der Streichung

des § 211 StGB⁵⁵ – vorgeschlagen wird, gehen andere Ansätze dahin, das kasuistische Modell durch ein Regelbeispielmodell zu ersetzen, in welchem die „kritischen“ Merkmale keine Berücksichtigung finden.⁵⁶

Die Frage nach dem „richtigen“ Regelungsmodell stellt sich aber nur dann, wenn das bestehende Modell als untauglich „entlarvt“ wurde. Eine genauere Beleuchtung der Merkmale (unter Berücksichtigung der vorgetragenen Kritik) ist daher unumgänglich.

1. Die „sonst niedrigen Beweggründe“ i. S. d. § 211 II Gr. 1 Var. 4 StGB

Dass das Merkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ wegen seiner „Vagheit“⁵⁷ kritisiert wird, vermag kaum zu überraschen.⁵⁸ Aus der Fixierung des Merkmals auf eine „moralisch-wertende Betrachtung“⁵⁹ resultiere eine Abgrenzungsschwäche, die eine einheitliche Rechtsprechungspraxis unmöglich mache.⁶⁰

Dieser Kritik ist freilich zuzugeben, dass die gängige Definition der „Niedrigkeit“ einen Spielraum eröffnet, der wohl bei kaum einem anderen auslegungsbedürftigen Tatbestands-

⁵³ Den in seiner Begründung wohl umfassendsten Reformansatz entwickelte Eser in seinem Gutachten für den 53. Deutschen Juristentag (1980): Eser; Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? ; Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, 1980.

⁵⁴ Sowohl die Tatbestandsseite (sprich: einzelne Mordmerkmale) als auch die Rechtsfolgenseite (starre Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe) sind Gegenstand mannigfaltiger Kritik, vgl. Neumann, in: NK-StGB, 4. Aufl., 2013, Vor § 211, Rdnr. 169.

⁵⁵ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 16.

⁵⁶ Eser, DJT-Gutachten, D 200.

⁵⁷ Rüping, JZ 1979, 617, 620.

⁵⁸ Eser, DJT-Gutachten, D 44 sieht „keinen verlässlichen Maßstab“.

⁵⁹ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 10.

⁶⁰ Neumann, in: NK-StGB, 4. Aufl., 2013, § 211, Rdnr. 26.

merkmal innerhalb des StGB auszumachen ist.

Denn die Frage, wann ein Beweggrund „nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist“,⁶¹ schafft interpretatorisch zu füllende Freiräume. Die Verlockung, die im Gesetz angelegte „moralisch-wertende Betrachtung“ einseitig vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte im Jahre 1941 zu betrachten, ist dementsprechend groß.⁶²

Dass Rechtsanwendung nicht auf Grundlage spezifischer ideologischer Vorurteile erfolgen darf, versteht sich von selbst. Davon zu trennen ist aber die Frage nach einer sittlichen Rückbindung des Strafrechts. Die Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen sowie die Art und Weise der Sanktionierung dürfen getrost als „Spiegelbild des jeweiligen gesellschaftlichen Selbstverständnisses“⁶³ bezeichnet werden. Ohne die Existenz eines bestimmten Selbstverständnisses könnte Recht erst gar nicht gesetzt werden, ihm würde die (hinreichende) Legitimationsbasis fehlen.⁶⁴

Dem gesellschaftlichen Selbstverständnis, dem seinerseits freilich eine wie auch immer geartete „Ethik“ zugrunde liegt, entspricht es, wie unter A. gezeigt wurde, nicht erst seit gestern, spezifische Formen der Tötung als

besonders verwerflich einzustufen. Dass bestimmte sittliche Werte im Laufe der Jahrhunderte (oder auch Jahrzehnte) ihre Bedeutung verlieren bzw. einen Wandel erfahren können, soll damit nicht geleugnet werden.

Aus der Existenz einer multikulturell geprägten Gesellschaft, wie sie durch den Zuzug vieler Bürger mit ausländischer Herkunft entstanden ist, aber zu schlussfolgern, „dass heute nicht mehr wirklich ein gesamtgesellschaftlicher Konsens über sittliche Werte besteht“,⁶⁵ erscheint überzogen. Dies gilt umso mehr, als auch diejenigen, welche das Fehlen eines gesamtgesellschaftlichen Konsenses anmahnen, Kriterien entwickeln, bei deren Vorliegen eine Tötung „aus sonst niedrigen Beweggründen“ anzunehmen sei. So sei ein niedriger Beweggrund regelmäßig dann gegeben, wenn der Täter „nicht einmal bereit ist, ein Minimum an sozialer Verbundenheit mit anderen zu zeigen, sondern diesen nur noch Objektcharakter zuerkennt, weil er so wenig Achtung vor dem Leben anderer empfindet, dass er bereit ist, die Vernichtung des Lebens in Kauf zu nehmen, wann immer es seinem Interesse entspricht“.⁶⁶ Ein „besonderer Egoismus“⁶⁷ des Täters sei maßgeblich. Was aber liegt in dieser Begriffsbestimmung anderes als eine sittlich-ethische Grundhaltung? Möglicherweise engt die Forderung eines spezifischen Egoismus den Anwendungsbereich des § 211 II Gr. 1 Var. 4 StGB geringfügig

⁶¹ BGH, NJW 2002, 382, 383.

⁶² So offenbar Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 10.

⁶³ Kindhäuser, AT, 6. Aufl., 2013, § 1, Rdnr. 8.

⁶⁴ Treffend insoweit Eser, DJT-Gutachten, D 40 (dort: Fn. 84).

⁶⁵ Köhne, Jura 2008, 805, 808; ähnlich Otto, JZ 2002, 567.

⁶⁶ Otto, JZ 2002, 567, 568.

⁶⁷ Otto, Fn. 66.

gig ein. Von der sittlichen Fundierung des Merkmals weicht aber auch sie nicht ab.

Dass mit § 211 II Gr. 1 Var. 4 StGB eine Art „Generalklausel“⁶⁸ geschaffen wurde, ist auch (und insbesondere) der Vielfalt menschlicher Handlungsantriebe geschuldet. Steht ein „sonst niedriger Beweggrund“ im Raum, ist stets eine Gesamtwürdigung – im Hinblick auf die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse sowie die Persönlichkeit des Täters – vorzunehmen.⁶⁹

Bemerkenswert ist, dass die (höchstrichterliche) Rechtsprechung zu den niedrigen Beweggründen ganz überwiegend auf Zustimmung stößt,⁷⁰ obschon sich das Merkmal als solches fortwährend heftiger Kritik ausgesetzt sieht. Wenn die Forderung laut wird, die Rechtsprechung müsse, da die Vorschrift von „sonst niedrigen Beweggründen“ ausgeht, regelmäßig prüfen, ob der festgestellte (unbenannte) Tatantrieb ebenso verwerflich sei wie die im Gesetz benannten Beweggründe,⁷¹ so entbehrt dieses Vorbringen freilich nicht einer gewissen (dogmatischen) Logik. Ob das explizite Abstellen auf die qualitative Vergleichbarkeit des unbenannten Tatantriebs mit den benannten Beweggründen indes zu abweichenden Ergebnissen führen

würde, darf bezweifelt werden.⁷² Der Begründungsaufwand zur Herstellung einer solchen Gleichwertigkeit dürfte sich regelmäßig in Grenzen halten.

Jedenfalls überraschend ist das Ansinnen von DECKERS/FISCHER/KÖNIG/BERNSMANN, welche „das im Grundsatz uferlose Mordmerkmal der ‚niedrigen Beweggründe‘“⁷³ zur Gänze ablehnen, um dann dem Tatrichter im Rahmen des § 212 StGB einen Zumessungsrahmen an die Hand zu geben, der sich zwischen zeitiger Freiheitsstrafe von fünf Jahren und lebenslanger Freiheitsstrafe bewegt. Damit stellt sich aber die Frage, ob nicht schlicht die (kritisierte) Uferlosigkeit auf Tatbestandsseite durch eine Uferlosigkeit auf Rechtsfolgenseite ersetzt wird.⁷⁴

Festzuhalten ist daneben, dass die aufgezeigten (alternativen) Begriffsbestimmungen – Abstellen auf Egoismus;⁷⁵ Vergleichbarkeit mit benannten Beweggründen⁷⁶ – tatsächlich kaum zu einer klareren Konturierung des Merkmals beitragen würden.

Eine (vermeintliche) Uferlosigkeit auf Tatbestandsseite durch eine (tatsächliche) Uferlo-

⁶⁸ Eser/Sternberg-Lieben, in: S/S, 29. Aufl., 2014, § 211, Rdnr. 18; Schneider, in: MüKO-StGB, 2. Aufl., 2012, § 211, Rdnr. 70.

⁶⁹ BGH, NJW 1981, 1382.

⁷⁰ Dies einräumend Otto, JZ 2002, 567.

⁷¹ Köhne, Jura 2008, 805, 810; angedeutet von BGHSt 41, 358, 362.

⁷² Zur qualitativen Gleichwertigkeit bestimmter Tatantriebe mit den gesetzlich benannten Beweggründen (unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH) vgl. Eschelbach, in: BeckOK StGB, § 211, Rdnr. 30.1.

⁷³ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NSTZ 2014, 9, 15.

⁷⁴ Auf die Rechtsfolgenseite wird noch gesondert einzugehen sein.

⁷⁵ Otto, Fn. 66.

⁷⁶ Köhne, Fn. 71.

sigkeit auf Rechtsfolgenseite zu ersetzen, erscheint kaum attraktiver.

Die Schaffung eines Regelbeispielmodells unter Auslassung der „niedrigen Beweggründe“⁷⁷ sorgt ebenfalls nur vordergründig für eine Verbesserung. Der Kern der Regelbeispiel-Technik liegt nun einmal darin, dass – neben den benannten Fällen – auch unbenannte (und vergleichbare) besonders schwere Fälle Berücksichtigung finden können. Zur Bestimmung dieser unbenannten Fälle würde die Rechtsprechung aber primär auf die zu den „niedrigen Beweggründen“ entwickelten Grundsätze zurückgreifen.

Festzuhalten bleibt, dass die aufgezeigten Alternativ-Lösungen – jedenfalls im Hinblick auf das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe – allesamt wenig zu überzeugen wissen.

2. Die „Heimtücke“ i. S. d. § 211 II Gr. 2 Var. 1 StGB

Nach gängiger Definition tötet heimtückisch, wer die Arg- und daher Wehrlosigkeit des Opfers in feindseliger Willensrichtung ausnutzt.⁷⁸

Das Merkmal der Heimtücke hat in der Rechtsprechungspraxis eine erhebliche Bedeutung.⁷⁹ Nicht zuletzt deshalb ist es immer wieder Gegenstand kritischer Betrachtung.

⁷⁷ Eser, DJT-Gutachten, D 200.

⁷⁸ Eisele, BT 1, 2. Aufl., 2012, Rdnr. 93 (m. w. N.).

⁷⁹ Eser/Sternberg-Lieben, in: S/S, 29. Aufl., 2014, § 211, Rdnr. 22.

So hatte sich das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1977 mit der Frage zu befassen, inwieweit die starre Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe bei Begehung einer heimtückischen Tötung dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht wird.⁸⁰ Letztlich forderten die Karlsruher Verfassungsrichter eine restriktive Handhabung des Merkmals,⁸¹ ohne sich freilich darauf festzulegen, wie die Restriktion im Einzelnen auszusehen habe.⁸²

Einigkeit besteht insoweit, als Tötungen, welche zwar an einem arg- und dementsprechend wehrlosen Opfer, jedoch in der Absicht erfolgen, dem Opfer etwas „Gutes“ zu tun, kein heimtückisches Handeln i. S. d. § 211 StGB darstellen sollen.⁸³ Beispielhaft sind insoweit die aus Mitleid erfolgte Vergiftung eines Todkranken sowie die gleichfalls mitleidsbedingte Tötung Familienangehöriger im Rahmen eines Suizidversuchs zu nennen.⁸⁴

Erreicht wird diese Restriktion über das Erfordernis des Handelns in feindseliger Willensrichtung.

So groß die Einigkeit hinsichtlich dieses Erfordernisses ausfällt, so weit gehen die Mei-

⁸⁰ BVerfGE 45, 187.

⁸¹ BVerfGE 45, 187, 261.

⁸² BVerfGE 45, 187, 267.

⁸³ BGHSt 9, 385, 390; Lackner/Kühl, 27. Aufl., 2011, § 211, Rdnr. 6a; Eisele, BT 1, 2. Aufl., 2012, Rdnr. 106.

⁸⁴ Eisele, Fn. 83.

nungen im Hinblick auf weitere Restriktionen auseinander.⁸⁵

Zahlreiche Autoren verlangen zur Bejahung heimtückischen Handelns das Vorliegen eines besonderen Vertrauensbruchs.⁸⁶ Die Popularität dieses Ansatzes erstaunt angesichts des Umstandes, dass zwischen einem aus dem Hinterhalt agierenden Attentäter und seinem Opfer in den seltensten Fällen eine besondere und damit belastbare Vertrauensbeziehung bestehen dürfte, sodass der klassische Fall des „Meuchelmordes“ zur Gänze aus dem Anwendungsbereich des § 211 StGB herausfallen würde.⁸⁷

Innerhalb des Lagers derjenigen, welche einen Vertrauensbruch fordern, macht ein besonders restriktiver Ansatz auf sich aufmerksam, nach welchem Heimtücke nur dann vorliegen soll, wenn der Täter gezielt ein Vertrauensverhältnis aufbaut, um dieses anschließend zur Tötung auszunutzen.⁸⁸ Der Heimtücke-Mord wird dadurch – quasi en passant – zum zweiaktigen Delikt umfunktionierte. Eine solche Interpretation ist nicht nur schwerlich mit dem Wortlaut des § 211 StGB vereinbar, sie verlagert das Unrecht auch in den Bereich der absichtsvollen Pla-

nung, was mit dem Wesen der Heimtücke als ein die *Ausführung* der Tat charakterisierendes („objektives“) Merkmal kaum in Einklang zu bringen ist.⁸⁹

Schließlich wird vertreten, dass Heimtücke neben der Heimlichkeit der Tötung stets das Ausnutzen sozial-ethisch positiver Verhaltensmuster voraussetze.⁹⁰ Dieser Ansatz erfasst, da er nicht zwingend einen verwerflichen Vertrauensbruch voraussetzt, im Ausgangspunkt mehr Konstellationen als die vorgenannten (Alternativ-)Auffassungen. Letztlich greift aber auch er auf vertrauensstiftende Verhaltensmuster zurück, die wiederum zur Ausklammerung von Tötungshandlungen aus dem Anwendungsbereich des § 211 StGB führen, die – wie etwa der „Meuchelmord“ – „nach sozialetischer Wahrnehmung (...) höchst strafwürdig sind“.⁹¹

Die Versuche, das Heimtücke-Merkmal zu modifizieren bzw. ihm ein gänzlich neues Gepräge zu geben, erfolgen freilich in der Absicht, „einen unmittelbar einleuchtenden Sachgrund für die im Vergleich mit dem Totschlag (§ 212) erhebliche Strafbarkeitssteigerung“⁹² zu kreieren.

⁸⁵ Übersichtlich zu alternativen Heimtückekonzeptionen *Schneider*, in: MüKO-StGB, 2. Aufl., 2012, § 211, Rdnrn. 196 ff.

⁸⁶ *Jakobs*, JZ 1984, 996, 997 f.; *Langer*, JR 1993, 134, 139 f.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: S/S, 29. Aufl., 2014, § 211, Rdnr. 26 f. (m. w. N.).

⁸⁷ Dies kritisierend auch *Eisele*, BT 1, 2. Aufl., 2012, Rdnr. 107; *Schneider*, in: MüKO-StGB, 2. Aufl., 2012, § 211, Rdnr. 201.

⁸⁸ *Jakobs*, JZ 1984, 996, 997 f.

⁸⁹ Ähnlich *Schneider*, in: MüKO-StGB, 2. Aufl., 2012, § 211, Rdnr. 202.

⁹⁰ *Meyer*, JR 1979, 485, 487; zustimmend offenbar *Sinn*, in: SK, § 211, Rdnr. 44.

⁹¹ Treffend *Schneider*, in: MüKO-StGB, 2. Aufl., 2012, § 211, Rdnr. 205.

⁹² *Langer*, JR 1993, 134, 140.

Die Frage, die nun im Rahmen dieses Beitrags interessiert, ist schlicht die, ob eine Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte eine Veränderung dergestalt bewirken würde, dass der Streit um die Auslegung des Heimtücke-Merkmals obsolet und die Rechtslage – unter besonderer Berücksichtigung der Schaffung von Einzelfallgerechtigkeit – eine befriedigende(re) würde.

Obsolet würde der Streit freilich im Falle der Streichung des Mordparagraphen unter gleichzeitiger Erweiterung des Strafzumessungsrahmens im Rahmen des § 212 StGB.⁹³

Angesichts der bereits angemahnten Uferlosigkeit auf Rechtsfolgenseite, welche eine entsprechende Reform mit sich bringen würde, erscheint diese Konzeption aber nicht geeignet, zur Schaffung einer befriedigenderen Rechtslage beizutragen.

Die Berücksichtigung des Heimtücke-Merkmals im Rahmen eines Regelbeispielmodells, wonach ein besonders schwerer – zur Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe führender – Fall u. a. dann vorliegen soll, wenn der Täter „das Vertrauen des Opfers oder einer Schutzperson arglistig erschlichen oder bestärkt hat“,⁹⁴ engt den Anwendungsbereich des Merkmals bzw. Regelbeispiels zwar drastisch ein. Doch vermag die Ausklammerung von Fällen, in denen vor der Tötung gerade keine Vertrauensbeziehung aufgebaut wurde

(„Meuchelmord“), wenig zu überzeugen.⁹⁵ Denn gerade die Tötung eines fremden, arg- und wehrlosen Opfers aus dem Hinterhalt offenbart eine besondere Gefährlichkeit und wird seit jeher⁹⁶ als besonders verwerflich eingestuft.

Noch weiter geht der Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben).⁹⁷ Auch hier wird die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe an das Vorliegen spezifischer Regelbeispiele geknüpft. Die im Entwurf genannten Regelbeispiele knüpfen wiederum – ausweislich des klaren Wortlauts – an die Bedrohung der „Lebenssicherheit der Allgemeinheit“⁹⁸ an. Das Mordmerkmal der Heimtücke weise aber keine „unrechtserhöhende Gemeinschaftsbedrohlichkeit“ auf, sodass es auch im Rahmen der Regelbeispiele nicht berücksichtigt werden könne.⁹⁹

Es ist bereits fraglich, inwieweit die Tötung „zum Zwecke der sexuellen Erregung“ oder die Tötung „um des Tötens willens“¹⁰⁰ die Lebenssicherheit der Allgemeinheit in unrechtserhöhender Weise bedrohen, während der

⁹³ Vgl. erneut *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 ff.

⁹⁴ *Eser*, DJT-Gutachten, D 200.

⁹⁵ *Eisele*, BT 1, 2. Aufl., 2012, Rdnr. 107; *Wessels/Hettinger*, 37. Aufl., 2013, Rdnr. 122.

⁹⁶ Schon im germanischen Rechtsdenken galt die sowohl die „heimliche“ als auch die mit „unehrlichen Waffen“ (Gift) ausgeführte Tötung als besonders verwerflich, vgl. unter A.II.

⁹⁷ Der Entwurf wurde vom Arbeitskreis AE, einer aus deutschen, österreichischen und schweizerischen Strafrechtslehrern bestehenden Arbeitsgruppe, im Jahre 2008 vorgelegt; vgl. *Heine et al.*, GA 2008, 193 ff.

⁹⁸ *Heine et al.*, GA 2008, 193, 200.

⁹⁹ *Heine et al.*, GA 2008, 193, 211.

¹⁰⁰ Vgl. zu den Regelbeispielen Fn. 98.

Meuchelmord diese Lebenssicherheit offenbar nicht tangiert.

Daneben stellt sich prinzipiell die Frage, ob ein Verzicht auf das Heimtücke-Merkmal erstrebenswert erscheint. Diese Frage wurde aber bereits zuvor – im Rahmen der Diskussion unterschiedlicher Heimtücke-Konzeptionen – verneint.

Auch hinsichtlich des Mordmerkmals der Heimtücke ist damit (derzeit) keine Konzeption erkennbar, die zur Schaffung einer befriedigenderen Rechtslage beitragen würde.

II. Die Anwendbarkeit des § 28 StGB

Dass der zwischen Rechtsprechung und Literatur seit Jahrzehnten ausgefochtene Streit um das Verhältnis der §§ 211, 212 StGB nicht nur akademischer Natur ist, zeigt sich, wenn es darum geht, die Teilnehmerstrafbarkeit im Rahmen der §§ 211, 212 StGB zu bestimmen.¹⁰¹

Betrachtet man (mit der Literatur) das Verhältnis von Totschlag und Mord als das von Grunddelikt und Qualifikation, so wirken die (subjektiven) Mordmerkmale strafscharfend i. S. d. § 28 II StGB. D. h., dass die Strafschärfung nur bei demjenigen Beteiligten (Täter oder Teilnehmer) eintritt, bei welchem das Merkmal auch vorliegt.

Der Waffenlieferant eines aus Habgier tötenden Täters ist also, sofern er selbst nicht aus Habgier handelt oder ein anderes subjektives Mordmerkmal in seiner Person aufweist, nur wegen Beihilfe zum Totschlag (§§ 212 I, 27 StGB) zu bestrafen.

Betrachtet man die §§ 211, 212 StGB dagegen (mit der Rechtsprechung) als völlig eigenständige Tatbestände, die in keinerlei Qualifikationsverhältnis stehen, so wirken die (subjektiven) Mordmerkmale strafbegründend i. S. d. § 28 I StGB. Gemäß § 28 I StGB ist die Strafe des Teilnehmers, welcher das strafbegründende besondere persönliche Merkmal selbst nicht aufweist, nach § 49 I StGB zu mildern.

Der Waffenlieferant leistet danach Beihilfe zum Mord (§§ 211 I, II, 27 StGB), wobei seine Strafe nach § 49 I StGB zu mildern ist.

Zuzugeben ist, dass die Streichung des § 211 StGB¹⁰² die oben dargelegte Problematik blitzartig aus der Welt schaffen würde. Zu fragen wäre regelmäßig nur, ob jemand Teilnehmer einer Tat nach § 212 StGB ist.

Die Attraktivität dieser Lösung ist aber mit Blick auf die auf Rechtsfolgenseite erzeugte Uferlosigkeit nicht allzu groß. Der „Gewinn“, das Verhältnis der §§ 211, 212 StGB nicht mehr bestimmen zu müssen, wiegt die eintretende Uferlosigkeit nicht auf.

¹⁰¹ Umfassend zum Streitstand *Eser/Sternberg-Lieben*, in: S/S, 29. Aufl., 2014, § 211, Rdnrn. 44 ff.

¹⁰² *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 ff.

Ferner ist zu beachten, dass auch der BGH – wenngleich unter Heranziehung dogmatisch fragwürdiger Konstruktionen („gekreuzte Mordmerkmale“)¹⁰³ – im Endeffekt zumeist zu verträglichen Ergebnissen gelangt.

Schließlich deutet sich auch in der Rechtsprechung des BGH ein Wandel an. So hat der 5. Strafsenat im Jahre 2006 in einem obiter dictum zu verstehen gegeben, dass die Kritik an der gefestigten BGH-Rechtsprechung zum Verhältnis der §§ 211, 212 durchaus ihre Berechtigung habe und dass vieles für die Literaturansicht spreche.¹⁰⁴ Freilich bleibt abzuwarten, ob dieser Ansatz in nächster Zeit weiterverfolgt wird.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass allein die Meinungsverschiedenheiten rund um die (richtige) Anwendung des § 28 StGB eine Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte nicht zu rechtfertigen vermögen.

III. Zur Rechtsfolgenseite

Die starre Strafandrohung des § 211 (I) StGB („Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“) bringt es mit sich, dass eine – nach Maßgabe des § 46 StGB grundsätzlich vorzunehmende – Strafzumessung nicht erfolgt. Dies wird im Hinblick auf das verfassungsrechtlich verankerte Schuldprin-

zip (Art. 1 I, 2 I, 20 III GG) als nicht unproblematisch erachtet.¹⁰⁵

Insbesondere anhand der so genannten „Haustyrannen-Fälle“¹⁰⁶ wird deutlich, dass die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe zum Teil unverhältnismäßig erscheint. Unrechts- und Schuldgehalt weisen hier vielmehr in eine andere Richtung.

Diesem Umstand hat sich der BGH angenommen und die so genannten Rechtsfolgenlösung entwickelt, die – allerdings nur hinsichtlich des Heimtücke-Merkmals – über eine entsprechende Anwendung des § 49 I Nr. 1 StGB zu schuldangemessenen Ergebnissen führen soll.¹⁰⁷

Dieses rechtsfortbildende Vorgehen (contra legem) sieht sich freilich der Kritik ausgesetzt, dass über die analoge Anwendung des § 49 I Nr. 1 StGB ein Mindeststrafrahmen eröffnet wird (drei Jahre), der den Mindeststrafrahmen des § 212 I StGB (fünf Jahre) sogar noch unterbietet.¹⁰⁸

Umgeht man diesen Wertungswiderspruch, indem man das Mindeststrafmaß aus § 212 I StGB bei analoger Anwendung des § 49 I

¹⁰³ Nach Eser/Sternberg-Lieben, in: S/S, 29. Aufl., 2014, § 211, Rdnr. 54c ist das von der Konstruktion der gekreuzten Mordmerkmale verfolgte Ziel „schwerlich zu missbilligen“.

¹⁰⁴ BGH, NJW 2006, 1008, 1012 f.

¹⁰⁵ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 15; Eisele, BT 1, 2. Aufl., 2012, Rdnr. 66; Schneider, in: MüKO-StGB, 2. Aufl., 2012, § 211, Rdnr. 275.

¹⁰⁶ Die über Jahre hinweg gedemütigte und erniedrigte Frau tötet den schlafenden Gatten und verwirklicht, da der Gatte seine Arglosigkeit mit in den Schlaf genommen hat, das Mordmerkmal der Heimtücke.

¹⁰⁷ BGHSt 30, 105 ff.

¹⁰⁸ Eisele, BT 1, 2. Aufl., 2012, Rdnr. 72.

Nr. 1 StGB als unterste Grenze betrachtet,¹⁰⁹ so stellt sich freilich die Frage, weshalb die Analogie auf das Merkmal der Heimtücke beschränkt bleiben muss.¹¹⁰

Bei allem Korrekturbedarf muss festgehalten werden, dass die grundsätzlich zulässige richterliche Rechtsfortbildung eine klare Abweichung vom Gesetz darstellt. § 211 StGB ist in seiner zwingenden Anordnung lebenslanger Freiheitsstrafe derart eindeutig, dass es mehr als fraglich erscheint, ob das verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzesbindung (Art. 20 III GG) gewahrt wird.¹¹¹

Alternativ könnte dem § 211 ein Absatz 3 angefügt werden, der einen minder schweren Fall des Mordes mit entsprechend herabgesetztem Strafraum vorsieht.¹¹²

Dass ein Korrekturbedarf im Hinblick auf die starre Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe besteht, kann angesichts der Vielgestaltigkeit des menschlichen Lebens kaum geleugnet werden. Auch das Handeln, welches unter eines der gesetzlich verankerten Mordmerkmale zu subsumieren ist, kann im Einzelfall von Motiven, Erwägungen und sonstigen Impulsen geleitet bzw. beeinflusst sein, die im Rahmen des (ebenfalls mit lebenslan-

ger Freiheitsstrafe bedrohten) Totschlags in einem besonders schweren Fall (§ 212 II StGB) unzweifelhaft als strafmildernd zu berücksichtigen wären. Ob in der gesetzlichen Ungleichbehandlung von Mord und dem besonders schweren Fall des Totschlags tatsächlich ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liegt,¹¹³ soll hier nicht weiter erörtert werden. Deutlich wird jedenfalls, dass die derzeitige Gesetzeslage der konsequenten Umsetzung des Prinzips schuldangemessener Bestrafung entgegensteht.

Die Einführung einer Milderungsmöglichkeit im Rahmen des § 211 StGB¹¹⁴ erscheint dabei insbesondere unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten das geeignetste Mittel, um Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen.

C. Fazit

Die Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte gehört zu den umstrittensten Materien des deutschen Strafrechts.

Sowohl die Entstehungsgeschichte der Vorschriften als auch etliche Streitfragen in der Rechtsanwendung der Gegenwart machen die §§ 211 ff. StGB regelmäßig zum Gegenstand von Reformbestrebungen.

Dass in der Formulierung der Tatbestände auf die Bezeichnungen „Mörder“ und „Totschläger“ zurückgegriffen wurde, ist der (nationalsozialistischen) Bestrebung geschuldet,

¹⁰⁹ Dafür *Eisele*, Fn. 109.

¹¹⁰ Für eine entsprechende Anwendung des § 49 I Nr. 1 StGB bei sämtlichen Mordmerkmalen etwa *Schneider*, in: MüKO-StGB, 2. Aufl., 2012, § 211, Rdnr. 275.

¹¹¹ Kritisch daher *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, § 211, Rdnr. 121.2.

¹¹² *Mitsch*, JZ 2008, 336, 340.

¹¹³ So *Mitsch*, JZ 2008, 336, 339.

¹¹⁴ *Mitsch*, Fn. 112.

spezifische Feindbilder und Vorurteile auch im Strafrecht zu verankern. In der Rechtspraxis der Bundesrepublik spielte und spielt die Idee vom „Tätertyp“ dagegen keine Rolle.

Daneben entspricht es seit jeher sozial-ethischen Überzeugungen, dass zwischen qualifizierten und minderqualifizierten Verbrechen am Leben zu differenzieren ist. Im Hinblick auf die insoweit herangezogenen Abgrenzungskriterien sind freilich epochal bedingte Unterschiede auszumachen, die aber häufig – man denke nur an die besondere Verwerflichkeit der Tötung durch Gift nach germanischem Recht einer- und das Mordmerkmal der Heimtücke andererseits – einen gemeinsamen Kern aufweisen.

Die Probleme in der Rechtsanwendung der Gegenwart sind nicht zu übersehen. Während auf Tatbestandsseite die Auslegung der Mordmerkmale nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet, sieht sich auf Rechtsfolgenseite die starre Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe (berechtigter) Kritik ausgesetzt.

Die Auslegungsschwierigkeiten, die im Rahmen dieses Beitrags anhand der besonders umstrittenen Merkmale der „sonst niedrigen Beweggründe“ sowie der „Heimtücke“ aufgezeigt wurden, würden aber durch eine Reform bloß durch neue – eher schwerwiegendere – Problematiken ersetzt.

Nicht zu leugnen ist dagegen eine Reformbedürftigkeit im Hinblick auf die in § 211 StGB

zwingend angeordnete Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe. Die verfassungsrechtliche Vorgabe schuldangemessener Bestrafung gebietet mehr als eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale.

Die Einführung einer Milderungsmöglichkeit – etwa in Form eines § 211 III StGB – erscheint insoweit als erstrebenswertes Reformvorhaben.

Eine gänzliche Neuordnung der Vorschriften – sei es in Form eines Einheitstatbestandes oder in Form eines Regelbeispielmodells – ist dagegen nach hier vertretener Auffassung nicht angezeigt. Die bestehende Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte hat sich, wenngleich sie sich umfassender und teils vernichtender Kritik ausgesetzt sah und sieht, bewährt. Sie bedarf schlicht einer „Nachjustierung“ auf Rechtsfolgenseite.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Auf der Suche nach
besten Perspektiven?



Wir sind eine unabhängige partnerschaftlich strukturierte Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 60 Berufsträgern in Stuttgart. Unsere Kernkompetenz ist die wirtschaftsrechtliche Beratung von Unternehmen und Unternehmern sowie der öffentlichen Hand. Wir bilden

Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

Von Ihnen erwarten wir ein hervorragendes juristisches Fachwissen, gute Englischkenntnisse, Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge sowie Team- und Sportsgeist. Im Rahmen einer Nebentätigkeit bieten wir eine attraktive Vergütung.

Möchten Sie in einem Team mitarbeiten, das Ihnen ausgezeichnete Perspektiven bietet? Dann sind Sie bei uns richtig. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung an Frau Sandra Vollmann, Menold Bezler Rechtsanwälte, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, Sandra.Vollmann@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

KLAUSUR ZIVILRECHT

Moritz Stilz und Julia Zaiser*

„Ein Bootskauf mit Folgen“

Übungsklausur für Anfänger

V aus Konstanz erstellte bei der Auktionsplattform eBay eine Auktion, in der er sein gebrauchtes Motorboot nebst Bootsanhänger zu einem Startpreis von 1 Euro anbot. Er beschrieb es unter der Überschrift „Produktbeschreibung“ wie folgt:

Das Boot ist ein Holzboot mit Kunststoffüberzug über dem Rumpf. Das hat den Vorteil, dass es dicht ist und man weniger Pflegeaufwand hat. Es ist ein schönes kleines Wanderboot, nix für Raser. Auf dem Boot kann man zu zweit schlafen und ein Kind hat auch noch Platz. Es verfügt über genügend Stauraum für längere Entdeckungstouren ... und es gehört auch ein Anhänger dazu auf dem man das Boot transportieren kann. Man kann also mit dem Boot auch auf Reisen gehen ... Lieferung: Das Boot muss in Konstanz abgeholt werden. Die Gewährleistung für Mängel ist ausgeschlossen.

K aus Konstanz gab das Höchstgebot mit 2.500 Euro ab. Der objektive Zeitwert des

* Moritz Stilz ist Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanz- und Steuerrecht (Prof. Dr. Seiler) an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen sowie Rechtsreferendar am Landgericht Tübingen. Julia Zaiser ist Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Insolvenzrecht (Prof. Dr. Marotzke) an selbiger Fakultät.

Bootes im mangelfreien Zustand betrug 1.400 Euro. Der Wert des Anhängers beträgt 200 Euro.

K holte das Boot am 01.02.2014 ab, zahlte den Kaufpreis und ließ das Boot begutachten. Dabei stellte sich heraus, dass das Boot in seiner Holzsubstanz durch Schimmelbildung stark beschädigt und daher im gegenwärtigen Zustand nicht mehr seetauglich war; allenfalls war es möglich, den Schaden mit einem Aufwand von 12.900 Euro zu reparieren. Dieser Mangel war für V als Laien nicht erkennbar.

K erklärte daraufhin am 20.02.2014 den Rücktritt vom Vertrag und forderte V auf, den Kaufvertrag rückabzuwickeln. Danach überführte er das Boot nach Usedom, um es dort unterzustellen. Hierauf erwiderte V am 26.02.2014, er sei keineswegs bereit, den Kaufvertrag rückabzuwickeln. Zum einen sei die Gewährleistung ausgeschlossen und zum anderen habe K die ihm vor Vertragsschluss eingeräumte Möglichkeit, das Boot zu besichtigen, nicht genutzt. V stellte dabei nicht in Abrede, dass der Schimmelbefall, sofern denn ein solcher vorlag, schon bei Übergabe des Bootes gegeben war.

Am 01.03.2014 erklärte K nochmals den Rücktritt und forderte V erneut auf, den Kaufvertrag rückabzuwickeln. Hierauf zeigte V keine Reaktion. Anschließend forderte K am 20.04.2014 den V auf, den Mangel zu beseitigen. Er bot an, V könne das Boot auf

Usedom besichtigen. V bestand aber darauf, es in Konstanz anzusehen und etwaige Mängel zu beheben. Es kam dann zu keiner Besichtigung.

Daraufhin schrieb K an V am 29.04.2014, dass er an seinem Rückabwicklungsbegehren festhalten werde. Als V das Schreiben erhielt, saß V gerade mit D zusammen. V hat gegen D einen Anspruch auf Zahlung von 2.500 Euro. Entnervt schlug er vor, dass D doch einfach dem ihm bekannten K die 2.500 Euro für ihn bezahlen solle. Am 30.04.2014 änderte V seine Meinung und schrieb einen Brief an D, in dem er ihn anwies, nicht an K zu bezahlen. Er warf den Brief bei D am gleichen Tag in den Briefkasten. D übersah den Brief und zahlt am 05.05.2014 an K.

Hat V gegen K einen Anspruch auf Rückzahlung der 2.500 Euro?

Bearbeitungshinweis:

1. Gehen Sie davon aus, dass das letzte Wort gesprochen ist. Die Parteien werden keine weiteren Einwendungen, Einreden oder sonstiges erheben. Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen einzugehen. Falls sich Fragen nach Ihrem Lösungsweg nicht stellen, so sind diese in einem Hilfgutachten zu erörtern.

2. Bei eBay handelt es sich um eine Internet-Plattform, bei der dort angemeldete natürliche und juristische Personen (Mitglieder) unter selbst gewählten Namen auftreten und Artikel zum „Ersteigern“ durch andere Mitglieder anbieten können. Der Anbieter gibt dabei einen Startpreis und eine

Laufzeit (Auktionszeitraum) vor; der „Zuschlag“ wird demjenigen Mitglied erteilt, das innerhalb des Auktionszeitraums als Letztes das höchste Gebot abgegeben hat.

Lösung

Anspruch des V gegen K gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB

Fraglich ist, ob V gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der 2.500 Euro gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB hat. Hierzu müsste K durch Leistung des V und ohne rechtlichen Grund etwas erlangt haben.

I. Etwas erlangt

K hat das Eigentum an den 2.500 Euro erlangt, also mithin „etwas“ i. S. v. § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB.

II. Durch Leistung des V

Weitere Voraussetzung ist, dass K die 2.500 Euro „durch Leistung“ des V erlangt hat. Vorliegend hat V den D angewiesen, K die 2.500 Euro für ihn zu bezahlen. Es handelt sich hierbei um eine Anweisung als Tilgungsbestimmung, die von dem Angewiesenen überbracht wird.¹

a) Wirksamer Widerruf der Anweisung

V hat seine Anweisung jedoch am 30.04.2014 per Brief widerrufen. Allerdings hat D den

¹ Vgl. hierzu Lorenz, JuS 2003, 729 (730).

Widerruf übersehen und dennoch an K gezahlt. Es ist daher fraglich, ob der Widerruf der Anweisung vorliegend überhaupt wirksam geworden ist. Der Widerruf einer Anweisung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Angewiesenen.² Nach § 130 Abs. 1 BGB wird eine Willenserklärung unter Abwesenden wirksam, sobald sie dem Erklärungsempfänger zugegangen ist. Eine Willenserklärung gilt als zugegangen, sobald sie in der Weise in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen von ihr Kenntnis nehmen kann.³ Mit Einwurf in den Briefkasten gelangt die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers, allerdings gilt sie erst als zugegangen, sofern und sobald nach der Verkehrsanschauung mit der Leerung zu rechnen ist; also jedenfalls nicht nachts oder sonntags, aber während krankheits- und urlaubsbedingter Abwesenheit.⁴ V hat den Brief am 30.04.2014 in den Briefkasten des D geworfen. Es kann nach der Verkehrsanschauung damit gerechnet werden, dass der D seinen Briefkasten bis zum 05.05.2014 geleert hat. Der Widerruf der Anweisung ist dem D daher zugegangen und mithin wirksam geworden.

b) Leistung des V trotz Widerruf

Problematisch ist daher, ob die Güterbewegung dem V trotz des Widerrufs der Anweisung zugerechnet werden kann. Grundsätzlich ist unter einer Leistung i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB nach ganz herrschender Meinung die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen.⁵ Das Erfordernis der zweckbestimmten Vermögensmehrung ist vor allem für den Bereicherungsausgleich bei einer Beteiligung von drei oder mehr Personen von Bedeutung.⁶ Hierbei ist anhand der von den Beteiligten verfolgten Leistungszwecke zu ermitteln, zwischen welchen Personen Leistungsverhältnisse bestehen.⁷ Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang der subjektive Leistungsbegriff vertreten, wonach allein die Willensrichtung des Leistenden entscheidend sein soll.⁸ Falls der Anweisende die Anweisung widerrufen habe, so sei die Güterbewegung nicht mehr von seinem Willen getragen, es komme in solchen Fällen folglich allein eine Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB) in Frage.⁹ Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre in der Literatur sind hingegen der Auffassung, es komme bei Zweifeln über das Vorliegen eines Leistungsverhältnisses auf die Sicht des Be-

² Schulze, Schulze BGB, 8. Aufl. 2014, § 790 Rn. 1.

³ BGHZ 67, 271 (275); BGH, NJW 2004, 1320 (1321); Einsele, MüKO BGB, 6. Aufl. 2012, § 130 Rn. 9; Wendtland, BeckOK BGB, 32. Ed. 2014, § 130 Rn. 26.

⁴ BGH, NJW 2008, 843 (843); Mansel, Jauernig BGB, 15. Aufl. 2014, § 130 Rn. 5.

⁵ BGHZ 40, 272 (277); 56, 228 (240); BGH, ZIP 1994, 1098 (1099); Schwab, MüKO BGB, 6. Aufl. 2012, § 812 Rn. 41.

⁶ Stadler, Jauernig BGB, 15. Aufl. 2014, § 812 Rn. 7.

⁷ Kropholler/Jacoby/Hinden, Studienkommentar BGB, 14. Aufl. 2013, § 812 Rn. 19.

⁸ RGZ 98, 64 (64 ff.); Staake, WM 2005, 2111 (2120).

⁹ Staake, WM 2005, 2111 (2120).

reicherten, also auf den Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) an.¹⁰ Das Leistungsverhältnis soll also zwischen dem Bereicherten und demjenigen bestehen, als dessen Leistung er das ihm Zugewandte bei verständiger Würdigung auffassen musste.¹¹ Für diese Ansicht spricht entscheidend, dass der Empfänger vor unerwarteten Rückforderungen geschützt werden muss, während der Leistende weniger schutzwürdig erscheint, denn der Zuwendende kann schließlich deutlich machen, welchen Zweck er mit seiner Leistung verfolgt.¹² Entscheidend ist daher, ob aus Sicht des K als Leistungsempfänger die Zahlung als Leistung des V erschien. Hierbei können die Auslegungsregeln von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) auch auf die Anweisung als Tilgungsbestimmung, als „geschäftähnliche Handlung“, Anwendung finden.¹³ Falls K bei Empfang der Leistung keine Kenntnis von dem Widerruf hat, so bestünde nach § 133 BGB keine Leistung des V, da K in diesem Fall darum wissen würde, dass die Zahlung nicht (mehr) vom Willen des V getragen wäre. Wenn K jedoch nicht um den Widerruf des V weiß, erscheint die Zahlung für ihn nach § 157 BGB als Leistung des V. Hier hatte K keine Kenntnis von dem Widerruf der Anweisung, er musste daher die Zah-

lung des D als Leistung des V auffassen. Folglich muss sich V die Zahlung der 2.500 Euro, trotz seines wirksamen Widerrufs, als Leistung i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB zu rechnen lassen.

c) Zwischenergebnis

K hat die 2.500 Euro durch Leistung des V erlangt.

III. Ohne Rechtsgrund

Ferner müsste die Vermögensverschiebung ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Rechtsgrund könnte ein etwaiger Anspruch auf Rückgewähr der 2.500 Euro gemäß §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 ff., 346 BGB sein. Bei einem erfolgreichen Rücktritt würde sich der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis wandeln und die empfangenen Leistungen wären sodann Zug-um-Zug zurückzugewähren (§§ 346 Abs. 1, 348 Satz 1 BGB).

Anspruch auf Rückgewähr gemäß §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 ff., 346 BGB als Rechtsgrund

Folglich ist zu fragen, ob K gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB hat. Hierfür müssten die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen.

1. Kaufvertragsschluss

Zunächst müsste ein Kaufvertrag zwischen V und K geschlossen worden sein. Der Vertrag

¹⁰ BGHZ 36, 30 (30); BGHZ 40, 272 (278); Kropholler/Jacoby/Hinden, Studienkommentar BGB, 14. Aufl. 2013, § 812 Rn. 21; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 70 III 3.

¹¹ Kropholler/Jacoby/Hinden, Studienkommentar BGB, 14. Aufl. 2013, § 812 Rn. 21.

¹² Kropholler/Jacoby/Hinden, Studienkommentar BGB, 14. Aufl. 2013, § 812 Rn. 21.

¹³ Lorenz, JuS 2003, 729 (730).

könnte durch das „Ersteigern“ des Bootes zustande gekommen sein.

a) Vertragsschluss gemäß § 156 BGB

Laienhaft spricht man zwar von einer „Online-Versteigerung“. Fraglich ist jedoch, ob es sich hierbei tatsächlich um eine Versteigerung i. S. v. § 156 BGB handelt. Nach § 156 Satz 1 BGB kommt der Vertrag bei einer Versteigerung erst durch den Zuschlag zustande. Bei dem Zuschlag handelt es sich um die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung¹⁴ des Auktionators, mit der dieser das Gebot eines Bieters annimmt.¹⁵ Die Internetplattform eBay könnte mit einem Auktionator vergleichbar sein. Dies wäre der Fall, wenn die Plattform eBay den Zuschlag erteilen würde.¹⁶ Der Vertrag kommt jedoch vielmehr mit dem Bieter zustande, der vor Zeitablauf das höchste Gebot abgibt.¹⁷ Der bloße Zeitablauf stellt aber keine Willenserklärung dar und kann eine solche auch nicht ersetzen.¹⁸ Da die „Versteigerungen“ bei eBay automatisch ablaufen, fehlt es mithin an einem Zuschlag.¹⁹ Es handelt sich daher bei vorliegendem Vertragsschluss nicht um eine Versteigerung i. S. v. § 156 BGB.

¹⁴ BGHZ 138, 339 (342); *Heinrichs*, Palandt BGB, 73. Aufl. 2014, § 156 Rn. 1.

¹⁵ BGH, NJW 2005, 53 (54); BGHZ 138, 339 (342).

¹⁶ *Segmiller/Dachs*, JSE 2011, 46 (50).

¹⁷ *Sutschet*, NJW 2014, 1041 (1041); *Braun*, JZ 2008, 330 (331).

¹⁸ BGH, NJW 2005, 53 (54); NJW 2002 363 (363).

¹⁹ BGH, NJW 2005, 53 (54).

b) Vertragsschluss nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB

Es bleibt daher bei der Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen durch Antrag und Annahme gemäß §§ 145 ff. BGB.

Hinweis:

Wie der Vertragsschluss bei Onlineauktionen genau abläuft, ist umstritten.²⁰ Einerseits könnte der Verkäufer eine antizipierte Annahmeerklärung gerichtet auf das Höchstgebot bei Auktionsende abgeben.²¹ Andererseits könnte der Verkäufer auch mit dem Onlinestellen ein auflösend bedingtes Angebot abgeben.²² Die auflösende Bedingung ist die Abgabe eines höheren Gebots. Wichtig war an dieser Stelle aber nur, dass überhaupt auf die Frage eingegangen wird.

aa) Angebot

Ein Angebot des V könnte in dem Einstellen des Bootes bei eBay zu erblicken sein, indem V das zu verkaufende Produkt näher beschreibt, Startpreis sowie Laufzeit festlegt und die Auktion beginnen lässt.

i) Abgrenzung zur *invitatio ad offerendum*

Das Vorliegen eines wirksamen Angebots setzt ein Handeln mit Rechtsbindungswillen

²⁰ Vgl. hierzu grds. *Spindler/Anton*, *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 156 Rn. 4. *Segmiller/Dachs*, JSE 2011, 46 (50); *Alexander/Eichholz*, JuS 2008, 523 (523).

²¹ *Ulrici*, JuS 2000, 947 (950).

²² *Rüfner*, JZ 2000, 715 (718).

voraus.²³ Es ist daher fraglich, ob V durch das Einstellen des Bootes bei eBay ein verbindliches Angebot unterbreiten oder nur mögliche Kunden zur Abgabe einer Willenserklärung auffordern wollte (*invitatio ad offerendum*). Von einer *invitatio ad offerendum* ist regelmäßig auszugehen, wenn es dem Anbietenden bewusst auf die Person des Vertragspartners ankommt (z. B. dessen Solvenz) oder der Verkäufer aufgrund eines begrenzten Warenangebots keine unbestimmte Zahl von Verträgen schließen möchte.²⁴ Durch das Einstellen des Bootes gibt V zu verstehen, dass er mit demjenigen Bieter einen Vertrag abschließen möchte, der innerhalb der Laufzeit der „Auktion“ das höchste Gebot abgegeben hat. Dies folgt aus dem Inhalt der Willenserklärung gemäß §§ 133, 157 BGB.²⁵ Damit kam es ihm nicht bewusst auf die Person des Vertragspartners an und es droht keine Mehrfachbindung, mithin handelte V mit Rechtsbindungswillen.

ii) Inhaltliche Bestimmtheit des Angebots

Zu dem Zeitpunkt, als V das Boot bei eBay eingestellt hat, stand weder der Kaufpreis noch die Person des Käufers fest. Auf Grund dessen ist zu fragen, ob das Angebot des V inhaltlich hinreichend bestimmt war. Grundsätzlich muss ein Angebot in dergestalt be-

stimmt sein, dass ein etwaiger Vertragspartner es mit einem bloßen „Ja“ annehmen könnte.²⁶ Das Angebot muss also sämtliche *essentialia negotii* wie Vertragspartner, Vertragsgegenstand und Preis enthalten.²⁷ Dem Bestimmtheiterfordernis genügt jedoch auch eine Bestimmbarkeit des Angebots hinsichtlich der *essentialia negotii*.²⁸ Bei Abgabe eines Angebots auf einer Internetauktionsplattform wie eBay liegen die *essentialia negotii* auch dann vor, wenn kein Mindestpreis angegeben wurde.²⁹ Der Kaufpreis lässt sich dahingehend bestimmen, dass der Vertrag hinsichtlich des Höchstgebotes geschlossen wird.³⁰ Durch die Freischaltung der Angebotsseite des V war erkennbar, dass er mit demjenigen einen Vertrag abschließen wollte, der innerhalb des festgelegten Angebotszeitraums das Höchstgebot abgab. Das Angebot des V war daher auch inhaltlich hinreichend bestimmt. Nach Ablauf der Internetauktion stehen sodann auch der Preis und der Kontrahent eindeutig fest.

iii) Zwischenergebnis

Durch das Einstellen des Bootes bei eBay hat V ein Angebot abgegeben.

²³ BGH, NJW 1993, 2100 (2100); Jobst/Kapoor, JA 2008, 812 (814).

²⁴ Ellenberger, Palandt BGB, 73. Aufl 2014, § 145 Rn. 2.

²⁵ Vgl. hierzu BGH, NJW 2005, 53; BGH, NJW 2002, 363 (364).

²⁶ BGH, NJW 2006, 197 (1972); Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 29 Rn. 17.

²⁷ Jobst/Kapoor, JA 2008, 812 (815).

²⁸ BGHZ 166, 369 (372); Busche, MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 145 Rn. 6; Köhler, BGB AT, 36. Aufl 2012, § 6 Rn. 2.

²⁹ Eckert, BeckOK BGB, 31. Ed. 2014, § 145 Rn. 34.

³⁰ BGH, NJW 2002, 363 (364); AG München, Urteil vom 09.05.2008 – 223 C 30401/07.

bb) Annahme

Durch sein Gebot hat K das Angebot von V angenommen, freilich unter der Bedingung, am Ende der Auktion der Höchstbietende zu sein.

2. Rücktrittserklärung

K hat am 20.02.2014 den Rücktritt vom Vertrag gegenüber V erklärt (§ 349 BGB). Das nochmalige Rückabwicklungsverlangen des K am 01.03.2014 und die Erklärung, an dem Rückabwicklungsbegehren festhalten zu wollen, am 29.04.2014 können als erneute Rücktrittserklärung gedeutet werden.

3. Nicht vertragsgemäße Leistung

Weitere Rücktrittsvoraussetzung ist die nicht vertragsgemäße Leistung, also eine Leistungsverzögerung oder Schlechtleistung.

a) Sachmangel

Das Boot könnte vorliegend mit einem Sachmangel i. S. d. § 434 BGB behaftet sein. Ein Sachmangel i. d. S. liegt vor, wenn bei Gefahrübergang die „Ist-Beschaffenheit“ der Kaufsache nachteilig von der durch die Parteien vereinbarte „Soll-Beschaffenheit“ abweicht.³¹

³¹ Beckmann, Staudinger BGB, § 434 Rn. 36.

aa) Beschaffenhetsvereinbarung, § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB

Eine ausdrückliche Beschaffenhetsvereinbarung i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt nicht vor, da V und K nicht persönlich eine bestimmte Beschaffenheit vereinbart haben.

bb) Produktbeschreibung als konkludente Beschaffenhetsvereinbarung

Eine Beschaffenhetsvereinbarung kann sich allerdings auch aus den Umständen des Vertragsschlusses, wie etwa dem Kontext der dabei geführten Gespräche oder den bei dieser Gelegenheit abgegebenen Beschreibungen ergeben. Daher kann die Vereinbarung der Beschaffenheit nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erfolgen.³² Der Verkäufer muss hierbei *nicht* deutlich machen, dass er für eine bestimmte Beschaffenheit eintreten möchte.³³ Für die erforderliche Willensübereinstimmung genügt es vielmehr, dass der Verkäufer bei Vertragsschluss die Eigenschaften der verkauften Sache in einer bestimmten Weise beschreibt und der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung trifft.³⁴ Mit der Angebotsbeschreibung als „Wanderboot“, das sich für längere Entdeckungstouren eignet, wird die Eignung zu einer gefahrlosen Benutzung bei bestimmungsgemäßem Gebrauch, insbesondere das Fehlen von verkehrsgefährdenden

³² Beckmann, Staudinger BGB, § 434 Rn. 38.

³³ Beckmann, Staudinger BGB, § 434 Rn. 38.

³⁴ BGH, NJW 2013, 1074 (1075); Beckmann, Staudinger BGB, § 434 Rn. 38.

Mängeln, zugesagt. Diese Eignung ist in Wirklichkeit nicht gegeben; denn das Boot ist in seiner Holzsubstanz durch Schimmelbildung stark beschädigt und daher nicht seetauglich. Infolgedessen weicht die Beschaffenheit des Bootes nachteilig von der vereinbarten Beschaffenheit ab, mithin liegt ein Sachmangel i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vor.

Exkurs:

In der zugrundeliegenden Entscheidung (BGH, NJW 2013, 1074 ff.) schließt der BGH aus der Beschreibung als „Wanderboot“ zu Recht, dass dem Boot aus diesem Grund die vereinbarte Beschaffenheit fehlt: „Zumindest für einen Einsatz des Boots als Wanderboot ist [...] eine nach den am Bootsrumpf festgestellten Schäden nicht mehr gegebene See- oder Wassertauglichkeit unabdingbar.“ Gleiches gilt auch für die Beschreibung eines Autos als „fahrbereit“ (BGH, NZV 1993, 306 ff.).

cc) Bei Gefahrübergang, §§ 434 Abs. 1 Satz 1, 446 BGB

Ein Mangel muss zur Zeit des Gefahrübergangs vorliegen (§§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB), dieser erfolgt gemäß § 446 Satz 1 BGB regelmäßig mit der Übergabe der Sache. K hat den Schimmelbefall des Bootes im Zuge des Gutachtens unmittelbar nach der Übergabe entdeckt. Da die Bildung von Schimmel einen gewissen Zeitraum beansprucht, ist nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass der Sachmangel des Bootes bereits vor Gefahrübergang vorlag. V stellt dies auch nicht in Abrede.

b) Gewährleistungsausschluss

V hat im vorliegenden Fall die Gewährleistung ausgeschlossen. Es handelt sich vorliegend nicht um einen Verbrauchsgüterkauf, daher ist ein Gewährleistungsausschluss grundsätzlich möglich (vgl. § 475 BGB). Es ist jedoch fraglich, ob sich der Gewährleistungsausschluss auch auf das Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB erstreckt. Dies ist umstritten. Der BGH und das überwiegende Schrifttum sind hierbei der Auffassung, sofern in einem Kaufvertrag zugleich eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache und ein pauschaler Ausschluss der Sachmängelhaftung vereinbart ist, sei dies regelmäßig insofern auszulegen, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB gelte.³⁵ Der Haftungsausschluss gelte in solchen Fällen nur für Mängel i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB.³⁶ Die Gegenauffassung ist der Ansicht, ein Gewährleistungsausschluss werde nicht bereits bei einer reinen Beschaffenheitsvereinbarung, sondern erst bei Arglist oder der Vereinbarung einer Beschaffenheitsgarantie rechtlich bedeutungslos.³⁷ Das Gesetz lege die Grenzen der Haftungsbeschränkung einer Beschaffenheitsgarantie in § 444 BGB fest; dies lasse den Umkehrschluss zu,

³⁵ BGH, NJW 2007, 1346 (1349); so auch *Matusche-Beckmann*, Staudinger BGB, 2014, § 444 Rn. 13; *Eberl*, Schulze/Grziwotz/Lauda BGB, 2. Aufl. 2014, § 434 Rn. 6; a. A. *Emmert*, NJW 2006, 1765 (1765 ff.).

³⁶ BGH, BB 2007, 573 (573).

³⁷ *Emmert*, NJW 2006, 1765 (1765 ff.).

dass der Verkäufer sich im Fall einer bloßen Beschaffenheitsvereinbarung auf einen allgemein vereinbarten Haftungsausschluss berufen könne.³⁸ Für die Ansicht der herrschenden Lehre lässt sich jedoch anführen, dass die Beschaffenheitserklärung ihren Sinn verlore, falls der Haftungsausschluss sich hierauf erstrecken würde.³⁹ Beide Regelungen stehen aus Sicht des Käufers gleichrangig nebeneinander.⁴⁰ Hätte der umfassende Gewährleistungsausschluss die Unverbindlichkeit der Beschaffenheitsvereinbarung zur Folge, so wäre letztere – außer im Fall der Arglist, § 440 Var. 1 BGB – für den Käufer ohne Sinn und Wert.⁴¹ Zudem müssen strenge Anforderungen an die Formulierung eines Haftungsausschlusses gestellt werden.⁴² Hierbei ist zu verlangen, dass hinreichend deutlich wird, worauf er sich erstrecken soll.⁴³ V hat das Boot mehrfach als seetüchtig angepriesen. K durfte den Gewährleistungsausschluss gemäß §§ 133, 157 BGB daher in der Hinsicht verstehen, dass die fehlende Seetüchtigkeit hiervon nicht erfasst war. Aus diesem Grund hat V im vorliegenden Fall für den Mangel der Seeuntüchtigkeit einzustehen.

³⁸ Emmert, NJW 2006, 1765 (1765 f.).

³⁹ Matusche-Beckmann, Staudinger BGB, 2014, § 444 Rn. 13.

⁴⁰ BGH, NJW 2007, 1346 (1349); Matusche-Beckmann, Staudinger BGB, 2014, § 444 Rn. 13.

⁴¹ BGH, NJW 2007, 1346 (1349); Matusche-Beckmann, Staudinger BGB, 2014, § 444 Rn. 13.

⁴² Gsell, JZ 2013, 419 (423).

⁴³ Gsell, JZ 2013, 419 (423).

c) Unerhebliche Pflichtverletzung, § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB

Der Rücktritt ist ferner gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen, sofern es sich um eine unerhebliche Pflichtverletzung handelt. Der Anhänger weist zwar keinen Schimmelbefall auf und ist damit nicht mangelhaft, allerdings beträgt der Wert des Anhängers lediglich 200 Euro. Der Wert des mangelhaften Bootes beträgt hingegen 1.400 Euro, weswegen es sich vorliegend nicht um eine unerhebliche Pflichtverletzung handelt.

d) Zwischenergebnis

Der Schimmelbefall des Bootes stellt einen Sachmangel i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, die Gewährleistung wurde hierfür nicht ausgeschlossen. Die Leistung des V war somit nicht vertragsgemäß.

4. Rücktrittsrecht

Ein Rücktrittsrecht des K könnte sich einerseits nach §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 Abs. 1 BGB oder nach §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 326 Abs. 5 BGB ergeben.

a) Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 326 Abs. 5 BGB

Falls V die Nacherfüllung nach § 275 BGB nicht mehr zu erbringen braucht, richtet sich das Rücktrittsrecht des K nach §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 326 Abs. 5 BGB.

aa) Nachlieferung unmöglich

Zunächst ist zu untersuchen, ob eine Nachlieferung des Bootes gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich war. Bei dem Boot handelt es sich um einen gebrauchten Gegenstand, also mit hin um eine Stückschuld. Ob eine Nachlieferung bei einem Stückkauf möglich ist, ist strittig.⁴⁴ Die herrschende Meinung bejaht bei einem Stückkauf den Anspruch des Käufers auf Lieferung einer gleichwertigen Ersatzsache im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs.⁴⁵ Da die Gebrauchsache nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen austauschbar sein müsse, sei eine Nachlieferung jedenfalls dann unmöglich, wenn die Kaufwahl nicht nur aufgrund objektiver Anforderungen, sondern auch aufgrund des persönlichen Eindrucks des Käufers getroffen wurde.⁴⁶ Vorliegend handelt es um einen Kauf über eBay, sodass K das Boot vor seiner Kaufentscheidung nicht persönlich besichtigt hat. Allerdings kann ein Kaufgegenstand über eBay sehr detailliert beschrieben werden und es werden regelmäßig auch Bilder des Produkts eingestellt. V hat eine umfassende Produktbeschreibung des Bootes in eBay hochgeladen, sodass K sich einen persönlichen Eindruck des „Wanderbootes“ bil-

den konnte, infolgedessen er letztlich seine Kaufentscheidung getroffen hat. Die Gebrauchsache ist daher vorliegend nicht austauschbar. Die Nachlieferung des Bootes war unmöglich.

Hinweis:

Ein anderes Ergebnis ist hier gut vertretbar. Es ist aber aufgrund „klausurtaktischer Erwägungen“ zu empfehlen, sich für die hier gewählte Ansicht zu entscheiden, da sonst nicht mehr auf die Unmöglichkeit der Nachbesserung eingegangen werden kann.

bb) Nachbesserung unmöglich

Es kommt folglich nur eine Nachbesserung in Betracht. Fraglich ist, ob auch die Nachbesserung gemäß § 275 BGB unmöglich war.

i) Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB

Eine Reparatur des Bootes ist – laut Sachverhalt – grundsätzlich möglich, daher war die Nachbesserung gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht unmöglich.

ii) Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 2 BGB

Es ist jedoch fraglich, ob eine Reparatur des Bootes gemäß § 275 Abs. 2 BGB unmöglich ist.

aaa) Grobes Missverhältnis

Nach § 275 Abs. 2 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen

⁴⁴ Vgl. *BGH*, NJW 2006, 2839 (2839 ff.), besprochen von *Emmerich*, JuS 2006, 1015; zum Problem siehe auch *Westermann*, MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 11; *Roth*, NJW 2006, 2953 (2953 ff.).

⁴⁵ *BGH*, NJW 2006, 2839 (2839); *Matusche-Beckmann*, Staudinger BGB, 2014, § 439 Rn. 61; *Westermann*, MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 11; a. A. *Musielak*, NJW 2008, 2801 (2801 ff.).

⁴⁶ *BGH*, NJW 2006, 2839 (2839).

Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Ob es sich um ein grobes Missverhältnis handelt, ist anhand des Einzelfalls zu bestimmen, es wird jedoch regelmäßig bejaht, sofern die Kosten der Mangelbeseitigung den Kaufpreis um mehr als 100 Prozent übersteigen.⁴⁷ Die Reparatur des Bootes würde einen Aufwand in Höhe von 12.900 Euro erfordern. Dies steht in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des K in Höhe von 1.400 Euro.

bbb) § 275 Abs. 2 BGB als Einrede oder Einwendung

V hat sich nicht auf § 275 Abs. 2 BGB berufen. Es ist daher zu untersuchen, ob sich V auf § 275 Abs. 2 BGB berufen muss, damit die Nacherfüllung gemäß § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich wird. Mit anderen Worten ist im Folgenden zu diskutieren, ob § 275 Abs. 2 BGB im Rahmen des § 326 Abs. 5 BGB eine Einrede oder eine Einwendung ist. Die herrschende Lehre in der Literatur ist der Auffassung, § 275 Abs. 2 BGB begründe – anders als § 275 Abs. 1 BGB – keine rechtsvernichtende Einwendung, sondern eine Einrede.⁴⁸ Nach a. A. ergibt sich ein sofortiges Rücktrittsrecht grundsätzlich aus den (allgemeinen) §§ 437

Nr. 2 Var. 1, 323 Abs. 1, 2 Nr. 3 BGB, sofern die Voraussetzungen der (speziellen) §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 326 Abs. 5, 275 Abs. 2 BGB allein mangels Einredeerhebung nicht erfüllt sind.⁴⁹ Sofern die Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 BGB vorlägen, handle es sich hierbei zugleich um einen besonderen Umstand i. S. d. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB.⁵⁰ Der Käufer könne somit ebenfalls ohne Fristsetzung zurücktreten, wenn sich der Verkäufer nicht auf § 275 Abs. 2 BGB berufe, ansonsten bliebe der Käufer im Ungewissen, ob der Verkäufer sich auf § 275 Abs. 2 BGB beruft.⁵¹ Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Käufer diese Ungewissheit durch Fristsetzung i. S. v. § 323 Abs. 1 BGB einfach ausräumen und nach erfolglosem Ablauf der Frist zurücktreten kann.⁵² Im Übrigen sieht § 275 Abs. 1 BGB eine echte Unmöglichkeit vor, während § 275 Abs. 2 BGB nur eine wirtschaftliche Unmöglichkeit statuiert. Die wirtschaftliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 2 BGB ist hierbei lediglich als Schutz des Schuldners ausgestaltet. Es erscheint daher sachgerecht, dem Verkäufer die Entscheidung zu überlassen, ob er die Leistung verweigern oder mit überobligatorischem Aufwand erbringen möchte.⁵³ Diese Entscheidungsfreiheit⁵⁴ würde ihm genommen, wenn

⁴⁷ BGH, NJW 2005, 2852 (2855); Lorenz, BeckOK BGB, 32. Ed 2011, § 275 Rn. 57.

⁴⁸ Ernst, MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 275 Rn. 96; Schulze, Schulze BGB, 8. Aufl. 2014, § 275 Rn. 18; Stadler, Jauernig BGB, 15. Aufl 2014, § 275 Rn. 32.

⁴⁹ Hattenhauer, LMK 2013, 344525 (344525).

⁵⁰ Hattenhauer, LMK 2013, 344525 (344525).

⁵¹ Hattenhauer, LMK 2013, 344525 (344525).

⁵² BT-Drucks. 14/7052, S. 183, 193.

⁵³ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2012, Rn. 474.

⁵⁴ Die selbst bei faktischer Unmöglichkeit (Beseitigung des Leistungshindernis lediglich theoretisch möglich) bestehen soll, vgl. BT-Drucks. 14/6040, 129 f.

der Käufer in Fällen des § 275 Abs. 2 BGB ohne Fristsetzung zurücktreten könnte.⁵⁵ Es ist daher – mit der herrschenden Meinung – davon auszugehen, dass es sich bei § 275 Abs. 2 BGB um eine Einrede handelt. Auf vorliegenden Fall übertragen bedeutet dies, dass V nur nach § 275 Abs. 2 BGB befreit ist, wenn er sich auf die Unverhältnismäßigkeit des Reparaturaufwandes berufen hat. Dies ist jedoch vorliegend nicht erfolgt.

iii) Erstes Zwischenergebnis

Die Nachbesserung des Bootes ist nicht unmöglich gemäß § 275 Abs. 2 BGB, da sich V vorliegend nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des Reparaturaufwandes berufen hat.

Exkurs:

Gleiches gilt auch für die Verweigerung der vom Käufer beanspruchten Art der Nacherfüllung aufgrund von unverhältnismäßigen Kosten (§§ 439 Abs. 3 Satz 1, 440 Satz 1 BGB). Auch § 439 III BGB gewährt dem Verkäufer eine Einrede, auf die er sich berufen kann, aber nicht muss (BGH, NJW 2014, 213 (214); 2006, 1195 (1195)). Nur dann entfällt das Fristsetzungserfordernis nach § 440 Satz 1 BGB.

cc) Zweites Zwischenergebnis

V ist nicht von seiner Nacherfüllungspflicht befreit, da die Nachbesserung des Bootes nicht unmöglich i. S. d. § 275 BGB geworden ist. Ein Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 326 Abs. 5 BGB scheidet somit aus.

⁵⁵ Looschelders, JA 2013, 785.

b) Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 Abs. 1 BGB

Dem K könnte jedoch auch ein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 Abs. 1 BGB zustehen. Voraussetzung hierfür ist jedoch eine erfolglose Fristsetzung, um dem Schuldner ein „Recht zur zweiten Andienung“ einzuräumen.⁵⁶ Eine Form für die Fristsetzung ist nicht vorgeschrieben,⁵⁷ allerdings muss die Frist vor der Rücktrittserklärung gesetzt werden und muss auch vor der Rücktrittserklärung erfolglos ablaufen.⁵⁸

aa) Fristsetzung vor der Rücktrittserklärung am 20.02.2014

Vor dem 20.02.2014 hat K keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Er hat das Boot am 01.02.2014 lediglich abgeholt und begutachten lassen. Eine Fristsetzung war vor der Rücktrittserklärung am 20.02.2014 auch nicht nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich.

bb) Fristsetzung vor der Rücktrittserklärung am 01.03.2014

Auch vor der Rücktrittserklärung am 01.03.2014 hat K keine Nachfrist gesetzt. Allerdings könnte die Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich sein, sofern V

⁵⁶ BGH, NJW 2008, 1371 (1371 ff.); Otto/Schwarze, Staudinger BGB, 2009, § 323 Rn. A 9.

⁵⁷ Otto/Schwarze, Staudinger BGB, 2009, § 323 Rn. B 45.

⁵⁸ Schmidt, BeckOK BGB, 32. Ed. 2014, § 323 Rn. 18; Otto/Schwarze, Staudinger BGB, 2009, § 323 Rn. B 34.

die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat. An die Voraussetzungen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen.⁵⁹ Es muss hierbei deutlich sein, dass der Schuldner um das Erfüllungsverlangen des Gläubigers weiß und gewissermaßen als „letztes Wort“ seine Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck gebracht hat.⁶⁰ Eine ernsthafte und endgültige Verweigerung i. S. d. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB soll daher nur vorliegen, wenn es ausgeschlossen erscheint, dass der Schuldner sich von einer Fristsetzung umstimmen lassen wird.⁶¹ V hat am 02.03.2014 zwar verweigert, den Kaufvertrag rückabzuwickeln, er hat sich jedoch nicht geweigert, das Boot nachzubessern. Zudem hat er den Sachmangel zu keiner Zeit abgestritten und sich letztlich sogar dazu bereit erklärt, das Boot in Konstanz zu reparieren. Daher erscheint es nicht ausgeschlossen, dass V bei einer an ihn gerichteten Nacherfüllungsaufforderung seine bis dahin geäußerte Haltung aufgegeben hätte und der Möglichkeit einer Nacherfüllung näher getreten wäre. V hat die Nacherfüllung nicht ernsthaft und endgültig verweigert, eine Fristsetzung ist daher nicht nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

⁵⁹ Schulze, Schulze BGB, 8. Aufl. 2014, § 323 Rn. 6.

⁶⁰ BGH, NJW 1986, 661 (661); Schulze, Schulze BGB, 8. Aufl. 2014, § 323 Rn. 6.

⁶¹ BGH, NJW 2011, 2872 (2873).

Hinweis:

Die a. A. ist ebenfalls vertretbar – mit dem Argument, dass durch die Berufung auf den Gewährleistungsausschluss sämtliche Rechte verweigert werden und somit auch die Nachbesserung (in diese Richtung WENNER, BB 2013, 468).

cc) Fristsetzung vor der Rücktrittserklärung am 29.04.2014

Eine weitere Rücktrittserklärung kann konkludent darin erblickt werden, dass K am 29.04.2014 gegenüber V erklärt hat, er werde an seinem Rückabwicklungsbegehren festhalten.

i) Aufforderung am 20.04.2014 als taugliche Fristsetzung

K hat den V am 20.04.2014 aufgefordert „den Mangel zu beseitigen“, allerdings hat er keinen bestimmten Zeitraum festgesetzt, bis zu dessen Ablauf er das Boot repariert haben möchte. Es ist daher fraglich, ob die bloße Aufforderung zur Nacherfüllung eine taugliche Fristsetzung i. S. d. § 323 Abs. 1 BGB darstellt. Grundsätzlich stellt die Rechtsprechung geringe Anforderungen an die Tauglichkeit einer Fristsetzung.⁶² Diese setze nicht zwingend die Nennung eines Endtermins voraus, es genüge vielmehr etwa die Aufforderung, einen Mangel „umgehend“ zu beseitigen.⁶³ Hierdurch werde dem Verkäufer

⁶² BGH, NJW, 2009, 3153 (3153 ff.).

⁶³ BGH, NJW, 2009, 3153 (3154); Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 17. Aufl. 2014, Rn. 149.

vor Augen geführt, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt erbringen kann, dies trage dem Zweck des Fristsetzungserfordernisses gebührend Rechnung.⁶⁴ Falls der Käufer nicht mitteilt, bis wann die Nacherfüllung spätestens zu erfolgen habe, setzt die Aufforderung zur Nacherfüllung eine objektiv angemessene Nachfrist in Lauf.⁶⁵ Im vorliegenden Fall hat K in seinem Nacherfüllungsbegehren nicht ausdrücklich die Formulierung gebraucht, der Mangel solle „umgehend“ beseitigt werden. Eine dahingehende ausdrückliche Formulierung war hier aber nicht von Nöten, da K durch seine mehrfache Aufforderung, den Kaufvertrag rückabzuwickeln, dem V bereits deutlich gemacht hat, dass V die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt erbringen kann. Dem Zweck des Fristsetzungserfordernisses wurde hierdurch gebührend Rechnung getragen, mithin ist die Aufforderung des K am 20.04.2014, „den Mangel zu beseitigen“, als taugliche Fristsetzung i. S. d. § 323 Abs. 1 BGB zu werten.

Exkurs:

Bei einem Verbrauchsgüterkauf muss der Käufer keine Frist zur Nacherfüllung setzen, er kann vielmehr bereits zurücktreten, wenn der Verkäufer nicht binnen einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat.⁶⁶ Es reicht daher aus, dass der Käufer

⁶⁴ BGH, NJW, 2009, 3153 (3154); Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 17. Aufl. 2014, Rn. 149.

⁶⁵ BGH, NJW, 2009, 3153 (3154); BGH, NJW 1985, 2640 (2640).

⁶⁶ AG Köln, BeckRS 2010, 2637; Otto/Schwarze, Staudinger BGB, 2009, § 323 Rn. C 17.

den Verkäufer über den Mangel in Kenntnis setzt. Methodisch wird § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB wegen Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkauf-RL richtlinienkonform ausgelegt.⁶⁷

ii) Pflicht zur Verfügungsstellung der Kaufsache durch den Käufer

Der Verkäufer kann nur durch eine Überprüfung der Kaufsache feststellen, ob der behauptete Mangel tatsächlich besteht, ob er bereits bei Gefahrübergang vorlag und ob ihm ein etwaiges Verweigerungsrecht nach § 439 Abs. 3 BGB zusteht.⁶⁸ Hierbei ist der Verkäufer nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen einzulassen, bevor er die Gelegenheit zu einer Untersuchung der Kaufsache hatte.⁶⁹ Aus diesem Grund geht der BGH davon aus, dass ein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen die Bereitschaft des Käufers voraussetzt, die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung dem Verkäufer auf dessen Verlangen zur Überprüfung des gerügten Mangels zur Verfügung zu stellen.⁷⁰ Die Gegenansicht wendet ein, dass durch das Abwälzen der weitreichenden Transportlast auf den Käufer dieser einer „großen Gefahr ausgesetzt“ würde, da er sich bei einer Zurverfügungstellung an einem anderen Ort als dem Nacherfüllungsort

⁶⁷ Faust, JZ 2010, 202.

⁶⁸ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 17. Aufl. 2014, Rn. 149.

⁶⁹ BGH, NJW 2013, 1074 (1076); BGH, NJW 2010, 1448 (1448).

⁷⁰ BGH, NJW 2013, 1074 (1074); BGH, NJW 2010, 1448 (1448).

die Sekundärrechte abschneiden könne.⁷¹ Ferner setze eine etwaige Pflicht zur Verfügungsstellung des Käufers eine entsprechende Mitwirkungspflicht oder -obliegenheit voraus, um sie von – durch den Verkäufer vorzunehmenden – Vorbereitungshandlungen für die Reparatur abzugrenzen.⁷² Nach §§ 241 Abs. 2, 242 BGB könne zwar erwartet werden, dass der Käufer nach Treu und Glauben bei der Nacherfüllung mit dem Verkäufer zusammenwirkt.⁷³ Daher könne etwa der Versand von Paketen verlangt werden, der Transport von einem Boot sei jedoch für den Käufer regelmäßig nicht einfacher als für den Verkäufer.⁷⁴ Dem Käufer komme somit auch keine Mitwirkungspflicht oder -obliegenheit zu.⁷⁵ Der BGH wendet hiergegen ein, wenn Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung davon abhängig sein sollen, dass der Verkäufer die Chance zur Nacherfüllung erhält, erscheine es durchaus folgerichtig, dass ihm die Ware auch am Ort der Nacherfüllung zur Verfügung gestellt werden muss.⁷⁶ Wenn die Ware aber ohnehin an jenen Ort verbracht werden muss, erscheint es wenig hilfreich, vom Verkäufer die Besichtigung und Prüfung der Ware an einem davon abweichenden Ort zu erwarten.⁷⁷ Daher ist – mit dem BGH – davon auszugehen, dass sich

die Obliegenheit des Käufers neben dem Fristsetzungserfordernis auch darauf erstreckt, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen.

iii) Erfüllungsort der Nacherfüllung

Vorliegend hat K angeboten, V könne das Boot auf Usedom besichtigen, während V darauf bestand, das Boot in Konstanz zu besichtigen. Infolgedessen stellt sich die Frage, wo der Erfüllungsort der Nacherfüllung ist, also wo K dem V das Boot zur Besichtigung zur Verfügung stellen müsste. Der Erfüllungsort für die Nacherfüllung ergibt sich *nicht* aus § 439 BGB und insbesondere *nicht* aus § 439 Abs. 2 BGB, da der Abs. 2 nur die Kostentragung regelt.⁷⁸ Es ist daher umstritten, wo der Erfüllungsort der Nacherfüllung anzusiedeln ist.⁷⁹ Vielfach wird der Erfüllungsort nach § 439 BGB mit dem bestimmungsgemäßen aktuellen Belegenheitsort der Sache gleichgesetzt.⁸⁰ Die Gegenauffassung hält den ursprünglichen Erfüllungsort der Primärleistung auch für einen Nachbesserungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB als Erfüllungsort für maßgeblich, allerdings habe der Verkäufer nach § 439 Abs. 2 BGB die an-

⁷¹ Gsell, JZ 2013, 419 (423).

⁷² Gsell, JZ 2013, 419 (424); vgl. auch Gsell, JZ 2011, 988 (992 ff.).

⁷³ Gsell, JZ 2013, 419 (424).

⁷⁴ Gsell, JZ 2013, 419 (424).

⁷⁵ Gsell, JZ 2013, 419 (424); vgl. auch Gsell, JZ 2011, 988 (992 ff.).

⁷⁶ BGH, NJW 2010, 1448 (1448 ff.).

⁷⁷ BGH, NJW 2010, 1448 (1448 ff.).

⁷⁸ BGH, NJW 2008, 2278 (2279); Faust, BeckOK BGB, 32. Ed 2014, § 439 Rn. 13.

⁷⁹ Vgl. zum Streitstand BGH, NJW 2008, 2278 (2278 ff.).

⁸⁰ OLG München, NJW 2006, 449 (450); Kaiser, Staudinger BGB, 2012, § 364 Rn. 83; Gaier, MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 346 Rn. 31; Huber, NJW 2002, 1004 (1006).

fallenden Transportkosten zu tragen.⁸¹ Teilweise wird die Beurteilung des Erfüllungsorts von der Interessenlage und der Verkehrsanschauung abhängig gemacht.⁸² Hierbei soll vor allem die Art der Sache, insbesondere deren Transportfähigkeit und Transportüblichkeit, ausschlaggebend sein⁸³ (vorliegend ist das Boot aufgrund des Anhängers transportfähig). Der BGH bestimmt den Erfüllungsort der Nacherfüllung nach den Umständen des Einzelfalls, soweit es nach § 269 Abs. 1 BGB auf die Umstände ankommt.⁸⁴ Bei dem Fehlen von vertraglichen Abreden sei zunächst auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen.⁸⁵ Falls sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse ziehen lassen, so sei der Erfüllungsort an dem Ort anzusiedeln, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte (§ 269 Abs. 1 BGB).⁸⁶ In einer Stellungnahme ist anzuführen, dass nur die Bestimmung des § 269 Abs. 1 BGB eine an den konkreten Umständen ausgerichtete Festlegung des Erfüllungsortes der jeweils geschuldeten Leistung ermöglicht; es können daher nur durch die Anwendung dieser Regelung sachgerechte Ergebnisse im Rah-

men der Nacherfüllung (§ 439 BGB) erzielt werden.⁸⁷ Ferner steht die Bestimmung des Erfüllungsortes nach § 269 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auch mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Einklang.⁸⁸ Die Ansicht des BGH erscheint daher sachgerecht und verdient somit den Vorzug.

Hinweis:

Er wird hier nicht erwartet, sämtliche Ansichten zu nennen und auszuführen. Verlangt ist nur, dass der Bearbeiter das Problem erkennt. Die a. A. sind ebenfalls mit entsprechender Argumentation gut vertretbar. In „klausurtaktischer Hinsicht“ ist dies auch erwägenswert, da sich der Bearbeiter durch die Entscheidung für eine andere Ansicht keine „Probleme abschneidet“.

Im vorliegenden Fall haben die Parteien keinen Erfüllungsort der Nacherfüllung vertraglich vereinbart. Es kommt daher zunächst auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses an (§ 269 Abs. 1 BGB). Die maßgeblichen Umstände beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen sind anerkanntermaßen die Ortsgebundenheit und Art der vorzunehmenden Leistung, die Verkehrssitte sowie örtliche Gepflogenheiten und eventuelle Handelsbräuche.⁸⁹ Da es sich vorliegend bei der Kaufsache um ein Boot handelt, ist es für eine Mängelbegut-

⁸¹ *OLG München*, NJW 2007, 3214 (3214); *Lorenz*, NJW 2009, 1633 (1635); *Unberath/Cziupka*, JZ 2008, 867 (874).

⁸² *Grüneberg*, Palandt BGB, 73. Aufl. 2014, § 269 Rn. 15; *Pils*, JuS 2008, 767 (769).

⁸³ *Grüneberg*, Palandt BGB, 73. Aufl. 2014, § 269 Rn. 15; *Pils*, JuS 2008, 767 (769).

⁸⁴ *BGH*, NJW 2008, 2278 (2280); *BGH*, NJW 2013, 1074 (1076).

⁸⁵ *BGH*, NJW 2008, 2278 (2280).

⁸⁶ *BGH*, NJW 2008, 2278 (2280).

⁸⁷ *BGH*, NJW 2008, 2278 (2280).

⁸⁸ *BGH*, NJW 2008, 2278 (2280).

⁸⁹ *BGH*, NJW 2008, 2278 (2280); *Stadler*, Jauernig BGB, 15. Aufl. 2014, § 269 Rn. 8; *Bitter*, Staudinger BGB, 2014, § 269 Rn. 18.

achtung möglicherweise erforderlich, dass ausreichende Gewässer vorhanden sind, damit im Zweifel die Seetauglichkeit ausgetestet werden kann. Das Boot könnte jedoch sowohl in Usedom auf der Ostsee als auch in Konstanz auf dem Bodensee eingesetzt werden. Es sind daher vorliegend keine besonderen Umstände ersichtlich. Der Erfüllungsort ist infolgedessen an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (§ 269 Abs. 1 BGB) hatte. Der Wohnsitz beider Parteien bei Vertragsschluss war Konstanz, mithin ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung Konstanz. K hat V allerdings im vorliegenden Fall lediglich eine Überprüfung der Mängel auf Usedom angeboten. Er hat V daher das Boot nicht am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung gestellt.

iv) Erstes Zwischenergebnis

Die an V gerichtete Aufforderung zur Mängelbeseitigung konnte keine Nachfrist i. S. d. § 323 Abs. 1 BGB in Lauf setzen, da K das Boot dem V nicht am Erfüllungsort der Nacherfüllung, also in Konstanz, zur Verfügung gestellt hat.

dd) Zweites Zwischenergebnis

Mangels Nachfristsetzung steht dem K kein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 Abs. 1 BGB zu.

5. Ergebnis

Die Rücktrittsvoraussetzungen liegen nicht vor. K hat keinen Anspruch auf Rückgewähr der 2.500 Euro gemäß §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 ff., 346 BGB.

Endergebnis

Die Vermögensverschiebung ist ohne Rechtsgrund erfolgt, da die Rücktrittsvoraussetzungen nicht vorliegen und sich der Vertrag folglich nicht in ein Rückgewährschuldverhältnis gewandelt hat. V hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der 2.500 Euro gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB.

Hinweis:

Falls K eine angemessene Nachfrist i. S. d. § 323 Abs. 1 BGB setzt und anschließend erneut den Rücktritt erklärt, wäre ein Rücktritt vom Vertrag möglich, da die übrigen Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen (s. o.). In diesem Fall würde sich der Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis wandeln und die empfangenen Leistungen wären sodann gemäß §§ 346 Abs. 1, 348 Satz 1 BGB Zugum-Zug zurückzugewähren. In diesem Fall bestünde ein Rechtsgrund. Nach einem erfolgreichen Rücktritt des K könnte der V die 2.500 Euro daher nicht mehr gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB von K kondizieren.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

KLAUSUR STRAFRECHT

Prof. Dr. Jörg Eisele und
Prof. Dr. Christian F. Majer*

„Jurastudent, Basketball-Fan und Drogenhändler“

Übungsklausur für Fortgeschrittene

Jurastudent J ist Fan des Basketballvereins Holidaycheck Baskets Konstanz. Vor einem Spiel um den Aufstieg in die Pro A (die 2. Basketball-Bundesliga) gegen die Dragons Rhöndorf (Basketballmannschaft des Rhöndorfer TV e. V.) läuft J mit einem Schal, der die Aufschrift „Scheiß Rhöndorf – Ihr seid nur ein Karnevalsverein“ trägt und auf dem eine Faust mit ausgestrecktem Mittelfinger zu sehen ist, zur Halle. Dort wird er von dem Rhöndorf-Fan K (kein Vereinsmitglied) angesprochen, was der Schal solle. J antwortet darauf nicht. Daraufhin legt K dem J den Arm über die Schulter und fordert ihn zur Herausgabe des Schals auf: Wenn er „keine auf die Fresse“ wolle, solle er den Schal jetzt herausgeben. J reagiert immer noch nicht. Daraufhin nimmt K den Schal von der Schulter des J, der dies aus Angst vor einer tätli-

chen Auseinandersetzung so hinnimmt. K wirft den Schal – wie von Anfang an geplant – später ins Gebüsch, wo er nach mehreren Wochen von der Stadtreinigung durch die Witterung stark zersetzt gefunden wird.

Am nächsten Tag sitzt J in der Bibliothek an seiner Strafrechtshausarbeit. Als sein Kommilitone L, der Hilfskraft an einem Lehrstuhl ist und den er deshalb als besonders kompetenten Studierenden einschätzt, in die Mensa geht, nimmt er dessen Notebook an sich und verlässt damit ebenfalls die Bibliothek. Er hat vor, dessen Hausarbeit zu kopieren und das Notebook am Abend wieder an den Platz zu stellen, was er dann auch in die Realität umsetzt. Weder der Zugang zum Notebook noch die Datei sind passwortgesichert. Allerdings wird J von Student S, dem J gelegentlich eine kleine Portion Haschisch verkauft, beobachtet. Dieser hat mit J noch eine Rechnung offen, da J ihm vor einigen Monaten, als S von ihm Haschisch kaufen wollte, stattdessen Schokolade übergeben hat. S geht am nächsten Tag zu J und fordert ihn auf, das Geld zurückzuzahlen. Andernfalls werde er die Mitnahme des Laptops der Polizei melden. Zähneknirschend kommt J der Forderung nach. J gibt eine Hausarbeit ab, die in weiten Teilen mit derjenigen des L identisch ist. Bevor es überhaupt zur Prüfung seiner Arbeit kommt, wird das Plagiat im Wege einer elektronischen Vorabkontrolle entdeckt. Nachdem S, der sich in anderer Sache erneut über J geärgert hatte, spontan das Geschehen preisgibt, wird die Arbeit des J mit „ungenü-

* *Jörg Eisele* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen. *Christian F. Majer* ist Inhaber einer Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg sowie Lehrbeauftragter an der Universität Konstanz.

gend“ bewertet, L besteht die Arbeit mit der Note „vollbefriedigend“. Eine Auszahlung des Werklohns für die Korrektur der Arbeit des J erfolgt nicht.

Wie haben sich J, K und S nach den Vorschriften des Strafgesetzbuchs strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk:

§ 202 a ff. StGB sowie §§ 267 bis 274 StGB (Urkundendelikte) sind nicht zu prüfen.

1. Tatkomplex: Das Basketballspiel

A. Strafbarkeit des J

I. Strafbarkeit gemäß § 185 StGB zu Lasten des Rhöndorfer TV e. V.

1. Tatbestand

Unter Beleidigung versteht man einen Angriff auf die Ehre eines anderen durch Kundgabe von Nicht-, Gering- oder Missachtung.¹ Voraussetzung ist zunächst, dass der Rhöndorfer TV e. V. als beleidigungsfähig angesehen werden kann. Streitig ist in Rechtsprechung und Literatur, ob juristische Personen als beleidigungsfähig angesehen werden können.

a. Die wohl herrschende Meinung² bejaht die Beleidigungsfähigkeit von juristischen Perso-

¹ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 1; Eisele, Strafrecht BT I, Rn. 568.

nen mit der Begründung, diese ergebe sich aus § 194 III, IV StGB. Es sei zwar keine Verletzung der Würde einer juristischen Person, jedoch eine Verletzung ihres sozialen Ansehens möglich. Die Gegenansicht verneint die Beleidigungsfähigkeit juristischer Personen. Die Beleidigung sei untrennbar mit der personalen Würde verknüpft, die nur einer natürlichen Person zukommen könne. Aus den §§ 194 III, IV ergebe sich nichts anderes, da darin nur öffentlich-rechtliche Körperschaften genannt sind. Dagegen spricht aber, dass § 194 für die dort genannten Verbände lediglich Sonderregelungen bezüglich des Strafantrags enthält, die für andere Personengemeinschaften (z. B. eine GmbH) überhaupt nicht getroffen werden müssen. Warum die dort genannten Verbände gegenüber anderen Organisationen, die ebenfalls eine anerkannte soziale Funktion erfüllen (Rotes Kreuz, Parteien usw.), hinsichtlich des Ehrschutzes privilegiert sein sollen, ist nicht ersichtlich.

b. Auf Grundlage der herrschenden Meinung ist dann erforderlich, dass die Personengemeinschaft erstens abgrenzbar ist, zweitens eine rechtlich anerkannte Funktion erfüllt und drittens einen einheitlichen Willen bilden kann. Problematisch ist hier die soziale Funktion; nicht ausreichend ist ein Verein, in dem lediglich private Hobbies gepflegt werden.³ Ein Sportverein ist zwar als potentiell gemeinnützig anerkannt, eine soziale Funk-

² Lackner/Kühl, StGB, Vor § 185 Rn. 5; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 185 ff. Rn. 3 m. w. N.; Eisele, Strafrecht BT I, Rn. 584 ff.

tion dürfte er aber nicht erfüllen. Da die soziale Funktion eine der personalen Würde vergleichbare Bedeutung haben muss, sind an diese strengen Anforderungen zu stellen. Ein Sportverein verfolgt primär den Zweck der gemeinsamen Freizeitbeschäftigung, soziale Tätigkeiten kommen ihm allenfalls als Reflex zu (a. A. vertretbar).

2. Ergebnis

Der Rhöndorfer TV e. V. ist damit nicht beleidigungsfähig; J hat sich also nicht gemäß § 185 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gemäß § 185 StGB zu Lasten des K

1. Tatbestand

Abzugrenzen von der Beleidigung des Verbandes selbst ist die mittelbare Beleidigung der einzelnen Mitglieder einer Personengemeinschaft durch eine Sammel- oder Kollektivbezeichnung. Indem die Äußerung auf die Personengemeinschaft bezogen wird, können auch die einzelnen, hinter dem Verband stehenden Mitglieder beleidigt werden. Das setzt voraus, dass in dem Tragen des Schals eine Kundgabe der Missachtung zu sehen ist und diese sich auch gegen K richtet. Das Werturteil muss einen ehrenrührigen Inhalt haben, d. h. es muss die Missachtung eines verdienten Geltungsanspruchs zum Ausdruck gebracht werden. Dabei ist stets vom

³ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 185 ff. Rn. 3.

Wortlaut der Äußerung auszugehen. Für die Frage der Ehrverletzung kommt es nicht auf das subjektive Empfinden des Opfers oder gar des Täters an, sondern wie sich der objektive Sinngehalt der Äußerung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles (sprachlicher Kontext, sachlicher Zusammenhang, persönliche Verhältnisse, soziale Stellung, Alter usw.) aus der Sicht eines durchschnittlichen Erklärungsempfängers darstellt.⁴

a. Die Formulierung „Scheiß ...“ ist als Äußerung der Geringschätzung und Missachtung zu werten; dasselbe gilt für das Symbol einer Faust mit ausgestrecktem Mittelfinger. Der Satz „Ihr seid nur ein Karnevalsverein“ spielt auf die im Rheinland vorherrschende Karnevalstradition an und soll dem Verein damit die Seriosität absprechen, ist mithin – zumindest in Kumulation mit den weiteren Äußerungen – als Kundgabe der Missachtung zu werten. Zu einem anderen Ergebnis kann man jedoch gelangen, wenn man solche Äußerungen unter Berücksichtigung der gesamten Situation als sozialadäquat einstuft. Es ist fester Bestandteil bei vielen Sportveranstaltungen, dass die Anhänger der gegeneinander auftretenden Vereine sich gegenseitig mit Schmähungen bedenken; diese Form der Beleidigungen nimmt im Zusammenhang mit Sportereignissen die Form eines Rituals an. Sie sind allgemein akzeptiert und üblich.

⁴ Siehe dazu BVerfGE 93, 266 (295); BGHSt 19, 235 (237); OLG Stuttgart, NStZ-RR 2009, 50 (Auslegung Buchstabenkombination A. C. A. B.: „all cops are bastards“); Rengier, BT 2, § 29 Rn. 25.

Durch sie soll das Zusammengehörigkeitsgefühl der Gruppe gestärkt und die Wettbewerbssituation angefacht werden; die Missachtung der personalen Würde der gegnerischen Fans tritt demgegenüber in den Hintergrund.⁵

b. Nimmt man dennoch einen ehrherabsetzenden Charakter an, so ist zu diskutieren, ob sich die Beleidigung auch gegen K richtet. Nach dem ersten Eindruck richtet sich die Beleidigung nur gegen den Verein und seine Mitglieder, zu denen K nicht zählt. Allerdings muss beachtet werden, dass solche Äußerungen weniger auf die juristische Person selbst oder ihre Mitglieder abzielen, sondern eher auf die Anhänger dieses Vereins. Da es sich in dieser Fallgruppe um eine Beleidigung von Einzelpersonen handelt, muss die Äußerung aber stets bestimmten Personen zugeordnet werden können. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds umso schwächer wird, je größer das Kollektiv ist.⁶ Zudem ist erforderlich, dass sich die bezeichnete Personengruppe anhand bestimmter Merkmale deutlich aus der Allgemeinheit heraushebt sowie einen überschaubaren und deutlich abgrenzbaren Personenkreis enthält.⁷ Jedenfalls Letzteres ist bei blo-

ßen Anhängern eines Vereins, die noch nicht einmal Mitglieder sind, nicht gegeben.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des J nach § 185 StGB ist zu verneinen.

B. Strafbarkeit des K

I. Strafbarkeit gemäß § 249 I bezüglich der Wegnahme des Schals

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Bei dem Schal handelt es sich um eine für K fremde bewegliche Sache. Diese hat K dem J auch weggenommen. Eine Vermögensverfügung i. S. d. des Erpressungstatbestandes liegt hier auf Grundlage aller Ansichten recht eindeutig nicht vor. Das müsste weiterhin durch Gewalt oder der Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erfolgt sein. Eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben liegt vor, wenn der Täter eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Integrität in Aussicht stellt, auf die er Einfluss hat oder dies zumindest vorgibt. Hier hat K dem J mitgeteilt, wenn er keine „auf die Fresse“ wolle, solle er den Schal herausgeben. Daher hat K dem J mit einer konkreten Gefahr für seine Gesundheit („Leib“) gedroht. Der objektive Tatbestand ist verwirklicht.

⁵ Vgl. auch *LG Potsdam*, BeckRS 2009, 29366.

⁶ BVerfGE 93, 266 (300 f.).

⁷ Siehe BGHSt 2, 38 (39); BGHSt 11, 207 (208); krit. im Hinblick auf das Kriterium einer überschaubaren Menge aber BGHSt 36, 83 (85 ff.); *Lackner/Kühl*, Vorbem. § 185 Rn. 3; *Eisele*, Strafrecht BT I, Rn. 589.

b. Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich. Erforderlich ist darüber hinaus die Absicht, die Sache sich oder einem Dritten zuzueignen (Zueignungsabsicht). Die Zueignungsabsicht setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen, nämlich dem bedingten Vorsatz hinsichtlich einer dauernden Enteignung und der Absicht einer zumindest kurzfristigen Aneignung.⁸ Hier hat K den Schal ins Gebüsch geworfen; es war ihm daher gleichgültig, ob J den Schal jemals wieder findet. Bedingter Vorsatz bezüglich einer dauernden Enteignung lag also vor. Fraglich ist aber, ob K auch die Absicht einer wenn auch nur kurzfristigen Aneignung hatte. Das setzt voraus, dass sich der Täter die Sache, wenn auch nur kurzfristig, in sein Vermögen einverleiben wollte.⁹ Das ist nicht der Fall, wenn der Täter nur das Opfer ärgern oder sich an ihm rächen möchte.¹⁰ Hier wollte K den Schal nur deswegen dem J wegnehmen, weil er sich über den Schal geärgert hatte und sich durch diesen beleidigt fühlte. Er wollte ihn nicht in irgendeiner Form nutzen oder ihn sich in sein Vermögen einverleiben, sondern den Schal wegwerfen. Die Absicht einer wenn auch nur kurzfristigen Aneignung liegt bei K demnach nicht vor. Der subjektive Tatbestand des Raubes ist daher nicht verwirklicht.

⁸ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 242 StGB, Rn. 46.; Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 242 Rn. 118; Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 335 u. 64 ff.

⁹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 242 StGB, Rn. 47.

¹⁰ LG Potsdam, BeckRS 2009, 29366.

2. Ergebnis

K hat sich nicht gemäß § 249 I StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit nach §§ 253, 255 StGB bezüglich der Wegnahme des Schals

Auf Grundlage der Literatur scheiden §§ 253, 255 StGB schon deshalb aus, weil zwischen der Wegnahme und Vermögensverfügung ein Exklusivitätsverhältnis besteht. Nach Ansicht der Rechtsprechung kann trotz Bejahung der Wegnahme jedoch auf §§ 253, 255 StGB zurückgegriffen werden, wenn bei § 249 StGB die Zueignungsabsicht zu verneinen ist. Jedoch gelangt man auch hier zu keinem anderen Ergebnis, da die Bereicherungsabsicht offensichtlich zu verneinen ist.

Anmerkung:

Die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sollte daher einigermaßen knapp gehalten werden.

III. Strafbarkeit nach § 240 I StGB bezüglich der Wegnahme des Schals

1. Tatbestand

K drohte J mit Schlägen, also einem empfindlichen Übel. Dies erfolgte, um eine Herausgabe des Schals zu erzwingen bzw. eine Duldung der Wegnahme zu erreichen. Infolge der Drohung hat J jede Gegenwehr unterlas-

sen. K hatte Vorsatz. Der Tatbestand der Nötigung ist daher erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob er auch rechtswidrig handelte.

a. In Betracht kommt zunächst eine Rechtfertigung nach § 32 StGB. Erforderlich ist ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut; in Betracht kommt als solches die Ehre des K. Dies ist jedoch zu verneinen, wenn man in dem Tragen des Schals keine Herabsetzung des K gesehen hat. Wer dies bei § 185 anders gesehen hat, muss einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff bejahen. Es ist dann weiter zu prüfen, ob die Handlung erforderlich war, um den Angriff abzuwehren. Das ist nicht der Fall, wenn ein milderes, gleich effektives Mittel zur Verfügung steht. Da nicht der Schal als solcher, sondern erst sein Tragen einen Angriff auf die Ehre darstellt, hätte es genügt, wenn K den J aufgefordert hätte, den Schal wegzustecken und nicht mehr zu tragen; das wäre gegenüber der Aufforderung zur Herausgabe das mildere, gleich effektive Mittel gewesen.¹¹ Eine Rechtfertigung wegen Notwehr scheidet also aus.

b. Die Verwerflichkeit ergibt sich bereits aus der Verwerflichkeit des Nötigungsmittels, nämlich der Androhung von Schlägen. Hinzukommt, dass K auch keinen „positiven“ Nötigungserfolg anstrebt.

¹¹ LG Potsdam, BeckRS 2009, 29366.

3. Ergebnis

Der schuldhaft handelnde K hat sich gemäß § 240 I StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit gemäß § 303 I StGB durch das Wegwerfen des Schals

1. Tatbestand

Bei dem Schal handelt es sich um eine für K fremde Sache. Erforderlich ist, dass K den Schal beschädigt hat. Beschädigen ist jede körperliche Einwirkung auf die Sache, welche die Substanz nicht unerheblich verletzt oder die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.¹² Der bloße Entzug der Sache genügt nicht.¹³

Hier hat K durch das Wegwerfen vorerst weder die Substanz verletzt noch die Brauchbarkeit beeinträchtigt; es handelt sich zunächst um eine bloße Ortsveränderung. Allerdings wurde der Schal durch die Witterung zersetzt. Das ist dann als Beschädigen anzusehen, wenn dies dem K zurechenbar ist. Das setzt voraus, dass er ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen hat und sich genau dieses im Erfolg realisiert hat. Durch das Wegwerfen des Schals schuf K das Risiko der Beschädigung durch die Witterung; dieses hat sich im Erfolg auch realisiert.

¹² Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 459; Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 303 Rn. 8.

¹³ BGHSt 44, 34 (38).

K hat damit den Schal i. S. d. § 303 I StGB beschädigt. Er handelte auch vorsätzlich, da er davon ausgehen musste, dass der Schal nicht mehr gefunden wird und daher dem Verwitterungsprozess ausgesetzt wird.

2. Ergebnis

Der rechtswidrig und schuldhaft handelnde K hat sich gemäß § 303 I StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: In der Bibliothek

A. Strafbarkeit des J

I. Strafbarkeit gemäß § 242 I StGB bezüglich des Notebooks

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Bei dem Notebook handelt es sich um eine für J fremde bewegliche Sache. Indem J den Gewahrsam des L, der aufgrund der Kenntnis des Standorts trotz Verlassens der Bibliothek fortbestand, gebrochen hat, hat J das Notebook weggenommen.

b. Subjektiver Tatbestand

Die Wegnahme erfolgte vorsätzlich. Fraglich ist, ob J auch die Absicht hatte, die Sache sich oder einem Dritten zuzueignen.¹⁴ Er hatte zwar die Absicht, sich die Sache kurzfristig anzueignen, nämlich das Notebook zum

¹⁴ Zum Begriff s. o. Fn. 7.

Zwecke der Herstellung einer Kopie zu benutzen. Jedoch hatte er den Vorsatz, das Notebook wieder an seinen Platz zu stellen (was er dann auch tat). Er hatte also nicht den Vorsatz bezüglich einer dauernden Ent-eignung.

Anderes gilt jedoch, wenn nicht das Notebook selbst, sondern ein in ihm verkörperter Sachwert Gegenstand der Zueignung ist.¹⁵ In diesem Fall wäre die Zueignungsabsicht gegeben, da eine Rückführung des Sachwertes ausscheidet. Das setzt voraus, dass der Täter sich den in der Sache verkörperten Wert zueignen wollte („lucrum ex re“).¹⁶ Die auf einem Notebook gespeicherten Dateien sind jedoch nicht als Sachwert des Notebooks anzusehen, da sie seinen spezifischen Wert nicht verkörpern. Das Notebook hat nach Rückgabe denselben Sachwert wie zuvor. J hatte also keine Zueignungsabsicht.

2. Ergebnis

J hat sich nicht gemäß § 242 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gemäß § 242 I StGB bezüglich Datei

Eine Strafbarkeit nach § 242 I StGB scheidet aus, da es sich bei einer Datei nicht um einen körperlichen Gegenstand, also nicht um eine Sache handelt.

¹⁵ BGH, NJW 1985, 812; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21; Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 65.

¹⁶ Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 66.

III. Strafbarkeit gemäß § 263 I z. N. der Universität durch Abgabe der Hausarbeit

1. Tatbestand

Eine Täuschung liegt aufgrund der Abgabe der Hausarbeit vor: J behauptet konkludent, die Hausarbeit selbst verfasst zu haben. Erforderlich ist weiter, dass sich die Universität in einem Irrtum befand. Irrtum ist die Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung sind.¹⁷ Hier wurde die Arbeit freilich gar nicht näher begutachtet, so dass bereits ein Irrtum verneint werden kann; jedenfalls fehlt es aber an der Vermögensverfügung, da kein Werklohn ausgezahlt wurde.

2. Ergebnis

J hat sich nicht gemäß § 263 I z. N. der Universität durch Abgabe der Hausarbeit strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit gemäß §§ 263 I, 22, 23 StGB z. N. der Universität durch Abgabe der Hausarbeit

1. Tatbestand

Zunächst muss J Tatentschluss gehabt haben. Der Tatentschluss muss auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes bezogen sein; ferner muss Bereicherungsabsicht vorliegen.

a. J wollte die Universität Konstanz über seine Urheberschaft an der Hausarbeit täu-

schen; dadurch sollten sich die entsprechenden Mitarbeiter der Universität in einem Irrtum befinden. Der Vorsatz hinsichtlich der notwendigen Vermögensverfügung und des darauf beruhenden Vermögensschadens bezog sich allenfalls auf die Auszahlung des Werklohns für die Korrektur.

b. Fraglich ist aber, ob J die Absicht hatte, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. J hatte die Absicht, einen Teil (die Hausarbeit) der großen Übung im Strafrecht durch die Verwendung des Plagiats zu bestehen. Das Bestehen ist zwar Voraussetzung für die Teilnahme am juristischen Staatsexamen; zweifelhaft ist allerdings, ob dieser vorgeschalteten Leistung ein Vermögenswert zukommt und diese als höchstpersönliche Leistung überhaupt kommerzialisierbar ist. Letzteres wird man am ehesten noch unter Zugrundelegung eines rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs annehmen können. Die Strafbarkeit scheidet jedoch aus anderem Grund aus: Selbst wenn man annimmt, dass es sich bei der Hausarbeit um einen Vermögenswert handelt, wäre die Stoffgleichheit zwischen erstrebtem Vermögensvorteil und Schaden zu verneinen, weil die Zahlung an den Korrekturassistenten nicht die Kehrseite des erstrebten Vorteils darstellt.

2. Ergebnis

J hat sich also nicht gemäß §§ 263, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

¹⁷ Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 541.

Anmerkung:

V. und VI. sind von den Bearbeitern nicht zwingend zu verlangen.

V. Strafbarkeit gemäß §§ 263 I, 22, 23 StGB z. N. des L durch Abgabe der Hausarbeit

Zu denken ist an einen versuchten Dreiecksbetrug zu Lasten des L. Der Tatentschluss und Irrtum sind wie bei IV. gegenüber den Mitarbeitern der Universität zu begründen. Er könnte auch auf eine Vermögensverfügung zu Lasten des L bezogen sein, weil dessen Arbeit in Gefahr geriet, ebenfalls mit „ungenügend“ bewertet zu werden. Das beim Dreiecksbetrug notwendige Näheverhältnis zwischen Universität und Bearbeiter ergibt sich jedenfalls aus dem Bewertungssystem, welches bei Täuschungen entsprechende Sanktionierungen zulässt. Voraussetzung ist hierfür jedenfalls, dass man der Hausarbeit einen Vermögenswert beimisst (oben IV.) und man zumindest Eventualvorsatz annimmt, was immerhin zweifelhaft sein könnte, wenn J von einer erfolgreichen Täuschung ausging. Bejaht man dies, gelangt man auch zum Tatentschluss hinsichtlich eines Vermögensschadens. Die Bereicherungsabsicht hängt erneut an der Frage des Vermögenswerts der Hausarbeit. Aber auch hier bereitet die Stoffgleichheit Probleme. Denn die Arbeit des L wird ja nur dann nicht gewertet, wenn das Plagiat entdeckt wird, so dass in diesem Fall auch J keine Bereicherung erzielen kann. Mit anderen Worten: Die Bereiche-

rungsabsicht des J lässt sich nur realisieren, wenn L keinen Vermögensschaden erleidet.

VI. Strafbarkeit gemäß §§ 263 a, 22, 23 StGB z. N. der Universität durch Abgabe der Hausarbeit

Ein versuchter Computerbetrug scheidet schon deshalb aus, weil – trotz elektronischer Plagiatsprüfung – kein Vermögensschaden aufgrund der Beeinflussung einer Datenverarbeitungsanlage eintreten sollte. Vielmehr waren hier – auch aus Sicht des J – menschliche Handlungen zwischengeschaltet.

VII. Strafbarkeit nach § 263 zu Lasten des S durch Lieferung von Schokolade statt Haschisch

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

Mit der Lieferung behauptete J konkludent, es handele sich um das verkaufte Haschisch, eine Täuschung liegt also vor. S nahm an, dass es sich um Haschisch handele, befand sich also in einem Irrtum. Zwar hat S dem J Bargeld übergeben und daher eine finanzielle Einbuße erlitten, fraglich ist hier jedoch, ob dieses zum geschützten Vermögen gehörte und damit eine Vermögensverfügung und ein Vermögensschaden vorliegt.

Grundsätzlich wird unter dem Vermögen die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter einer Person verstanden (wirtschaftlicher Vermö-

gensbegriff). Demnach läge hier ein Vermögensschaden vor. Diese Sichtweise wird jedoch von der herrschenden Lehre dahingehend modifiziert, dass nur solche wirtschaftlichen Güter umfasst sind, die nicht rechtlich missbilligt sind (juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff).¹⁸ Freilich ist auch innerhalb dieses Ansatzes die Lösung streitig: Teilweise wird ein Vermögensschaden verneint, weil einer Rückforderung des S § 817 S. 2 BGB entgegenstehe; außerdem unterlägen die Güter in diesem Fall Verfall und Einziehung. Letztlich sei auch ein Fall der bewussten Selbstschädigung gegeben, da in diesem Fall das Vermögen auf eigenes Risiko weggegeben werde.¹⁹ Die Rechtsprechung und ein anderer Teil dieser Lehre nehmen hier auch auf Basis des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs einen Vermögensschaden an.²⁰ Es werde „gutes“ Geld weggegeben, § 817 S. 2 schließe nur eine Rückforderung aus. Zudem ist die Vorschrift zumindest nach der Rechtsprechung nur auf das Bereicherungsrecht beschränkt. Auch eine bewusste Selbstschädigung liege nicht vor, da nicht das Bewusstsein der Unentgeltlichkeit vorliege. Letztlich sei der Besitz an Geld nicht rechtlich missbilligt.

¹⁸ Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 82; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 263 Rn. 132.

¹⁹ LG Regensburg, NStZ-RR 2005, 312; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 83 u. 150; Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 263 Rn. 309 ff. u. 441; a. A. Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 609.

²⁰ BGH, NJW 2002, 2117.

b. Subjektiver Tatbestand

Bejaht man mit der herrschenden Meinung einen Vermögensschaden, so handelt J auch vorsätzlich und mit der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

2. Ergebnis

Der rechtswidrig und schuldhaft handelnde J macht sich nach § 263 StGB strafbar.

B. Strafbarkeit des S

I. Strafbarkeit gemäß § 253 StGB

1. Tatbestand

a. Objektiver Tatbestand

S drohte dem J mit einer Strafanzeige bei der Polizei, eine Drohung mit einem empfindlichen Übel liegt also vor. Dadurch wurde J veranlasst, ihm die Hausarbeit zur Verfügung zu stellen und das Geld zurückzuzahlen. Aufgrund der Zahlung des Geldes liegt auch ein Vermögensschaden vor.

b. Subjektiver Tatbestand

S handelte vorsätzlich. Fraglich ist aber, ob er die Absicht hatte, sich rechtswidrig zu bereichern. Die Rückzahlung des Geldes ist ein Vermögensvorteil. Dieser müsste allerdings rechtswidrig sein; das ist nicht der Fall, wenn dem Täter ein fälliger und einredefreier Anspruch auf den Vermögensvorteil zusteht.²¹

²¹ Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 786.

Ein solcher Anspruch folgt hier allerdings aus § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB,²² den J durch den Verkauf verwirklicht hat; (a. A. aber vertretbar, wenn man § 263 StGB oben verneint hat; dann ist die Verwerflichkeit und damit die Strafbarkeit zu bejahen.)

Anmerkung:

Soweit Bearbeiter dies nicht erkennen, ist das kein schwerer Fehler.

2. Ergebnis

S hat sich nicht gemäß § 253 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gemäß § 240 I StGB

Eine Strafbarkeit wegen Nötigung ist hier zu bejahen. Die Verwerflichkeit folgt aus der fehlenden Zweck-Mittel-Relation (Inkonnektivität):²³ Zwar ist das Mittel (eine Strafanzeige bei der Polizei wegen der Wegnahme des Notebooks) für sich genommen nicht verwerflich, ebenso wenig der Zweck (die Durchsetzung einer Forderung). Das Mittel steht jedoch in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Zweck.

Endergebnis

1. J hat sich gemäß § 263 StGB zu Lasten des S wegen der Lieferung von Schokolade statt Haschisch strafbar gemacht.
2. K hat sich gemäß § 240 I StGB durch die Bedrohung des J zwecks Wegnahme des Schals und gemäß § 303 I StGB durch das Wegwerfen des Schals strafbar gemacht.
3. S hat sich gemäß § 240 I StGB durch die Drohung gegenüber J zwecks Erlangung der Hausarbeit und des Geldes strafbar gemacht.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

²² § 817 S. 2 BGB ist auf diesen Anspruch nach überwiegender Meinung nicht anwendbar, siehe *BGH*, NJW 1992, 310, 311; *OLG Koblenz*, NJW 1996, 665; für die vorliegende Konstellation auch *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 817 Rn. 16.

²³ *Eisele*, Strafrecht BT I, Rn. 496.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

**Vererblichkeit eines
Geldentschädigungs-
anspruchs wegen
Persönlichkeitsrechts-
verletzung**

Urteil vom 29.04.2014 – VI ZR 246/12

Der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung ist grundsätzlich nicht vererblich. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Die B Zeitschriften Verlag KG (im Folgenden: B) berichtete im Zeitraum von März 2009 bis August 2010 mehrfach ehrverletzend über eine Krankheit des bekannten Entertainers E. Im Hinblick auf die von ihm in diesem Zusammenhang angenommenen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts nahm der E die B auf Zahlung einer Geldentschädigung in Höhe eines Mindestbetrags von 30.000 Euro in Anspruch. Die Klage ist am 11.02.2011 beim zuständigen Landgericht eingegangen. Am 12.02.2011 verstarb E. Im März 2011 wurde die Klage der B zugestellt. K ist Erbe des E und führt den Prozess nunmehr weiter.

Hat K einen Anspruch gegen B in Höhe von 30.000 Euro?

Es ist zu unterstellen, dass der Anspruch dem Grunde und der Höhe nach in der Person des E bestand.

Falllösung

Anspruch des K gegen B auf Zahlung von 30.000 Euro gemäß § 823 I, Art. 2 I GG, 1922 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch des K ist, dass der Anspruch in Person des E bestand und dass K Anspruchsinhaber gemäß § 1922 BGB wurde. Da das Bestehen des Anspruchs in Person des E zu unterstellen ist, ist allein die Anspruchsinhaberschaft des K fraglich. Dieser könnte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB Inhaber des Anspruchs geworden sein.

Übergang des Anspruchs gemäß § 1922 BGB

Grundsätzlich gehen sämtliche Rechte und Forderungen gemäß § 1922 BGB mit Eintritt des Erbfalls auf den Erben über. Ausgenommen hiervon sind lediglich höchstpersönliche Rechtspositionen. Für Geldentschädigungsansprüche wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist dies umstritten. Dazu der BGH:

„Die Frage, ob der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeits-

rechts vererblich ist, ist höchstrichterlich bislang nicht abschließend geklärt [...]. Im Schrifttum ist die Frage umstritten.

Eine Reihe von Autoren bejaht die Vererblichkeit [...]. Begründet wird diese Auffassung zunächst mit der uneingeschränkten Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs seit Aufhebung von § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. zum 1. Juli 1990, aus der entsprechende Konsequenzen auch für den Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu ziehen seien [...]. Darüber hinaus wird angenommen, die unterschiedliche Behandlung des Schmerzensgeldanspruchs einerseits und des Geldentschädigungsanspruchs wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts andererseits verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG [...]. Andere gehen davon aus, eine unberechtigte Besserstellung des Verletzers durch den Tod des Verletzten vor Leistung des Geldersatzes müsse vermieden werden [...]. Überdies löse sich der auf eine Geldzahlung gerichtete Anspruch mit seiner Entstehung von den ideellen Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts [...].

Die Gegenauffassung [...] stützt sich auf den Zweck der Geldentschädigung, der darin liege, die – nicht vererblichen [...] – ideellen Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu schützen [...]. Weiter wird darauf verwiesen, die überwiegende Genugtuungsfunktion des Geldentschädigungsanspruchs aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen und ihr höchstpersönlicher Bezug zur Individuali-

tät des Betroffenen lasse eine Vererblichkeit nicht zu [...].

Die zuletzt genannte Auffassung trifft im Ergebnis zu. Der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist grundsätzlich nicht vererblich.

Unmittelbar aus der nach wie vor zutreffenden Erkenntnis, dass die ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden und als höchstpersönliche Rechte unverzichtbar und unveräußerlich, also nicht übertragbar und nicht vererblich sind [...], ergibt sich dies freilich – worauf die Revision zutreffend hinweist – noch nicht. Denn der Geldentschädigungsanspruch hat zwar seine Grundlage im Schutzauftrag aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG [...] und dient gerade den vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfassten ideellen Interessen. Als Geldzahlungsanspruch ist er aber nicht selbst Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts [...].

Die Unvererblichkeit ergibt sich aber aus Natur und Zweck des Geldentschädigungsanspruchs selbst.

Der erkennende Senat hat bereits entschieden, dass der Anspruch auf Entschädigung in Geld für die Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht abtretbar ist. Er hat dies ‚aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften, die für die gesetzlich normierten Fälle ideellen Schadensersatzes gegeben sind‘, gefolgert. Konkret hat er dabei auf die damals geltenden

Regelungen des § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. und des § 1300 Abs. 2 BGB a. F. abgestellt [...]. Die genannten Vorschriften regelten dabei nicht nur die fehlende Abtretbarkeit der Ansprüche aus § 847 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. bzw. § 1300 Abs. 1 BGB a. F., sondern auch ihre grundsätzliche Unvererblichkeit. Grund für den Ausschluss von Abtretbarkeit und Vererblichkeit dieser Ansprüche war, dass sie der Gesetzgeber aufgrund ihres an die Person des Berechtigten gebundenen Charakters für höchstpersönlich erachtete [...]. Durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. und des § 1300 Abs. 2 BGB a. F. auf den auch zum damaligen Zeitpunkt bereits aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten [...] Geldentschädigungsanspruch hat der Senat zum Ausdruck gebracht, dass er diesem Anspruch denselben Charakter zumisst.

[...]

Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich ein solcher gesetzgeberischer Wille zunächst nicht aus der Streichung von § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. und entsprechender Vorschriften in anderen Gesetzen durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze vom 14. März 1990 (BGBl. I, S. 478). Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber hier seine bis dahin und auch später (vgl. nur Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, BR-Drucks. 742/01, S. 58; ferner Gegenäußerung der Bundesregierung

zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 14/7752, S. 55) geübte Zurückhaltung, den vom erkennenden Senat unmittelbar aus dem Schutzauftrag des Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten Geldentschädigungsanspruch in irgendeiner Weise zu regeln, hätte aufgeben und eine Aussage zur Vererblichkeit dieses Anspruchs hätte treffen wollen, sind nicht ersichtlich.

Im Gegenteil sollte mit der Streichung von § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. und entsprechender Vorschriften im Luftverkehrsgesetz, im Bundesgrenzschutzgesetz sowie im Atomgesetz ein spezifisches Problem im Bereich des Schmerzensgeldes einer Lösung zugeführt werden. Dieses Problem lag ausweislich der Gesetzesmaterialien im ‚Wettlauf mit der Zeit‘, dem sich ‚insbesondere die nächsten Angehörigen‘ ausgesetzt sahen, wenn sie ‚gerade bei schwersten Verletzungen mit der Folge der Bewusstlosigkeit des Verletzten und akuter Lebensgefahr‘ Schmerzensgeldansprüche auch für den Fall des Todes des Verletzten wahren wollten (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze, BT-Drucks. 11/4415, S. 1, 4; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum genannten Gesetzentwurf, BT-Drucks. 11/5423, S. 1, 4). Auch wenn sich die Reichweite der Gesetzesänderung nicht auf die Fälle schwerster Verletzungen mit der Folge der Bewusstlosigkeit des Verletzten und akuter Lebensgefahr beschränkte, sondern auch leichtere Verletzungen, im Falle des § 34 Bundesgrenzschutzge-

setz sogar Ehrverletzungen einschloss, waren mithin doch gerade die Fälle schwerster Körperverletzungen Grund für die Streichung der Unvererblichkeit der genannten Ansprüche. Damit bezweckte die Gesetzesänderung die Beseitigung einer Problemlage, die typischerweise bei Ansprüchen infolge von Körperverletzungen, nicht aber bei Ansprüchen aufgrund der Verletzung des Persönlichkeitsrechts besteht [...]. Dass der Gesetzgeber mit der Streichung unter anderem des § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. nicht alle Ansprüche auf Ausgleich immaterieller Nachteile für vererblich erklären wollte, zeigt im Übrigen auch die Regelung des § 1300 Abs. 2 BGB a. F. Sie wurde bis zur Abschaffung des Kranzgeldes zum 1. Juli 1998 beibehalten.“

Maßgeblich begründet der BGH die Unvererblichkeit auch mit teleologischen Erwägungen:

„Bei der Zuerkennung einer Geldentschädigung im Falle einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung steht regelmäßig der Genugtuungsgedanke im Vordergrund [...]. Da einem Verstorbenen Genugtuung für die Verletzung seiner Persönlichkeit nicht mehr verschafft werden kann, scheidet nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats die Zuerkennung einer Geldentschädigung im Falle der Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes [aus] [...] Erfolgt die Verletzung des Persönlichkeitsrechts zwar noch zu Lebzeiten des Verletzten, stirbt dieser aber, bevor sein Entschädigungsanspruch erfüllt worden

ist, verliert die mit der Geldentschädigung bezweckte Genugtuung regelmäßig ebenfalls an Bedeutung. Gründe, vom Fortbestehen des Geldentschädigungsanspruchs über den Tod des Verletzten hinaus auszugehen, bestehen unter diesem Gesichtspunkt im Allgemeinen mithin nicht.

Der von der Revision herangezogene Gedanke der Prävention kann vorliegend zu keiner anderen Beurteilung führen. Zwar trifft es zu, dass der Geldentschädigungsanspruch auch der Prävention dient [...]. Der Präventionsgedanke vermag die Gewährung einer Geldentschädigung – auch in dem von der Revision vorliegend für gegeben erachteten Fall der Zwangskommerzialisierung – aber nicht alleine zu tragen [...]. Dies wirkt sich nicht nur – wie im Falle postmortaler Persönlichkeitsrechtsverletzungen – auf die Beurteilung der Frage aus, ob der Geldentschädigungsanspruch auch unabhängig von seiner Genugtuungsfunktion entstehen kann, sondern auch darauf, ob er – wie im vorliegend zu beurteilenden Fall – bei Fortfall dieser Funktion weiterbestehen kann.“

Auch einen Verstoß gegen Art. 3 GG sieht der BGH in der Ungleichbehandlung von Schmerzensgeldansprüchen und Ansprüchen wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht:

„Zwar ist Art. 3 Abs. 1 GG dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten in wesent-

licher Hinsicht anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Auch liegt eine solche Grundrechtsverletzung nicht nur dann vor, wenn der Gesetzgeber mehrere Personengruppen ohne hinreichenden sachlichen Grund verschieden behandelt, sondern auch dann, wenn die Gerichte im Wege der Auslegung gesetzlicher Vorschriften zu einer derartigen, dem Gesetzgeber verwehrten Differenzierung gelangen (BVerfG, VersR 2000, 897 mwN). Vorliegend scheidet die Annahme einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG aber daran, dass für die im Hinblick auf die Frage der Vererblichkeit unterschiedliche Behandlung des Geldentschädigungsanspruchs wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts einerseits und des Schmerzensgeldanspruchs sowie anderer Immaterialgüterrechte andererseits sachliche Gründe bestehen. Denn die Unvererblichkeit des Geldentschädigungsanspruchs hat – wie dargelegt – ihren Grund letztlich in der Genugungsfunktion, die bei ihm im Vergleich zu sonstigen Ansprüchen auf Ersatz immaterieller Nachteile und gerade auch im Vergleich zum Schmerzensgeldanspruch in besonderem Maße ausgeprägt ist [...].“

Damit ist der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich nicht vererblich.

Wirkung des § 167 ZPO

Etwas anderes könnte sich aber aus § 167 ZPO ergeben. Dieser bestimmt, dass bereits mit Eingang der Klage Fristen gewahrt werden und die Verjährung gehemmt wird bzw. neu beginnt, wenn die Zustellung demnächst erfolgt, also die Klage „demnächst“ rechtshängig wird. Vom Wortlaut her passt die Vorschrift also nicht auf den vorliegenden Fall. Gründe für eine Analogie sieht der BGH nicht:

„Aus § 167 ZPO ergibt sich nichts anderes. Die dort angeordnete Rückwirkung beschränkt sich – verfassungsrechtlich unbedenklich – auf Fälle, in denen durch die Zustellung eine laufende Frist gewahrt oder die Verjährung neu beginnen oder gehemmt werden soll. Für sonstige Wirkungen der Zustellung gilt sie hingegen nicht [...]. Zu diesen sonstigen Wirkungen zählen insbesondere rechtsbegründende und rechtsverstärkende Folgen, die die Vorschriften des materiellen Rechts an die Rechtshängigkeit und damit an die Zustellung der Klageschrift knüpfen [...]. Für § 847 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB a. F. hat auch der erkennende Senat eine Anwendung solcher Vorschriften wiederholt abgelehnt, die zur Fristwahrung die Wirkung der Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung zurückbeziehen [...]. Durchgreifende Gründe dafür, diese ständige höchstrichterliche Rechtsprechung aufzugeben, werden von der Revision nicht aufgezeigt und sind auch sonst nicht ersichtlich.“

Der Anspruch ist damit auch nicht dann vererblich, wenn er zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits anhängig gemacht wurde.

Ergebnis

Damit steht dem K kein Anspruch gegen B auf Zahlung von 30.000 Euro zu.

Hinweise:

Die Entscheidung ist nur verständlich, wenn man mit dem BGH in die jüngere Rechtsgeschichte eintaucht und sich § 847 BGB in der bis zum 30.06.1990 geltenden Fassung vergegenwärtigt. Dieser lautete bis dahin:

Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist.

Zum 01.07.1990 wurde Satz 2 gestrichen, so dass der – damals auf das Deliktsrecht beschränkte – Schmerzensgeldanspruch vererblich wurde. Seitdem ist es unstrittig, dass Schmerzensgeldansprüche vererblich sind.

Da eine entsprechende Regelung für den Entschädigungsanspruch wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts fehlt, war diese Frage bis jetzt umstritten. Offen bleibt nach der Entscheidung des BGH wei-

terhin, wie es sich verhält, wenn der geltend gemachte Anspruch nicht nur anhängig, sondern bereits rechtshängig geworden ist. Zieht man den Rechtsgedanken des § 847 I 2 BGB a. F. heran, erscheint es konsequent, dass der Anspruch ab Rechtshängigkeit vererblich sein muss. Denn ab Rechtshängigkeit dürfen sich Verzögerungen im Prozess nicht mehr zum Nachteil des Klägers oder dessen Rechtsnachfolger auswirken. Dies lässt sich als allgemeiner Rechtsgedanke aus den §§ 291, 292, 407 II, 818 IV, 987 I BGB ableiten und auf den vorliegenden Fall übertragen.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Anwendbarkeit von § 551 Abs. 1 BGB auf Miet- sicherheiten Dritter

Urteil vom 10.04.2013 – VIII ZR 379/12

Auf eine Sicherheit, die dem Vermieter zur Abwendung einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs gewährt wird, findet § 551 Abs. 1, 4 BGB keine Anwendung (Fortführung von BGH, Urteil vom 7. Juni 1990 – IX ZR 16/90, BGHZ 111, 361, 363). (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der M hatte mit Vertrag vom 30.05.2005 von V eine Wohnung gemietet. Die monatliche Nettokaltmiete betrug 350 Euro, die Betriebskostenvorauszahlung 100 Euro pro Monat. Nachdem die Mieten für die Monate Juli und August 2007 nicht gezahlt worden waren, drohte der V die Kündigung des Mietverhältnisses an. Auf Bitten des Bruders D des M war V jedoch bereit, von der Kündigung Abstand zu nehmen und die Rückstände dem Kautionsparbuch zu entnehmen, sofern ihm eine andere Sicherheit gestellt würde. Am 11.09.2007 unterzeichnete der D eine

von V verfasste, schriftliche Bürgschaftserklärung. Darin heißt es unter anderem:

Hiermit verbürge ich mich für die Mietzahlungen des M bzgl. der Wohnung Nr. ... gegenüber V. Die Bürgschaft endet automatisch bei vollständiger Begleichung aller Mieten und Mietnebenkosten zum Ende des Mietverhältnisses.

In der Folgezeit blieb der M Mieten in einer Gesamthöhe von 6.000 Euro schuldig. Der V kündigte das Mietverhältnis deshalb im Juni 2009 fristlos und erhob Räumungs- und Zahlungsklage gegen M, der antragsgemäß zur Zahlung und Räumung verpflichtet wurde.

V verlangt nunmehr von D Zahlung der noch ausstehenden Miete in Höhe von 6.000 Euro.

Zu Recht?

Falllösung

Anspruch des V gegen D gemäß § 765 Abs. 1 BGB auf Zahlung von 6.000 Euro

Voraussetzung für einen Anspruch auf Zahlung von 6.000 Euro aus dem Bürgschaftsvertrag vom 11.09.2007 gemäß § 765 Abs. 1 BGB ist das wirksame Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags.

Am Zustandekommen des Vertrages bestehen keine Zweifel, insbesondere wurde die gemäß § 766 BGB erforderliche Schriftform eingehalten.

Der Wirksamkeit könnte jedoch § 551 Abs. 4 BGB entgegenstehen, wonach eine von § 551 Abs. 1 BGB zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam ist. Gemäß § 551 Abs. 1 BGB darf die Kautionshöchstens das Dreifache der monatlichen Kaltmiete betragen. Hiergegen könnte verstoßen worden sein, da die von D übernommene Bürgschaft nach oben hin unbegrenzt ist und damit nicht den Anforderungen des § 551 Abs. 1 BGB genügt.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob § 551 Abs. 1 BGB überhaupt auf Sicherheiten anwendbar ist, die nicht vom Mieter selbst, sondern von Dritten gestellt werden. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Hierzu sind zunächst der Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck der Vorschrift heranzuziehen.

Wortlaut

Der Wortlaut des § 551 Abs. 1 BGB lautet: „Hat *der Mieter* [...] dem Vermieter Sicherheit zu leisten [...]“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Dies könnte zunächst dafür sprechen, dass die Norm auf Sicherheiten Dritter nicht anwendbar ist. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass auch in der Stellung der Sicherheit durch einen Dritten eine Sicherheitsleistung des Mieters gesehen werden kann. Es ist sogar teilweise üblich, dass die Mietsicherheit als Bankbürgschaft gestellt wird. Die Mietsicherheit kann also auch der Mieter durch einen Dritten leisten, so dass

der Wortlaut insofern offen ist und keine abschließende Aussage darüber zulässt, ob die Norm auch auf die Sicherheitsleistung durch Dritte anwendbar ist.

Systematik

Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 551 Abs. 4 BGB zu lesen, der bestimmt, dass Abweichungen zum Nachteil des Mieters (!) unzulässig sind. Die hier vorgenommene Abweichung ist jedoch keine Abweichung zum Nachteil des Mieters, sondern zum Nachteil eines Dritten. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sich eine Vereinbarung zum Nachteil eines Dritten gleichfalls zum Nachteil des Mieters auswirken kann, wenn der Mieter faktisch dazu „gezwungen“ wird, eine Sicherheit durch einen Dritten zu stellen, die der Höhe nach unbegrenzt ist.

Auch der systematische Zusammenhang mit Absatz 4 lässt demnach keine abschließende Aussage über die Anwendbarkeit der Norm auf durch Dritte gestellte Mietsicherheiten zu.

Sinn und Zweck

Sinn und Zweck des § 551 Abs. 1 BGB ist es, zu verhindern, dass der Mieter eine nach oben offene Mietsicherheit leisten muss. Das wiederum hat den Sinn darin, dass bei potentiell knappem Wohnraum der Vermieter seine Überlegenheit bei den Vertragsverhandlungen nicht dadurch missbraucht, im

Extremfall große Teile des Vermögens des Mieters als Mietsicherheit zu binden.

Diese Gefahr besteht aber nicht, wenn ein Dritter die Sicherheit leistet und dies nur zur Abwendung einer drohenden außerordentlichen Kündigung dient. Dazu der BGH:

„Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, dass § 551 Abs. 1, 4 BGB entsprechend seinem Schutzzweck einschränkend dahin auszulegen ist, dass er keine Anwendung auf eine Sicherheit findet, die dem Vermieter von einem Dritten zur Abwendung einer drohenden Kündigung wegen Zahlungsverzugs gewährt wird.

Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, dient die in § 551 Abs. 1 BGB enthaltene Begrenzung der Mietsicherheit auf drei Monatsmieten – bei Anerkennung des grundsätzlichen Sicherungsbedürfnisses des Vermieters – dem Interesse des Mieters vor zu hohen Belastungen. Insbesondere soll damit Erschwerungen für den Abschluss eines Mietvertrages entgegengewirkt werden, die in mobilitätshemmender Weise von hohen Kautionsforderungen ausgehen können (vgl. BT-Drucks. 9/2079 S. 10 zu § 550b Abs. 1 Satz 1 BGB a. F., der Vorgängervorschrift zu § 551 Abs. 1 BGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dieser Schutzzweck nicht betroffen, wenn Eltern für ihre Kinder – anstelle einer Anmietung im eigenen Namen – von sich aus dem Vermieter eine Bürgschaft für den Fall eines Vertragsschlusses zusagen;

in einem solchen Fall steht die gesetzliche Begrenzung der Mietsicherheit einer wirksamen Übernahme einer Bürgschaft durch die Eltern nicht entgegen (BGH, Urteil vom 7. Juni 1990 – IX ZR 16/90, BGHZ 111, 361, 363).

Ähnlich verhält es sich bei einer Sicherheit, die – wie hier – im laufenden Mietverhältnis zur Abwendung einer drohenden Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzugs gewährt wird. Ein unabdingbares Verbot, in dieser Situation eine drei Monatsmieten übersteigende Sicherheit zu vereinbaren, würde in erster Linie den Mieter benachteiligen, weil der Vermieter in diesem Fall keine wirksame zusätzliche Sicherheit erhalten könnte und die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen des eingetretenen Zahlungsverzuges die Folge wäre; die dem Schutz des Mieters dienende Begrenzung der Mietsicherheit würde damit in ihr Gegenteil verkehrt. Auf eine Kautions-, mit der eine drohende Zahlungsverzugskündigung des Vermieters abgewendet werden soll, findet § 551 Abs. 1, 4 BGB deshalb generell keine Anwendung [...]; darauf, ob der Bürge eine derartige Sicherheit unaufgefordert beigebracht oder der Vermieter eine zusätzliche Sicherheit verlangt hat, kommt es nicht an.“

Der Sinn und Zweck der Vorschrift spricht demnach dafür, dass sie auf Mietsicherheiten Dritter nicht anwendbar ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um eine nicht auf Verlangen des Vermieters gestellte Sicherheit handelt, sondern eine Sicherheit betrifft, die

– wie hier – zur Abwendung der außerordentlichen Kündigung gestellt wird.

Ergebnis

Dem V steht damit gegen D ein Anspruch auf Zahlung von 6.000 Euro zu.

Hinweise:

Die Entscheidung zeigt, wie der BGH – fast schulmäßig – eine teleologische Reduktion des an sich offenen Wortlauts vornimmt. In der Klausur sollte wie vorstehend etwas mehr Aufwand darauf verwendet werden, zu begründen, warum der Wortlaut der Vorschrift die betroffene Konstellation jedenfalls theoretisch umfasst.

Der BGH geht zu Recht davon aus, dass eine Anwendung in solchen Fällen sich zum Nachteil des Mieters auswirken würde. Dies gilt jedoch nicht in allen Konstellationen, insbesondere dann nicht, wenn der Vermieter von Anfang an vom Mieter die Stellung einer überhöhten Sicherheit durch einen Dritten verlangt. Dann könnte nämlich § 551 Abs. 1 BGB schlicht dadurch umgangen werden, dass der Vermieter nur noch gegen die Sicherung durch einen Dritten zum Abschluss des Mietvertrages bereit ist und eine unbegrenzte Sicherheit, beispielsweise in Form einer unbegrenzten Bankbürgschaft, an die Stelle der vom Mieter zu stellenden Kautions treten würde.

(Dr. Julius Forschner) ▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Sittenwidrigkeit eines Abfindungsausschlusses in der Satzung einer GmbH

Urteil vom 29.04.2014 – II ZR 216/13, NZG 2014, 820

Eine Bestimmung in der Satzung einer GmbH, nach der im Fall einer (groben) Verletzung der Interessen der Gesellschaft oder der Pflichten des Gesellschafters keine Abfindung zu leisten ist, ist sittenwidrig und nicht grundsätzlich als Vertragsstrafe zulässig. (amtlicher Leitsatz)

I. Sachverhalt (abgewandelt und zum Teil übernommen von OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.05.2013 – 7 U 57/12, BeckRS 2013, 11806; Vorinstanz zu BGH, NZG 2014, 820)

K war Gesellschafterin der S-GmbH mit einem Anteil von 49,6 Prozent und bis zur Niederlegung des Amts am 28.06.2010 auch Geschäftsführerin.

Der Gesellschaftsvertrag der S-GmbH (GV) enthält unter anderem folgende Regelungen:

§ 7 Einziehung und Ausschließung

1. Der Geschäftsanteil eines Gesellschafters kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung

mit einfacher Mehrheit eingezogen werden ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters,

a) wenn in der Person des Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der seine Ausschließung aus der Gesellschaft rechtfertigen würde (§ 140 HGB). [...]

2. Hat der Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft grob verletzt, so erfolgt die Einziehung ohne Entgelt. In allen anderen Fällen gegen Entgelt (vgl. § 10 dieses Vertrages).

Sollte im Falle der Einziehung wegen grober Pflichtverletzung rechtlich ein Entgelt zwingend vorgeschrieben sein, so ist dieses so niedrig wie möglich zu bemessen.

§ 10 Vergütung von Geschäftsanteilen

1. Mit Ausnahme der Einziehung wegen grober Pflichtverletzung hat in den Fällen der Übertragung, Einziehung oder des Erwerbs von Geschäftsanteilen nach den §§ 7-9 dieses Vertrags der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf Auszahlung eines Auseinandersetzungsguthabens. Die Höhe dieses Auseinandersetzungsguthabens errechnet sich nach Maßgabe der jeweils geltenden steuerlichen Vorschriften des Bewertungsgesetzes für die Anteilsbewertung von GmbH-Anteilen. [...]

2. Das Auseinandersetzungsguthaben ist innerhalb von fünf Jahren beginnend sechs Monate nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens, in gleichen, halbjährlich fälligen Raten auszubezahlen.

§ 12 Nr. 9 GV sieht vor, dass Beschlüsse der Gesellschafter nur binnen drei Monaten seit der Beschlussfassung durch Klage angefochten werden können.

Die Gesellschafterversammlung der S-GmbH stellte am 14.12.2010 und erneut am 30.12.2010

jeweils nach ordnungsgemäßer Einberufung aber ohne Anwesenheit der K durch Beschluss fest, dass in der Person der K wichtige Gründe vorlägen, die dazu berechtigten, sie auszuschließen (TOP 1.1.), und beschloss ihren Ausschluss nebst der Feststellung, dass nach § 10 Nr. 1 GV kein Abfindungsentgelt geschuldet sei, hilfsweise, dass das Abfindungsentgelt nur nach Maßgabe eines Gerichtsurteils geschuldet sei, mit dem die im Ausschluss des Abfindungsanspruchs liegende Vertragsstrafe herabgesetzt werde (TOP 1.2.). Zum Vollzug der Ausschließung wurde die Einziehung ihres Geschäftsanteils beschlossen, die ohne Rücksicht auf das Bestehen eines Abfindungsanspruchs sofort wirksam sein sollte, sowie vorsorglich die Schaffung einer Rücklage (TOP 1.4./1.5.).

K sucht am 05.04.2011 einen Rechtsanwalt auf und erkundigt sich, ob sie sich gegen den Ausschluss aus der S-GmbH noch wehren kann.

II. Anfechtung der Beschlüsse der S-GmbH zu TOP 1.2. vom 14. und 30.12.2010 durch Anfechtungsklage gemäß § 246 AktG analog

Zunächst kommt eine Anfechtung der Ausschließungsbeschlüsse der S-GmbH durch Erhebung einer Anfechtungsklage in Betracht.

Das GmbHG selbst enthält keine Bestimmungen über die Rechtsschutzmöglichkeiten

zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen.

Deshalb wird in entsprechender Anwendung auf die hierzu bestehenden Regelungen des Aktiengesetzes zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen gemäß §§ 243 ff. AktG zurückgegriffen (st. Rspr. und h. M.; vgl. nur BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, Anhang zu § 47, Rn. 1, m. w. N.; ablehnend: ZÖLLNER, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Anhang nach § 47, Rn. 3).

Dabei ist grundsätzlich zwischen der bloßen Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit von Beschlüssen zu unterscheiden.

Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH sind analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar, wenn sie gegen den Gesellschaftsvertrag oder gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Anfechtbare Gesellschafterbeschlüsse sind schwebend wirksam, bis sie durch Urteil für nichtig erklärt werden. Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage, die den angegriffenen Beschluss mit Rechtskraft unwirksam werden lässt. Der anfechtungswillige Gesellschafter muss im Sinne der Rechtssicherheit die Anfechtungsklage analog § 246 AktG dabei so schnell wie möglich nach der Beschlussfassung erheben. Durch Gesellschaftsvertrag kann die Erhebung der Anfechtungsklage gegen einen Gesellschafterbeschluss der GmbH an eine bestimmte Frist gebunden werden. Die Mo-

natsfrist des § 246 Abs. 1 AktG wird insoweit als Orientierung für eine gesellschaftsvertragliche Fristbestimmung angesehen, die mangels einer ausdrücklichen Regelung aber auch nur aus triftigen Gründen überschritten werden darf. Die Einhaltung der Klagefrist ist eine materielle Klagevoraussetzung. Bei nicht fristgemäßer Klageerhebung ist die Anfechtungsklage daher unbegründet (vgl. zum Vorstehenden insgesamt: BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, Anhang zu § 47, Rn. 38 ff.).

Eine Anfechtungsklage der K hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Ausschließungsbeschlüsse zu TOP 1.2. vom 14. und 30.12.2010 gegen den GV oder gesetzliche Bestimmungen verstoßen und die Frist zu Erhebung der Anfechtungsklage gewahrt ist.

§ 12 Nr. 9 GV sieht für die Erhebung der Anfechtungsklage eine Frist von drei Monaten nach Beschlussfassung vor.

Da K erst am 05.04.2011 den Entschluss gefasst hat, sich gegen die Beschlüsse zu wehren, ist die gesellschaftsvertragliche Klagefrist bereits verstrichen.

K kann die Beschlüsse der S-GmbH somit nicht mehr im Wege der Anfechtungsklage angreifen.

Darauf, ob der Ausschließungsbeschluss rechtswidrig ist, falls ein pflichtwidriges Verhalten der K überhaupt nicht vorlag, kommt es somit nicht an.

Eine Anfechtungsklage der K gegen die Beschlüsse der S-GmbH vom 14. und 30.12.2010 bietet somit keine Aussicht auf Erfolg.

III. Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse der S-GmbH zu TOP 1.2. vom 14. und 30.12.2010 durch Nichtigkeitsklage gemäß § 249 AktG analog

Neben der Anfechtungsklage kommt die Erhebung einer Nichtigkeitsklage auf Feststellung der Nichtigkeit des Ausschließungsbeschlusses der S-GmbH zu TOP 1.2. vom 14. und 30.12.2010 in Betracht.

Leidet ein Gesellschafterbeschluss an einem gravierenden Mangel, ist er nichtig. Wann ein Gesellschafterbeschluss nichtig ist, ergibt sich abschließend aus dem Gesetz, wobei im GmbH-Recht auch insoweit auf die Regelungen des Aktiengesetzes zurückgegriffen wird. Da ein nichtiger Beschluss per se unwirksam ist, bedarf es insoweit keiner Anfechtung mit der Folge, dass der Beschluss erst durch ein Gericht für unwirksam erklärt wird. Die Nichtigkeit des Beschlusses wird durch die Erhebung einer nicht fristgebundenen Nichtigkeitsklage entsprechend § 249 AktG festgestellt (vgl. zum Vorstehenden insgesamt: BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, Anhang zu § 47, Rn. 9 ff.).

1. Angreifbarkeit der Beschlüsse

Zunächst stellt sich allerdings die Frage, ob die Beschlüsse in ihrer Gesamtheit angreifbar sind.

Die Beschlüsse unter TOP 1.2 enthalten neben der Ausschließung der K als Gesellschafterin auch die Feststellung, dass nach § 10 Nr. 1 GV kein Abfindungsentgelt geschuldet sei. Insoweit wird lediglich die Satzungsregelung wiedergegeben, auf die sich der Ausschluss der Abfindung stützt. Insoweit könnte argumentiert werden, dass ein Beschluss dieser Art mangels einer sich hieraus ergebenden Rechtsfolge nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage sein kann.

Der BGH führt hierzu aus:

„[8] Ein Beschluss, mit dem eine Feststellung getroffen wurde, ist mit der Nichtigkeitsfeststellungsklage entsprechend § 249 AktG überprüfbar. In die Kompetenz der Gesellschafterversammlung einer GmbH fallen grundsätzlich auch satzungsauslegende Beschlüsse, mit denen über die Satzungsconformität bestimmter Maßnahmen entschieden werden soll. Sie sind – wie sonstige Gesellschafterbeschlüsse – auf Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage eines Gesellschafters entsprechend §§ 246, 249 AktG gerichtlich überprüfbar (BGH, Urteil vom 25. November 2002 – II ZR 69/01, ZIP 2003, 116, 118). Der Beschluss zu TOP 1.2., in dem festgestellt wurde, dass entsprechend einer Satzungsregelung kein Abfindungsentgelt geschuldet sei, hatte regelnden Charakter und war nicht nur eine unverbindliche Meinungsäußerung. Damit sollte darüber entschieden werden, ob die Klägerin ein Abfindungsentgelt erhalten sollte oder ein Fall der groben Pflichtverletzung vorlag, der

nach § 7 Abs. 2 GV den Ausschluss einer Abfindung zur Folge hatte.“

Somit können die Beschlüsse insgesamt mit der Nichtigkeitsklage entsprechend § 249 AktG angegriffen werden.

2. Nichtigkeitsgründe

Fraglich ist, ob die Beschlüsse einen Nichtigkeitsgrund erfüllen. Hierbei kommen insbesondere die Nichtigkeitsgründe entsprechend § 241 AktG in Betracht.

a) Fehlerhafte Einberufung, § 241 Nr. 1 AktG

Der Nichtigkeitsgrund gemäß § 241 Nr. 1 AktG findet auf die GmbH insoweit Anwendung, als die Einberufung der Gesellschafterversammlung unter gravierenden Mängeln leidet (vgl. WERTENBRUCH, in: MünchKomm. GmbHG, 2012, § 47 Anh., Rn. 26). Gravierende Einberufungsmängel liegen grundsätzlich dann vor, wenn der Einberufungsmangel einer Nichtladung gleichsteht, so dass eine effektive Wahrnehmung des Teilnahmerechts durch den Gesellschafter nicht möglich ist (vgl. WERTENBRUCH, in: MünchKomm. GmbHG, 2012, § 47 Anh., Rn. 26). Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Einberufung so kurzfristig vor der Versammlung erfolgt, dass mit einer Kenntnisnahme der Einladung nicht ernstlich zu rechnen ist (vgl. WERTENBRUCH, in: MünchKomm. GmbHG, 2012, § 47 Anh., Rn. 26). Ferner liegt ein gravierender Einberufungsmangel dann vor,

wenn in der Einladung nicht auf den Ort und die Zeit der Versammlung hingewiesen wird (vgl. WERTENBRUCH, in: MünchKomm. GmbHG, 2012, § 47 Anh., Rn. 28).

Da die Gesellschafterversammlungen vom 14. und 30.12.2010 jeweils ordnungsgemäß einberufen wurden, scheidet eine Nichtigkeit der Beschlüsse aufgrund eines Einberufungsmangels entsprechend § 241 Nr. 1 AktG aus.

b) Fehlende Beurkundung, § 241 Nr. 2 AktG analog

Ein Nichtigkeitsgrund gemäß § 241 Nr. 2 AktG analog liegt bei der GmbH vor, wenn es an der erforderlichen Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses fehlt (vgl. BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, Anhang zu § 47, Rn. 15). Eine Beurkundungspflicht besteht gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG insbesondere bei Satzungsänderungen.

Da es sich bei den unter TOP 1.2 gefassten Beschlüssen vom 14. und 30.12.2010 nicht um satzungsändernde Beschlüsse handelte, kommt eine Nichtigkeit gemäß § 241 Nr. 2 AktG analog nicht in Betracht.

c) Unvereinbarkeit des Beschlusses mit dem Wesen der GmbH, Verstoß gegen Gläubigerschutzvorschriften oder Vorschriften im öffentlichen Interesse, § 241 Nr. 3 AktG analog

Der Nichtigkeitsgrund des § 241 Nr. 3, 1. Alt. AktG analog setzt voraus, dass der Beschluss gegen wesentliche Prinzipien des GmbH-Rechts verstößt (vgl. WERTENBRUCH, in: MünchKomm. GmbHG, 2012, § 47 Anh., Rn. 43).

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn dem betreffenden Gesellschafter unentziehbare Mitgliedschaftsrechte, insbesondere das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen, genommen werden sollen (vgl. WERTENBRUCH, in: MünchKomm. GmbHG, 2012, § 47 Anh., Rn. 46).

Die Ausschließungsbeschlüsse haben hier zum Ziel, K aus der S-GmbH aus wichtigem Grund auszuschließen und ihr folglich auch ihre Mitgliedschaftsrechte zu entziehen.

Die Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH aus wichtigem Grund ist jedoch weitgehend – selbst ohne entsprechende Satzungsregelung – anerkannt, da ein berechtigtes Interesse besteht, sich von einem den Gesellschaftszweck gefährdenden Mitgesellschafter zu lösen (vgl. LUTTER, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, § 34, Rn. 52, m. w. N.).

Die Ausschließung der K ist mit dem Wesen der GmbH somit grundsätzlich vereinbar.

Da mit dem Ausschluss der K ausschließlich ihre eigenen Rechte als Gesellschafterin betroffen sind, kommen die weiteren Nichtigkeitsgründe des Verstoßes gegen Gläubigerschutzvorschriften oder Vorschriften im öffentlichen Interesse nicht in Betracht.

d) Verstoß gegen die guten Sitten, § 241 Nr. 4 AktG analog

Aufgrund der Zulässigkeit des zwangsweisen Ausschlusses eines Gesellschafters einer GmbH bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verstößt ein solcher Ausschluss auch nicht gegen die guten Sitten.

Hieran anknüpfend stellt sich jedoch die anschließende Frage, ob der Ausschluss auch ohne Abfindung wirksam ist.

Gemäß § 241 Nr. 4 AktG analog ist der Beschluss einer GmbH sittenwidrig, wenn durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen wird.

Die Ausschließungsbeschlüsse stützen sich insoweit direkt auf § 7 Nr. 2 GV, der vorsieht, dass im Falle eines grob pflichtwidrigen Verhaltens eine Abfindung an den aufgrund dieses Verhaltens ausgeschlossenen Gesellschafter nicht zu leisten ist.

Da der Ausschließungsbeschluss direkt auf einer Satzungsregelung beruht, ist zweifel-

haft, ob dadurch der Inhalt des Beschlusses selbst überhaupt sittenwidrig sein kann.

Nach Ansicht des BGH ist ein Gesellschafterbeschluss seinerseits nichtig, wenn er auf einer sittenwidrigen Satzungsregelung beruht (vgl. BGH, NZG 2014, 820, 821, Rn. 10).

Somit ist zu klären, ob der Abfindungsausschluss in § 7 Nr. 2 GV sittenwidrig ist.

Der BGH führt hierzu aus:

„Das Recht eines Gesellschafters, bei Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Abfindung zu erhalten, gehört zu seinen Grundmitgliedsrechten (BGH, Urteil vom 27. September 2011 – II ZR 279/09, ZIP 2011, 2357 Rn. 8). Ein gesellschaftsvertraglicher Abfindungsausschluss ist grundsätzlich sittenwidrig im Sinn von § 138 Abs. 1 BGB und nur in Ausnahmefällen zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 1997 – II ZR 81/96, BGHZ 135, 387, 390). Der Gesellschafter hat durch Kapitaleinsatz und ggf. Mitarbeit zu dem im Wert seines Geschäftsanteils repräsentierten Gesellschaftsvermögen beigetragen. Die Gesellschafterstellung darf dann nicht ohne Wertausgleich verloren gehen. Der Abfindungsausschluss kann für den Gesellschafter, der Vermögen und Arbeitskraft in die Gesellschaft eingebracht hat, existenzgefährdend sein und beeinträchtigt seine wirtschaftliche Freiheit.

Ausnahmefälle, in denen eine Abfindung ausgeschlossen sein kann, sind die Verfolgung eines ideellen Zwecks durch die Gesellschaft

(BGH, Urteil vom 2. Juni 1997 – II ZR 81/96, BGHZ 135, 387, 390 [GfR]), Abfindungsklauseln auf den Todesfall (BGH, Urteil vom 20. Dezember 1976 – II ZR 115/75, WM 1977, 192, 193; Urteil vom 14. Juli 1971 – III ZR 91/70, WM 1971, 1338 f. [GfR]; Urteil vom 22. November 1956 – II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 194 f. [OHG]) oder auf Zeit abgeschlossene Mitarbeiter- oder Managerbeteiligungen ohne Kapitaleinsatz (BGH, Urteil vom 19. September 2005 – II ZR 342/03, BGHZ 164, 107, 115 f.; Urteil vom 19. September 2005 – II ZR 173/04, BGHZ 164, 98, 104). In diesen Ausnahmefällen besteht ein sachlicher Grund für den Ausschluss der Abfindung darin, dass die ausscheidenden Gesellschafter kein Kapital eingesetzt haben oder bei der Verfolgung eines ideellen Ziels von vorneherein auf eine Vermehrung des eigenen Vermögens zugunsten des uneigennütigen Zwecken gewidmeten Gesellschaftsvermögens verzichtet haben.“

Fraglich ist, ob der Ausschluss der K wegen eines pflichtwidrigen Verhaltens auf eine Stufe mit den vom BGH aufgezeigten Ausnahmefällen gestellt werden kann.

Hierzu der BGH:

„Ob auch der Abfindungsausschluss bei der Einziehung wegen pflichtwidrigen Verhaltens oder hier wegen eines Verstößes gegen die Treuepflicht zu diesen Ausnahmefällen zählt, ist umstritten. In der Literatur wird ein solcher Abfindungsausschluss bei der Einziehung aus wichtigem Grund als Vertragsstrafe

in der Form einer Verfallklausel für zulässig erachtet (Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 34 Rn. 104 m. w. N.; Michalski/Sosnitza, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rn. 66; Sandhaus in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 34 Rn. 70; Bork/Schäfer/Thiessen, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rn. 82; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I Teil 1, 1977, S. 180; Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, S. 406; Geßler, GmbHR 1984, 29, 35). Der Betroffene könne nach § 343 BGB die Herabsetzung auf einen angemessenen Betrag bzw. (beim Ausschluss) die Gewährung einer Teilabfindung wegen Unverhältnismäßigkeit der Verfallklausel verlangen. Andere dagegen halten eine derartige Abfindungsbeschränkung für unzulässig und lassen eine Abfindungsbeschränkung nur zu, wenn sie erforderlich ist, um im Interesse der verbleibenden Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft und die Fortführung des Unternehmens zu sichern (T. Fleischer in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 34 GmbHG Rn. 19; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., § 34 Rn. 34a; Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl., § 34 Rn. 58; Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 34 Rn. 59; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rn. 222; Grunewald, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, 1987, S. 159 f.; Röhrich, AcP 189 [1989], 386, 394; Behnke, NZG 1999, 112, 113). In der Rechtsprechung wurde eine dem Wert der Beteiligung nicht voll entsprechende Abfindung bei der Einziehung aus wichtigem

Grund gelegentlich als ‚eine Art Vertragsstrafe‘ angesehen (BGH, Beschluss vom 29. September 1983 – III ZR 213/82, WM 1983, 1207, 1208; gegen einen Vertragsstrafencharakter der Abfindungsbegrenzung aber BGH, Urteil vom 19. September 1977 – II ZR 11/76, WM 1977, 1276, 1277 f.).

Eine Bestimmung in der Satzung einer GmbH, nach der im Fall einer (groben) Verletzung der Interessen der Gesellschaft oder der Pflichten des Gesellschafters keine Abfindung zu leisten ist, ist als Abfindungsausschluss sittenwidrig und nicht grundsätzlich als Vertragsstrafe zulässig. Ein sachlicher Grund dafür, eine Abfindung allein aufgrund einer (groben) Pflichtverletzung auszuschließen, fehlt. Der Abfindungsausschluss führt insbesondere zu der unangemessenen Rechtsfolge, dass dem Gesellschafter wegen einer – unter Umständen – einzigen (groben) Pflichtverletzung der Wert seiner Mitarbeit und seines Kapitaleinsatzes entschädigungslos entzogen werden kann.

Eine Beschränkung oder ein Ausschluss der Abfindung soll in der Regel dem Bestandschutz der Gesellschaft dienen (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 368) und hat keinen Vertragsstrafencharakter. Auch der Abfindungsausschluss im Fall einer (groben) Pflichtverletzung des Gesellschafters erfüllt üblicherweise nicht die Zwecke einer Vertragsstrafe. Eine Vertragsstrafe soll als Druckmittel zur ordnungsgemäßen Leistung anhalten oder einen Scha-

densersatzanspruch pauschalieren (BGH, Urteil vom 23. Juni 1988 – VII ZR 117/87, BGHZ 105, 24, 27; Urteil vom 18. November 1982 – VII ZR 305/81, BGHZ 85, 305, 312 f.; Urteil vom 27. November 1974 – VIII ZR 9/73, BGHZ 63, 256, 259 f.). Als Pauschalierung eines Schadensersatzanspruches ist eine Regelung mit vollständigem Abfindungsausschluss zu undifferenziert, zumal wenn jeder Bezug zu einem möglicherweise eingetretenen Schaden fehlt. Eine (grobe) Pflichtverletzung des Gesellschafters führt auch nicht immer zu einem Schaden der Gesellschaft.

Ein vollständiger Abfindungsausschluss ist nicht besonders geeignet, um den Gesellschafter zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Dem betroffenen Gesellschafter droht bei pflichtwidrigem Verhalten bereits der Verlust seiner Stellung als Gesellschafter und damit der Verlust künftiger Einnahmen. Wenn der Gesellschafter in der Gesellschaft tätig ist, ist mit dem Verlust der Gesellschafterstellung auch der Verlust der regelmäßigen Einnahmequelle verbunden. Der Ausschluss eines Abfindungsentgelts bietet dann darüber hinaus keinen erheblichen zusätzlichen Anreiz für ein pflichtgemäßes Verhalten. Da er an die Einziehung oder den Ausschluss anknüpft, dient er eher der zusätzlichen Sanktionierung des in der Vergangenheit liegenden Verhaltens als dazu, den Gesellschafter zur Erfüllung der Pflichten anzuhalten.

Gegen die Einordnung eines Abfindungsausschlusses im Fall einer (groben) Pflichtverlet-

zung als Vertragsstrafe spricht auch, dass in jedem Einzelfall die Verhältnismäßigkeit der ‚Strafe‘ überprüft werden müsste, ohne dass dafür praktisch handhabbare Maßstäbe bestehen. Der vollständige Ausschluss ist – wie hier – jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn die Gesellschaft durch das Verhalten des Gesellschafters nicht in Existenznot geraten ist und den verbleibenden Gesellschaftern trotz der Pflichtverletzung ein nicht unerheblicher Wert zuwächst. Ist die Gesellschaft in Existenznot geraten, ist regelmäßig schon der Verkehrswert des Geschäftsanteils gering, so dass es eines vollständigen Abfindungsausschlusses zur Rettung der Gesellschaft nicht bedarf. Wenn der Gesellschafter, der ausgeschlossen werden soll oder dessen Anteil zwangsweise eingezogen werden soll, die Gesellschaft darüber hinaus durch sein Verhalten, das dem Ausschluss oder der Einziehung zugrunde liegt, geschädigt hat, kann der Schaden konkret berechnet und ihm entgegeng gehalten werden. Die Verwirkung einer Vertragsstrafe setzt schließlich darüber hinaus Verschulden des Ausgeschlossenen voraus, das bei einer Pflichtverletzung oder einem groben Verstoß gegen die Interessen der Gesellschaft nicht vorliegen muss.

Der Abfindungsausschluss in § 7 Nr. 2 GV bei einer groben Verletzung der Interessen der Gesellschaft ist sittenwidrig und damit nichtig. Eine sittenwidrige Abfindungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist entsprechend § 241 Nr. 4 AktG nichtig, weil sie inhaltlich gegen die guten Sitten verstößt (BGH, Urteil vom

16. Dezember 1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 368). Das ist bei dem in § 7 Abs. 2 GV vorgesehenen Ausschluss einer Abfindung bei grober Interessenverletzung, die in § 10 Abs. 1 GV einer groben Pflichtverletzung gleichgestellt wird, der Fall.

§ 7 Nr. 2 GV ist nicht dahin auszulegen, dass eine Vertragsstrafenregelung für ein bestimmtes pflichtwidriges Verhalten getroffen ist, die über den (sittenwidrigen) Ausschluss der Abfindung bei einer (groben) Pflichtverletzung hinausgeht. Dafür könnte neben der Voraussetzung einer groben Verletzung der Gesellschaftsinteressen für den Abfindungsausschluss allenfalls die räumliche Trennung von der Abfindungsregelung in § 10 GV sprechen, die mit dem Bezug auf die steuerlichen Bewertungsgesetze eine weitere Abfindungsbeschränkung enthält. Für eine pauschalierende Schadensersatzregelung fehlt jeder Bezug zu einem Schaden. Eine besondere Anreizfunktion zu einem pflichtgemäßen Verhalten fehlt der Regelung ebenfalls.

Mit der groben Verletzung der Interessen der Gesellschaft enthält sie eine unbestimmte und ausfüllungsbedürftige Tatbestandsvoraussetzung, die sich von der Pflichtverletzung, für die bereits der Ausschluss aus der Gesellschaft droht, nur schwer unterscheiden lässt, so dass der Gesellschafter nicht sicher einschätzen kann, in welchen Fällen er die ‚Strafe‘ verwirkt. Ein Verschulden setzt die Bestimmung für den Verfall der Abfindung nicht voraus.“

3. Ergebnis

Der in den Ausschließungsbeschlüssen vom 14. und 30.12.2010 unter TOP 1.2 enthaltene Abfindungsausschluss ist somit sittenwidrig und entsprechend § 241 Nr. 4 AktG nichtig.

K kann sich somit mit Erfolg gegen ihren Ausschluss ohne Abfindung im Wege der Nichtigkeitsklage gemäß § 249 AktG analog wehren und gemäß § 10 GV die Bezahlung einer Abfindung verlangen.

Hinweise:

Das vorliegende Urteil bietet eine gute Gelegenheit, sich mit den Grundzügen des Beschlussmängelrechts bei Kapitalgesellschaften auseinanderzusetzen.

Beschlussmängelklagen sind bei Gesellschafterstreitigkeiten in der Praxis von hoher Relevanz, so dass es sich auch für die Ausbildung lohnt, sich mit den Grundzügen vertraut zu machen.

Das Urteil selbst ist deshalb von besonderem Interesse, weil sich der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH darin gegen eine starke Literaturmeinung und ein früheres Urteil des III. Zivilsenats wendet.

Das Urteil wird auch Auswirkungen auf die Kautelarpraxis haben, die nun entsprechende Klauseln nicht mehr verwenden darf und bestehende Gesellschaftsverträge möglicherweise angepasst werden müssen.

Literaturhinweise: Grundzüge des Beschlussmängelrechts bei K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 15 II.2. und 3, § 21 V.2.; vertiefend zur GmbH: BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, Anhang zu § 47; bei der AG kann zur Vertiefung auf die Kommentierung von KOCH, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl., 2014, zu §§ 241 ff. AktG verwiesen werden.

(Steffen Follner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)



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 STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

**Zur finalen Verknüpfung
zwischen Raubmittel und
Wegnahme sowie den
subjektiven
Voraussetzungen des
Beisichführens i. S. v. § 250
Abs. 1 Nr. 1a StGB**

Beschluss vom 26.11.2013 – 3 StR 261/13 =
NStZ-RR 2014, 110

1. Raub kommt nicht in Betracht, wenn die vom Täter ausgeübte Gewalt und die ausgesprochenen Drohungen ausschließlich dazu dienen, das Opfer in erheblicher Weise zu demütigen und zu quälen, nicht aber der Ermöglichung der Wegnahme von Gegenständen aus dessen Wohnung. Fasst der Täter den dahin gehenden Entschluss erst im Verlauf des sich lange hinziehenden Tatgeschehens und duldete das Opfer schließlich das Wegschaffen seines Eigentums aus Angst vor weiteren Übergriffen, reicht dies allein nicht aus, wenn der Täter nicht erneut Gewalt – nunmehr final auf die Wegnahme gerichtet – einsetzt.

2. Für das „Beisichführen“ einer Waffe i. S. des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB ist erforderlich, dass der Beteiligte die Waffe bewusst gebrauchsbereit bei sich hat, d. h. mit dem allgemeinen, noch auf keinen bestimmten Zweck gerichteten Bewusstsein, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen.

(Leitsätze nach juris)

Die erstinstanzlichen Feststellungen sind im vorliegenden Beschluss nur knapp wiedergegeben. Vereinfacht muss man sich danach das **Tatgeschehen** in etwa wie folgt vorstellen:

Der Angeklagte K. drohte O. (der späteren Nebenklägerin) „mit einem in deren Küche vorgefundenen kleinen Messer, ihr die Finger abzuschneiden, und forderte sie auf, hierzu ihre Hand auf einen [...] Küchenschrank zu legen. Nachdem die Nebenklägerin hierauf nicht eingegangen war, verfolgte er dieses Ansinnen nicht weiter und legte das Messer an einem nicht zu klärenden Ort in der Küche ab.“ In der Folgezeit misshandelte K. die O. in deren Wohnung über einen langen Zeitraum, um sie „in erheblicher Weise zu demütigen und zu quälen“. Dann entschloss er sich zur Wegnahme von Gegenständen aus O.s Wohnung. Aus „Angst vor weiteren Übergriffen“ duldete O. „das Wegschaffen ihres Eigentums“.

Prozessgeschichte:

K. wurde in erster Instanz wegen schweren Raubes gemäß §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB verurteilt.

Die Entscheidung:

Die Verurteilung wegen schweren Raubes wird nach Ansicht des Senats nicht von den Feststellungen getragen, „denn sie belegen weder die erforderliche Finalität zwischen den eingesetzten Nötigungsmitteln und der Wegnahme [I.] noch das Beisichführen einer Waffe [II.]“.

I. Zum Grundtatbestand des § 249 Abs. 1 StGB

Der Senat hält zunächst fest: „§ 249 StGB setzt voraus, dass die eingesetzte Gewalt oder Drohung Mittel gerade zur Ermöglichung der Wegnahme ist. Folgt die Wegnahme der Anwendung der Nötigungsmittel zu anderen Zwecken nur zeitlich nach, ohne dass diese finale Verknüpfung besteht, so scheidet ein Schuldspruch wegen Raubes aus. Zwar genügt es, wenn die zunächst zu anderen Zwecken begonnene Gewaltanwendung beim Fassen des Wegnahmevorsatzes fortgesetzt wird. Jedoch enthält das bloße Ausnutzen der Angst des Opfers vor erneuter Gewaltanwendung für sich genommen noch keine Drohung. Erforderlich hierfür ist, dass der Täter die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht. Es

reicht nicht aus, wenn das Opfer nur erwartet, der Täter werde es an Leib oder Leben schädigen. Das bloße Ausnutzen der Angst eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers mag sich als das Ausnutzen einer hilflosen Lage darstellen, die vom Gesetzgeber indes ausschließlich in § 177 Abs. 1 StGB neben Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zu einem selbstständigen tatbestandlichen Nötigungsmittel erhoben wurde.“

Dies zugrunde legend kommt für den Senat vorliegend Raub nicht in Betracht. Denn gemäß den erstinstanzlichen Feststellungen dienten die von K. „ausgeübte Gewalt und die ausgesprochenen Drohungen ausschließlich dazu, die Nebenklägerin [...] zu demütigen und zu quälen, nicht aber der Ermöglichung der Wegnahme der Gegenstände aus deren Wohnung“. Den Wegnahmeentschluss fasste K. „erst im Verlauf des sich lange hinziehenden Tatgeschehens. Die Nebenklägerin duldete schließlich das Wegschaffen ihres Eigentums zwar aus Angst vor weiteren Übergriffen. In diesem Zusammenhang ist jedoch lediglich festgestellt, dass den Angeklagten dieser Umstand bewusst war. Dies allein reicht jedoch nicht aus. Der erneute Einsatz von – nunmehr final auf die Wegnahme gerichteter – Gewalt lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen.“ Auch wurde nicht festgestellt, dass der Angeklagte – „und sei es nur durch schlüssiges Verhalten“ – auf O.s Willen „zum Zwecke der Wegnahme der Gegenstände“ einwirkte, indem er ihr „weitere Erniedrigungen

deutlich in Aussicht“ stellte. „Damit scheidet die Annahme aus, die zuvor ausgeübte Gewalt habe als aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung weitergewirkt.“

II. Zur Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB

Diesbezüglich merkt der Senat an: „Eine Waffe führt i. S. des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB bei sich, wer sie in irgendeinem Zeitpunkt vom Ansetzen zur Tat bis zu deren Beendigung bei sich hat. Nicht vorausgesetzt ist, dass der Täter oder Teilnehmer den Gegenstand in der Hand hält oder am Körper trägt; es genügt, wenn dieser sich in Griffweite befindet oder der Beteiligte sich seiner jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann. Erforderlich ist weiter, dass der Beteiligte die Waffe bewusst gebrauchsbereit bei sich hat, d. h. mit dem allgemeinen, noch auf keinen bestimmten Zweck gerichteten Bewusstsein, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen.“

„Dass dies hier der Fall war“, vermag der Senat den Feststellungen nicht zu entnehmen. Danach drohte K. der O. „zu Beginn des Tatgeschehens und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem [er] den Wegnahmeverdacht noch nicht gefasst“ hatte, mit einem in O.s Küche vorgefundenen Messer. Nachdem O. auf K.s Forderung nicht eingegangen war, „verfolgte er dieses Ansinnen nicht weiter und legte das Messer an einem nicht zu klärenden Ort in der

Küche ab“. Dem erstinstanzlichen Urteil kann nicht entnommen werden, dass K. „zu irgendeinem späteren Zeitpunkt dem danach irgendwo in der Küche befindlichen Messer auch nur die geringste Beachtung schenkte. Damit ist ein bewusst gebrauchsbereites Beisichführen nicht belegt. Da sich in der Küche einer Wohnung typischerweise Messer befinden, wäre andernfalls praktisch jeder Diebstahl bzw. Raub von Gegenständen aus einer Wohnung nach § 244 Abs. 1 Nr. 1a bzw. § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB qualifiziert. Damit wäre der Anwendungsbereich der genannten Vorschriften in einer Weise unangemessen ausgedehnt, die ihrem Sinn und Zweck widerspräche.“

Hinweise:

1. Im Kern geht es um die konkrete Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der Nötigung, dem eingesetzten Nötigungsmittel und der Wegnahme (oben unter I.). Zu diesem sind in der letzten Zeit mehrere höchstrichterliche Entscheidungen ergangen (etwa BGH, Beschluss vom 18.02.2014 – 5 StR 41/14 = JuS 2014, 656 (656) (HECKER); Beschluss vom 12.11.2013 – 3 StR 313/13 – juris, Rn. 4; Beschluss vom 08.05.2013 – 2 StR 558/12 – juris, Rn. 4; zur parallelen Problematik i. R. der (räuberischen) Erpressung BGH, Beschluss vom 25.02.2014 – 4 StR 544/13 = NStZ 2014, 269 (269); Beschluss vom 05.11.2013 – 2 StR 388/13 = StRR 2014, 147 (148)). Allein dieser Umstand weist bereits hin auf die Praxis- und die daraus resultierende Prüfungsrelevanz. – Also Anlass genug für repetierende Anmerkungen:

Wie sich aus dem Wortlaut des § 249 Abs. 1 StGB ergibt, ist Raub ein durch qualifizierte Nötigung ermöglichter Diebstahl. Zwischen der Anwendung der Raubmittel, also der qualifizierten Nötigung und der Wegnahme, muss eine Verbindung existieren. Das Gesetz verlangt, dass der Täter „mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine [...] Sache [...] wegnimmt“. Die Gestalt dieses „besonderen Zusammenhangs“ (ausf. zu den zugrunde liegenden deliktstheoretischen und sonstigen Erwägungen VOGEL, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2010),

§ 249 Rn. 32, Vorbem. §§ 249 ff. Rn. 35) ist vorliegend vom Senat einmal mehr angesprochen worden.

aa) Das qualifizierte Nötigungsmittel muss (objektiv und subjektiv) das Mittel zur Erreichung der Wegnahme sein (KREHL, NStZ 2014, 270 (270); FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 249 Rn. 6). Zunächst wird herrschend davon ausgegangen, dass zwischen qualifizierter Nötigungshandlung und Wegnahme keine Kausalität bestehen muss (anders etwa GÜNTHER, in: SK/StGB, 43. Lief., § 249 Rn. 36). Dafür wird u. a. vorgebracht, § 249 Abs. 1 StGB sei final formuliert. Die Norm enthält (anders als z. B. § 240 StGB) nicht das Wort „durch“ (§ 249 Abs. 1 StGB: „mit“ bzw. „unter“), weshalb sich die Frage nach dessen etwaiger Auslegung i. S. einer Forderung von Kausalität (siehe dazu i. R. von § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB ebenfalls im vorliegenden Heft der JSE OLG Hamm, Beschluss vom 20.02.2014 – III-1 RVs 15/14) nicht stelle (vgl. EIDAM, JA 2010, 601 (604 f.); ausf. BILETZKI, JA 1997, 385 (385 f.) m. w. N.). Vielmehr wird (als objektive Komponente) (nur) ein zeitlicher sowie räumlicher Zusammenhang (Unmittelbarkeit) zwischen Nötigung und Wegnahme gefordert (EIDAM, JA 2010, 601 (605)). Zudem wird (als subjektive Komponente) ein Finalzusammenhang (eine „finale Verknüpfung“, wie es der Senat ausdrückt) verlangt, der (die) vorliege, wenn die Nötigung nach Tätervorstellung den Zweck hat, die Wegnahme zu ermöglichen (EIDAM, JA 2010, 601 (605)) oder wenigstens zu er-

leichtern, also die Nötigungshandlung nach Tätervorstellung objektiv erforderlich oder kausal für die Wegnahme ist (dazu BILETZKI, JA 1997, 385 (386); FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 249 Rn. 6; BGH, Urteil vom 27.05.1982 – 4 StR 181/82 = NStZ 1982, 380 (380) je m. w. N.).

bb) Entscheidend, Dreh- und Angelpunkt einer (möglichen) Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB ist das Vorliegen dieser finalen Verknüpfung. Ist sie feststellbar, ebenso die qualifizierte Nötigung, die Wegnahme und der zeitlich-räumliche Zusammenhang zwischen diesen beiden Tatbestandsmerkmalen, spricht in objektiver Hinsicht nichts gegen eine Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB. Doch weil der Finalzusammenhang auf die Tätervorstellung abstellt und diese sich naturgemäß im Kopf des Täters abspielt, daher nicht immer leicht zu fassen ist, wird versucht, durch die (objektive) Abfolge von Nötigungs- und Wegnahmehandlung Licht ins Halbdunkel zu bringen:

(1) Aus dem Erfordernis der finalen Verknüpfung erklärt sich die Forderung (dazu etwa KUDLICH, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 249 Rn. 13), dass die qualifizierte Nötigung der Wegnahmehandlung zeitlich vorgelagert sein oder wenigstens gleichzeitig mit ihr stattfinden muss. Dann wird die Annahme des Finalzusammenhangs regelmäßig nahe liegen.

(2) Gegen sein Vorliegen spricht, wenn die Wegnahme bloß „gelegentlich“ der Nötigungshandlung folgt oder die Nötigung nur „Begleiterscheinung“ der Wegnahme ist (dazu vgl. BGH, Urteil vom 27.05.1982 – 4 StR 181/82 = NStZ 1982, 380 (380)). Zu beachten ist dabei allerdings, dass die (qualifizierte) Nötigung nicht als alleinigen oder bestimmenden Zweck die Erzwingung der (Duldung der) Wegnahme haben muss. Es genügt, wenn der Täter das Raubmittel neben anderen Zwecken auch zur Wegnahme einsetzt (FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 249 Rn. 7 m. w. N.).

(3) Die finale Verknüpfung liegt jedenfalls nicht vor (und es ist an § 252 StGB zu denken), werden die Raubmittel erst nach der Wegnahme eingesetzt. Nicht gegeben ist der Finalzusammenhang ferner, wenn die Anwendung der Raubmittel völlig abgeschlossen ist und der Täter sich erst dann zur Wegnahme entschließt (vgl. BILETZKI, JA 1997, 385 (386)). Abzugrenzen ist hierbei aber von dem Folgenden: Fasst und verwirklicht der Täter den Wegnahmeentschluss, während die (zunächst anderen Zwecken dienende) qualifizierte Nötigung noch andauert oder er konkludent mit weiterer Gefahr für Leib und Leben droht (so genannter Motivwechsel), kommt § 249 Abs. 1 StGB in Betracht (HECKER, JuS 2014, 656 (657); VOGEL, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2010), § 249 Rn. 47 f. Zum Problemkreis „Gewalt durch Unterlassen“ BGH, Urteil vom 15.10.2003 – 2 StR 283/03 = JA 2004, 431 ff. (BAIER); EIDAM, JA 2010, 601

(605 f.)). Im letztgenannten Fall wird davon gesprochen, die zuvor verübte Gewalt wirke als aktuelle Drohung weiter (dann wird die finale Verknüpfung bejaht), was allerdings nicht dahingehend interpretiert werden darf (und darauf weist der Senat hier hin), das bloße Ausnutzen einer hilflosen Lage als Drohung zu verstehen (VOGEL, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2010), § 249 Rn. 48). Ein solches bloßes Ausnutzen soll – wie BGH, Urteil vom 27.05.1982 – 4 StR 181/82 = NStZ 1982, 380 (380 f.), es formuliert – nicht gegeben sein, wenn „zum Zeitpunkt, in dem der Täter den Wegnahmeentschluß faßt, [das Opfer] noch derart eingeschüchtert [ist], daß es sich der Wegnahmehandlung nicht zu widersetzen wagt [...], der Täter diese Situation erkennt und bewußt zum Zwecke der Wegnahme ausnutzt“. Dann komme „eine Verurteilung wegen Raubes in Betracht“. – Der Senat scheint es vorliegend enger sehen zu wollen. Insgesamt zur Vertiefung BILETZKI, JA 1997, 385 ff.

2. Im zweiten Teil der Entscheidung (oben unter II.) spricht der Senat insbesondere die subjektiven Voraussetzungen des Beisichführens einer Waffe bzw. eines gefährlichen Werkzeugs i. S. von § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB (Prüfung i. R. des subjektiven Tatbestands, Vorsatz bzgl. der Qualifikation) an (insbesondere zu den objektiven Voraussetzungen vgl. BGH, Urteil vom 17.10.2013 – 3 StR 263/13 = JSE 2014, 220 ff. (ERNST) sowie die dortigen Hinweise).

Besondere Bedeutung können die subjektiven Voraussetzungen des Beisichführens auch bei den so genannten berufsmäßigen Waffenträgern (wie bei Polizisten, Soldaten etc.) erlangen. Denn bei diesem Personenkreis werden (auf objektiver Ebene) i. R. von § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB (oder § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB) keine Einschränkungen vorgenommen (h. M., FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 244 Rn. 12; BGH, Urteil vom 18.02.1981 – 2 StR 720/80 = NJW 1981, 1107 (1107); OLG Hamm, Beschluss vom 02.01.2007 – 2 Ss 459/06 = NStZ 2007, 473 (474) je m. w. N.; für eine teleologische Reduktion hingegen z. B. SCHROTH, NJW 1998, 2861 (2865)), was etwa mit dem dies nicht vorsehenden Wortlaut und dem Zweck der Strafschärfung des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB (bzw. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB) begründet wird (WITTIG, in: BeckOK/StGB (Stand: 22.07.2013), § 244 Rn. 10.1). Auch hier ist notwendig, dass der Täter (in den Worten des Senats) „die Waffe bewusst gebrauchsbereit bei sich hat, d. h. mit dem allgemeinen [...] Bewusstsein“, eine Waffe bzw. „ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen“.

Dieses Bewusstsein kann „im Regelfall allein aus dem objektiven Umstand des nicht zufällig erscheinenden Mitführens der Waffe im technischen Sinne geschlossen werden“ (OLG Hamm, Beschluss vom 02.01.2007 – 2 Ss 459/06 = NStZ 2007, 473 (474)) oder daraus, dass das Werkzeug noch kurz vor der Tat

benutzt wurde (WITTIG, in: BeckOK/StGB (Stand: 22.07.2013), § 244 Rn. 11 m. N.). Im Einzelfall kann allerdings im Moment der Tatbegehung das aktuelle Bewusstsein der Bewaffnung fehlen (OLG Hamm, Beschluss vom 02.01.2007 – 2 Ss 459/06 = NStZ 2007, 473 (474)), insbesondere bei gewohnheitsmäßigem Tragen über einen längeren Zeitraum (WITTIG, in: BeckOK/StGB (Stand: 22.07.2013), § 244 Rn. 11 m. w. N.). Dazu bedarf es aber im Einzelfall „besonderer Umstände“, welche durch das Tatgericht festzustellen sind (OLG Naumburg, Urteil vom 19.05.2011 – 1 Ss 10/11 = BeckRS 2011, 21702).

Das Dargestellte kann auch für andere Konstellationen, in welchen der Täter einen Gegenstand bei sich führt, den er bei seiner Arbeit benötigt, übertragbar sein („Teppichbodenlegermesser“, WITTIG, in: BeckOK/StGB (Stand: 22.07.2013), § 244 Rn. 10.1 m. N.).

III. Wie diese kursorischen Hinweise deutlich machten, eignen sich vorliegender Beschluss und sein Sachverhalt als Ausgangspunkt für zahlreiche weitere Problematiken i. R. eines (qualifizierten) Raubes – eine mögliche Quelle der Inspiration für Prüfer. Eine (weitere) Vertiefung erscheint lohnenswert.

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Oberlandesgericht Hamm

§ 315b StGB oder § 315c StGB? Und Kritik an der BGH-Rechtsprechung zur Auslegung der Präposition „mittels“ i. R. v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

Beschluss vom 20.02.2014 – III-1 RVs 15/14
= NStZ-RR 2014, 141

1. Ein Verkehrsvorgang ist zu einem Eingriff in den Straßenverkehr i. S. des § 315b Abs. 1 StGB verkehrstypisch pervertiert, wenn das Fahrzeug bewusst zweckwidrig in verkehrsförderlicher Einstellung eingesetzt und es mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht wird. (Leitsatz des Bearbeiters)

2. Es bestehen Zweifel, ob der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, dass i. R. des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine bloße mittelbare Einwirkung des gefährlichen Werkzeugs nicht ausreicht, gefolgt werden kann, da die Formulierung „mittels“ lediglich eine Kausalitätsbeziehung umschreibt und sich die Gefährlichkeit des Werkzeugs ggf. auch bei nur mittelbarer

Wirkung entfalten kann. (amtlicher Leitsatz)

Zum Sachverhalt hat das Amtsgericht festgestellt:

Der Angeklagte fuhr „mit einem PKW mit einem ‚Rechtsschlenker‘ ohne verkehrsbezogenen Anlass auf den am Straßenrand stehenden Zeugen T, einen Mitarbeiter des Ordnungsamtes zu, der sich durch einen Sprung in Sicherheit bringen musste, um nicht von dem Fahrzeug erfasst zu werden. Beim Sprung von der Fahrbahn auf den angrenzenden Gehweg erlitt der Zeuge eine Zerrung im Rückenbereich, in deren Folge er acht Tage arbeitsunfähig erkrankt war.“

Prozessgeschichte:

Der Angeklagte wurde vom Amtsgericht wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte mit dem Rechtsmittel der Revision.

Die Entscheidung:

Die (Sprung-)Revision (§ 335 StPO) hatte vor dem Senat Erfolg. Auf sie hob er das angefochtene Urteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.

I. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Für den Senat sind die subjektiven Voraussetzungen (für eine vorsätzliche Begehung) des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht hinreichend festgestellt.

1. Er hält es bereits für zweifelhaft, „ob überhaupt [...] ein Vorsatz bezüglich einer Gefährdung festgestellt ist“. Die Formulierungen im erstinstanzlichen Urteil (wie „Dem Angeklagten musste dabei bewusst sein“ sowie „musste der Angeklagte ebenso davon ausgehen“) ließen bereits offen, ob der Angeklagte „wirklich auch davon ausgegangen ist“.

2. Jedenfalls ergeben die Feststellungen nach Meinung des Senats „keinen (auch nur bedingten) Schädigungsvorsatz“. Diesbezüglich heißt es „im angefochtenen Urteil: ‚Der Angeklagte hat damit vorsätzlich sowohl hinsichtlich des geeigneten Tatobjekts als auch des drohenden bedeutenden Schadens, der Gefährdung von Leib und Leben des Zeugen T, gehandelt, indem er [...] die Gefährdung des Zeugen T für möglich erachtet und billigend in Kauf genommen hat‘. Es ist insoweit also lediglich von einem Gefährdungsvorsatz die Rede.“ Ein solcher „bloßer“ Gefährdungsvorsatz genügt in Sachverhalten wie dem vorliegenden indessen nicht. Der Senat führt aus, dass ein Verkehrsvorgang im fließenden Verkehr einzig dann „einen Eingriff in den Straßenverkehr i. S. von § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB dar[stellt], wenn zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfeind-

licher Einstellung hinzukommt, dass es mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht wird. Erst dann liegt eine – über den Tatbestand des § 315c StGB hinausgehende – verkehrstypische ‚Pervertierung‘ des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen ‚Eingriff‘ in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB vor. Sofern ein Verkehrsteilnehmer sein Fahrzeug beispielsweise als Fluchtmittel (lediglich) verkehrswidrig benutzt und nur mit Gefährdungsvorsatz handelt, wird ein solches Verhalten dagegen regelmäßig von § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst (BGHSt 48, 233 [...]).“

3. Schlussendlich weist der Senat noch für „die neue Verhandlung und Entscheidung [...] darauf hin, dass für die Annahme einer Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination nach § 315b Abs. 4 StGB bzw. einer reinen Fahrlässigkeitstat nach § 315b Abs. 5 StGB nach der o. g. höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum noch Raum bleiben dürfte, bei Bejahung eines Schädigungsvorsatzes dann aber auch die Erfüllung der Qualifikation nach §§ 315b Abs. 3, 315 Abs. 3 StGB zu prüfen wäre [Nachw.], wobei freilich das Verschlechterungsverbot bei der Strafbemessung zu beachten ist.“

II. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Zudem ergeben nach dem Senat „die Feststellungen nicht hinreichend die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (‚mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs‘).“

1. In objektiver Hinsicht ist für § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zunächst erforderlich, dass der Täter „seinem Opfer durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes gefährliches Tatmittel eine Körperverletzung im Sinne von § 223 StGB beibringt. Eine bloße mittelbare Einwirkung des gefährlichen Werkzeugs reicht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht.“ Die Feststellungen im angefochtenen Urteil ergeben indessen „keine unmittelbare Einwirkung des Fahrzeugs des Angeklagten auf den Körper des Opfers“. Weiter führt der Senat aus, dass er „zwar Bedenken [hat], ob diese Rechtsprechung zutrifft“. Von manchen wird „darauf verwiesen, dass nach der Wortlautauslegung ‚mittels‘ nichts anderes bedeutet als ‚durch‘ und damit lediglich Erfordernisse der Kausalität und der objektiven Zurechnung umschreibt“. Dies „zu Recht“, wie der Senat meint, der weiter ausführt: „Ist aber ‚mittels‘ gleichbedeutend mit ‚durch‘ so besteht kein Anlass den Begriff anders auszulegen als z. B. bei § 25 Abs. 1 StGB, wonach eben eine mittelbare Begehungsweise gerade ausreicht. Zudem ist ein gefährliches Werkzeug, wegen der potentiell gravierenden Verletzungen, die es im Fall des Kontakts mit dem Körper des Opfers hervorrufen kann, auch eher geeignet, besonders gefährliche Rettungsbemühungen des Opfers hervorzurufen. Die dem gefährlichen Werkzeug inwohnende potentielle Gefährlichkeit wirkt sich also in Fällen wie dem vorliegenden auch bei seinem bloß mittelbaren Einsatz aus.“ Diese Bedenken lässt der Senat jedoch i. E. dahinstehen.

2. Denn es wurden „keine hinreichenden Feststellungen zu einem Körperverletzungsvorsatz getroffen [...] (die entsprechende Annahme eines Verletzungsvorsatzes bei Erörterung des § 224 StGB steht im Widerspruch zu den oben zitierten Ausführungen im Rahmen des § 315b StGB)“. Dies führt „ebenfalls zur Rechtsfehlerhaftigkeit der Verurteilung wegen vorsätzlicher gefährlicher Körperverletzung und ihrer Aufhebung“. Daher „bedarf es der Einleitung eines Vorlageverfahrens nach § 121 Abs. 2 GVG jedenfalls derzeit nicht“.

3. Abschließend verweist der Senat vorsorglich darauf, „dass die höchstrichterliche Rechtsprechung auch für die Alternative des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ähnlich strenge Anforderungen stellt“.

Hinweise:

1. a) Die Ausführungen des Senats unter I. geben Gelegenheit, sich nochmals zu vergegenwärtigen, dass § 315b StGB verkehrsfremde Eingriffe erfasst. Es geht hierbei typischerweise um eine Einwirkung von außen (siehe nur die amtliche Überschrift: „[...] Eingriffe in den Straßenverkehr“) auf die Sicherheit des Straßenverkehrs. Demgegenüber erfasst § 315c StGB („Gefährdung des Straßenverkehrs“) Fehlverhalten im Straßenverkehr (hierzu vertiefend BGH, Beschluss vom 04.12.2012 – 4 StR 435/12 = JSE 2013, 536 (ERNST), mit den entsprechenden Hinweisen). § 315b Abs. 1 StGB kann aber (ausnahmsweise) auch auf das Verhalten von

Verkehrsteilnehmern (also auf Vorgänge im Verkehr) Anwendung finden. Dieses Verhalten muss dann als nicht bloß verkehrswidrig, sondern als verkehrsfremd bewertet werden, der handelnde Verkehrsteilnehmer muss den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr pervertieren (RENZIKOWSKI, in: Matt/ders., StGB (2013), § 315b Rn. 6). Bei dieser über § 315c StGB hinausgehenden verkehrstypischen Zweckentfremdung des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315b Abs. 1 StGB) genügt (normalerweise ausreichender) Gefährdungsvorsatz nicht. Vielmehr muss (wie der Senat es ausdrückt) „zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfreudlicher Einstellung“ ein Missbrauch desselben („etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug“) mit „(mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz“ hinzukommen.

Unter den genannten Voraussetzungen können Hindernisse, die im fließenden Verkehr bereitet werden, tatbestandsmäßig i. S. von § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB sein (Beispiel: anlassloses, unvorhersehbares Bremsen, sofern dadurch ein Auffahrunfall provoziert werden soll, vgl. die Nachw. bei RENZIKOWSKI, in: Matt/ders., StGB (2013), § 315b Rn. 12). Und gleiches gilt etwa in Bezug auf § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB für die vom Senat angesprochenen so genannten Polizeiflucht-Fälle.

b) Mit seinen Hinweisen für die neue Verhandlung und Entscheidung (oben I. 3.) zeigt der Senat noch Konsequenzen der Re-

striktion des § 315b StGB in Fällen wie dem vorliegenden auf: Bei Bejahung eines (mindestens bedingten) Schädigungsvorsatzes (und des bewusst zweckwidrigen Einsatzes) sind Absatz 4 und 5 des § 315b StGB zwingend ausgeschlossen (KUDLICH, in: BeckOK/StGB, Stand: 22.07.2013, § 315b Rn. 30, 32). Und auf die Abgrenzung zu den Absicht im technischen Sinne voraussetzenden Qualifikationen (§ 315b Abs. 3 StGB i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1a und b StGB) sollte ein besonderes Augenmerk gerichtet werden (dazu DEUTSCHER, VRR 2014, 229 (229)).

2. Im zweiten Teil der Entscheidung (oben unter II.) äußert der Senat Zweifel an der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Auslegung der Präposition „mittels“ i. R. von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, die von der herrschenden Lehre gestützt wird (siehe nur ENGLÄNDER, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 224 Rn. 10, und KÜHL, in: Lackner/ders., StGB, 28. Aufl. (2014), § 224 Rn. 3 je m. w. N.; ferner DEUTSCHER, VRR 2014, 229 (229)). Ausführlich legt der Senat seine Bedenken im Hinblick auf die Richtigkeit der herrschend praktizierten Auslegung dar. An dieser Stelle soll der Hinweis auf die vom Senat angeführten – gewichtigen – Argumente für die Gegenansicht sowie auf die dem Bundesgerichtshof folgende Klausurlösung (dort zudem zur Auslegung der Präposition „mittels“ i. R. v. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) erst jüngst in dieser Zeitschrift (ERNST/BECHTEL, JSE 2014, 41 (54) m. w. N.; ausf. und krit. demnächst ERNST, DAR Heft

10/2014) genügen. Jedenfalls kann man gespannt sein, ob der Senat bei sich bietender Gelegenheit ein Vorlageverfahren nach § 121 Abs. 2 GVG einleiten wird. Spätestens dann ist der Problematik die Examensrelevanz auf die Stirn geschrieben, doch schon jetzt dürfte sie Klausurersteller und Prüfer einmal mehr reizen.

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

**Zur Äußerung des
Bundespräsidenten –
„Spinner“**

Urteil vom 10.06.2014 – 2 BvE 4/13

Sachverhalt (verkürzt):

Der Bundespräsident nahm im August 2013 an einer Gesprächsrunde vor mehreren hundert Berufsschülern in einem Schulzentrum in Berlin-Kreuzberg teil. In der unter dem Motto „22.9.2013 – Deine Stimme zählt!“ stehenden Veranstaltung wies der Bundespräsident u. a. auf die Bedeutung von freien Wahlen für die Demokratie hin und forderte die Schülerinnen und Schüler zu sozialem und politischem Engagement auf. Auf die Frage einer Schülerin hin ging er auch auf Ereignisse ein, die mit den Protesten von Mitgliedern und Unterstützern der politischen Partei NPD gegen ein Asylbewerberheim in Berlin-Hellersdorf in Zusammenhang standen.

Dabei äußerte sich der Bundespräsident unter anderem wie folgt:

Nein, beim Plakateabreißen hätte ich nicht mitgemacht. Und wissen Sie auch, wir haben so viele Möglichkeiten, uns gegen Rechtsradikale zu verteidigen, und Gott sei Dank funktioniert das.

(...)

Aber solange eine Partei nicht verboten ist, darf sie auch sich äußern, und das müssen wir auch ertragen. Eine freie Gesellschaft kann den Irrtum nicht verbieten und kann auch nicht verbieten, dass irriige Meinungen geäußert werden. Die können wir bekämpfen. Und wir bekämpfen die. Und das beruhigt mich. Wir brauchen da auch nicht nur unsere staatlichen Instanzen – die brauchen wir auch manchmal –, aber wir brauchen da Bürger, die auf die Straße gehen, die den Spinnern ihre Grenzen aufweisen und die sagen „bis hierher und nicht weiter“. Und dazu sind Sie alle aufgefordert.

(...)

Und wir sollten ihnen nicht unsere Angst schenken und so tun, als könnten sie diese Demokratie gefährden. Sie sind unappetitlich, wir müssen sie politisch bekämpfen, und es ist eine Frage, ob sie so gefährlich sind, dass unser Verfassungsgericht sie verbieten wird. Da warte ich geduldig ab.

(...)

Übrigens: Wir können die Partei verbieten, aber die Spinner und die Ideologen und die Fanatiker, die haben wir dann nicht aus der Welt geschafft. Die sind ja nicht in irgendwo in einem Lager dann. Sondern die suchen sich Kameradschaften und Cliques, wo die dann weiter ihr Unwesen treiben. Das ist eben das, was wir uns dann bedenken müssen. Und diejenigen, die dem Parteiverbot kritisch gegenüber (wohl: stehen), sagen, die sind dann praktisch noch schwieriger zu kontrollieren. Also ich will mich da nicht deutlicher festlegen, aber Sie merken schon, dass ich stolz bin auf eine Bevölkerung, die hier wirklich aus der Geschichte gelernt hat und die genau weiß: Nie wieder. Und dazu gehören wir alle, die wir hier im Raum sitzen.

In seiner Rede setzte sich der Bundespräsident zudem ausführlicher mit (rechts-)radikalen Ansichten und deren Bedeutung für die deutsche Geschichte auseinander.

Über diese Äußerungen wurde auch in der Presse berichtet, woraufhin sich die NPD an das BVerfG wandte mit der Bitte, die Äußerungen des Bundespräsidenten auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.

Falllösung:

Der Antrag der NPD hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

Zulässigkeit:

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist für das Organstreitverfahren zuständig gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG.

Hinweis:

Zunächst hatte sich das BVerfG auch mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auseinanderzusetzen, die das Ziel hatte, dass der Bundespräsident „es unterlässt, durch Verlautbarung zum Nachteil der Antragstellerin in den Wahlkampf einzugreifen“. Diesen hat es durch Beschluss als unzulässig verworfen (BVerfG, Beschluss vom 17.09.2013 – 2 BvE 4/13) und ebenso den daraufhin eingelegten Widerspruch (BVerfG, Beschluss vom 19.09.2013 – 2 BvE 4/13).

II. Beteiligtenfähigkeit

1. Antragsteller

Politische Parteien werden nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG als „andere Beteiligte“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG angesehen, soweit sie ihren verfassungsrechtlichen Status aus Art. 21 Abs. 1 GG gerade gegenüber einem anderen Verfassungsorgan geltend machen wollen.¹

Hinweis:

Näher dazu bereits STILZ/LUDWIG in JSE 2/2014, S. 239 (240).

Die NPD als politische – und gegenwärtig nicht verbotene² – Partei ist daher taugliche Antragstellerin.

2. Antragsgegner

Der Bundespräsident ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i. V. m. § 63 BVerfGG tauglicher Antragsgegner.

III. Streitgegenstand

Tauglicher Streitgegenstand ist jede rechtserhebliche Handlung des Antragsgegners. Das BVerfG führt hierzu aus:

¹ BVerfGE 1, 208, 223 ff.

² Zum gegenwärtig laufenden NPD-Verbotsverfahren: „Bundesverfassungsgericht: Bundesrat reicht NPD-Verbotsantrag ein.“; in: Zeit Online, 03.12.2013; ▶ <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-12/bundesverfassungsgericht-karlsruhe-mpd-verbot> (abgerufen am 12.09.2014).

„Die [Antragstellerin] wendet sich gegen eine rechtserhebliche Maßnahme (vgl. BVerfGE 118, 277 <317> m. w. N.), indem sie behauptet, der [Antragsgegner] habe die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Äußerungsbefugnisse überschritten und damit zu Lasten der [Antragstellerin] unzulässig in den Wahlkampf eingewirkt.“

IV. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis im Organstreit ist gemäß § 64 S. 1 BVerfGG gegeben, wenn der Antragsteller schlüssig behauptet, dass er und der Antragsgegner an einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligt sind und dass der Antragsgegner hieraus erwachsende eigene verfassungsmäßige Rechte und Zuständigkeiten des Antragstellers durch die beanstandete Maßnahme oder das Unterlassen verletzt oder unmittelbar gefährdet hat.³

Hier macht die NPD geltend, als politische Partei durch die Äußerungen des Bundespräsidenten in ihrem Recht auf Chancengleichheit bei Wahlen gemäß Art. 21 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

Das BVerfG hält es auch „nicht [für] von vornherein ausgeschlossen, dass der [Antragsgegner] durch die angegriffenen Äußerungen das Recht der [Antragstellerin] auf Chancengleichheit bei Wahlen verletzt hat“.

Eine Antragsbefugnis liegt somit vor.

³ BVerfG, NVwZ 2014, 439.

V. Form und Frist

Die sich aus §§ 32 Abs. 1, 64 Abs. 2 BVerfG ergebende Form und die Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG wurden eingehalten. Auch wurde der Antrag vom amtierenden Parteivorsitzenden und damit dem vertretungsberechtigten Vorstand gestellt.

Begründetheit:

Der Antrag ist begründet, wenn der Bundespräsident durch seine Äußerung die NPD als Antragstellerin tatsächlich in ihrem Recht auf Chancengleichheit verletzt hat.

I. Prüfungsmaßstab

1. Aufgaben und Befugnisse des Bundespräsidenten

Der Bundespräsident hat neben der Wahrnehmung der ihm durch die Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse kraft seines Amtes insbesondere die Aufgabe, Staat und Volk der Bundesrepublik Deutschland nach außen und innen zu repräsentieren und die Einheit des Staates zu verkörpern.⁴

Dabei bedarf der Bundespräsident, wenn „er auf Fehlentwicklungen hinweist oder vor Gefahren warnt und dabei die von ihm als Verursacher ausgemachten Kreise oder Personen benennt, über die seinem Amt immanente Be-

⁴ Dazu ausführlich Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 54 Rn. 88 ff.

fugnis zu öffentlicher Äußerung hinaus keiner gesetzlichen Ermächtigung“.

Hinweis:

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass im Öffentlichen Recht nicht ohne weiteres von einer Aufgabe auf die Befugnis zur Erfüllung selbiger geschlossen werden darf. Dies gilt insbesondere im Verwaltungsrecht. Denn der Vorbehalt des Gesetzes verlangt für jeden staatlichen Eingriff in die (Grund-)Rechte seiner Bürger zunächst eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage.

Im Bereich des Staatsrechts hatte sich das BVerfG mit dieser Problematik in den Fällen von der Bundesregierung ausgesprochener Warnungen („Glykolwein“⁵- und „Osho“⁶-Entscheidungen) auseinanderzusetzen.

Es stellte dort klar, dass die Zuweisung einer Aufgabe auch zur Informationstätigkeit im Rahmen der Wahrnehmung dieser Aufgabe berechtigt, selbst wenn dadurch mittelbar-faktische Beeinträchtigungen herbeigeführt werden können. Eine über die Aufgabenzuweisung hinausgehende gesetzliche Ermächtigung sei weder aufgrund der rechtsstaatlichen, grundrechtsschützenden und den Rechtsschutz gewährleistenden noch aufgrund der demokratischen Funktion des Gesetzesvorbehalts erforderlich.

2. Bindung an das Gesetz und Gestaltungsspielraum bei der Aufgabenwahrnehmung

Das BVerfG betont, dass der Bundespräsident *„in keinerlei Hinsicht ‚über dem Gesetz‘ [steht]“*, da er Staatsgewalt i. S. d. Art. 20 II

⁵ BVerfG, NJW 2002, 2621.

⁶ BVerfG, NJW 2002, 2626.

GG ausübt und deshalb *„gem. Art. 1 III und Art. 20 III GG an die Grundrechte sowie an Gesetz und Recht gebunden [ist], was in der Eidesformel (Art. 56 GG), mittelbar in den Immunitätsregeln (Art. 60 IV i. V. m. Art. 46 II GG) sowie in den Voraussetzungen einer Anklage gem. Art. 61 I 1 GG wiederholten Ausdruck findet“.*

Zugleich sei zu berücksichtigen, dass der Bundespräsident *„den mit dem Amt verbundenen Erwartungen nur gerecht werden [kann], wenn er auf gesellschaftliche Entwicklungen und allgemeinerpolitische Herausforderungen entsprechend seiner Einschätzung eingehen kann und dabei in der Wahl der Themen ebenso frei ist wie in der Entscheidung über die jeweils angemessene Kommunikationsform“.*

Daraus folgt, dass der Bundespräsident grundsätzlich selbst entscheidet, wie er seine Repräsentations- und Integrationsaufgaben mit Leben erfüllt. Ihm kommt ein *„weiter Gestaltungsspielraum“* zu, wenn er mittels der Autorität seines Amtes die Einheit des Gemeinwesens sichtbar machen und fördern will.

3. Folgen für den Prüfungsmaßstab

Entsprechend seiner Bindung an das Gesetz hat der Bundespräsident *„das Recht der Parteien auf freie und gleiche Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes gem. Art. 21 GG zu achten“.*

„Dieses Recht kann dadurch verletzt werden, dass Staatsorgane zu Gunsten oder zu Lasten einer politischen Partei in den Wahlkampf einwirken (vgl. BVerfGE 44, 125 <146>). Eine die Gleichheit ihrer Wettbewerbschancen beeinträchtigende Wirkung kann für eine Partei auch von der Kundgabe negativer Werturteile über ihre Ziele und Betätigungen ausgehen (vgl. BVerfGE 40, 287 <293>).“

Anders als etwa die Bundesregierung steht der Bundespräsident nicht mit politischen Parteien in direktem Wettbewerb um die Gewinnung politischen Einflusses. Ferner gehört es auch nicht zu seinen Befugnissen, „die Öffentlichkeit regelmäßig über radikale Bestrebungen zu informieren oder über einen Antrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei (Art. 21 II GG) zu befinden“.

Dafür haben Äußerungen des Bundespräsidenten „kraft seiner Stellung besonderes Gewicht, und eine öffentliche Auseinandersetzung mit dem Bundespräsidenten folgt anderen Gegebenheiten als die mit direkten politischen Konkurrenten oder einer von ihnen getragenen Bundesregierung.“

Hieraus und aus dem dargestellten Gestaltungsspielraum des Bundespräsidenten bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben schließt das BVerfG, dass „Äußerungen des Bundespräsidenten, die die Chancengleichheit der Parteien berühren, gerichtlich nur dann beanstandet werden [können], wenn er mit ihnen

unter evidenter Vernachlässigung seiner Integrationsaufgabe und damit willkürlich Partei ergreift [...] Inwieweit er sich dabei am Leitbild eines ‚neutralen Bundespräsidenten‘ orientiert, unterliegt weder generell noch im Einzelfall gerichtlicher Überprüfung.“

Für die Beurteilung negativer Äußerungen des Bundespräsidenten über bestimmte Parteien führt es konkretisierend aus:

„In Erfüllung seiner Repräsentations- und Integrationsaufgabe obliegt es dem Bundespräsidenten, im Interesse der Wahrung und Förderung des Gemeinwesens das Wort zu ergreifen und die Öffentlichkeit durch seine Beiträge auf von ihm identifizierte Missstände und Fehlentwicklungen – insbesondere solche, die den Zusammenhalt der Bürger und das friedliche Zusammenleben aller Einwohner gefährden – aufmerksam zu machen sowie um Engagement bei deren Beseitigung zu werben. Er kann in diesem Sinn integrierend nur wirken, wenn es ihm freisteht, nicht nur die Risiken und Gefahren für das Gemeinwohl, sondern auch mögliche Ursachen und Verursacher zu benennen. Gehen Risiken und Gefahren nach Einschätzung des Bundespräsidenten von einer bestimmten politischen Partei aus, ist er nicht gehindert, die von ihm erkannten Zusammenhänge zum Gegenstand seiner öffentlichen Äußerungen zu machen. Dem steht die verfassungsrechtliche Erwartung nicht entgegen, dass der Bundespräsident – insbesondere zu Wahlkampfzeiten – eine gewisse Distanz zu Zielen und Aktivitä-

ten von politischen Parteien und gesellschaftlichen Gruppen wahr, weil mit ihr nicht die Vorstellung eines politisch indifferenten Amtswalters verbunden ist. Äußerungen des Bundespräsidenten sind dabei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, solange sie erkennbar einem Gemeinwohlziel verpflichtet und nicht auf die Ausgrenzung oder Begünstigung einer Partei um ihrer selbst willen angelegt sind.“

Und weiter:

„Mit der Repräsentations- und Integrationsaufgabe des Bundespräsidenten nicht mehr im Einklang stehen Äußerungen, die keinen Beitrag zur sachlichen Auseinandersetzung liefern, sondern ausgrenzend wirken, wie dies grundsätzlich bei beleidigenden, insbesondere solchen Äußerungen der Fall sein wird, die in anderen Zusammenhängen als ‚Schmähhkritik‘ (vgl. BVerfGE 93, 266 <294> m. w. N.) qualifiziert werden.“

II. Beeinträchtigung der Rechte der NPD aus Art. 21 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 GG

Dem folgend ist danach zu fragen, ob die Äußerungen des Bundespräsidenten die NPD in ihrem Recht auf Chancengleichheit verletzt hat.

1. Aufruf zu gewaltsamen Protesten?

Zum Vorwurf, der Bundespräsident habe gewaltsame Proteste gegen die NPD unterstützt oder zumindest gutgeheißen, führt das

BVerfG aus, dass dies seinen Äußerungen bei der gebotenen objektiven Auslegung nicht zu entnehmen sei.

Es sei dem Bundespräsidenten nur darum gegangen, „anknüpfend an die aus der Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus zu ziehenden Lehren, zu bürgerschaftlichem Engagement gegenüber politischen Ansichten, von denen seiner Auffassung nach Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung ausgehen und die er von der [Antragstellerin] vertreten sieht, auf[zu]rufen“.

Insbesondere habe der Bundespräsident zu Beginn seiner Antwort „ausdrücklich darauf hingewiesen, bereits das Abreißen von Plakaten nicht zu billigen. Es konnte daher kein Zweifel bestehen, dass er erst recht gewalttätige Auseinandersetzungen mit der [Antragstellerin] ablehnte. Im Weiteren hat er lediglich in der Sache auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 5, 8 GG) hingewiesen und zum politischen Meinungskampf aufgefordert“, damit aber zugleich nur „für die dem Grundgesetz entsprechende Form der Auseinandersetzung mit solchen Ansichten (vgl. insoweit BVerfGE 124, 300 <330 f.>) geworben“.

2. Bezeichnung als „Spinner“

Das BVerfG stellte zunächst fest, dass der Bundespräsident gegenüber der NPD und deren Anhängern bzw. Unterstützern ein negatives Werturteil abgegeben hat, „das isoliert betrachtet durchaus als diffamierend empfunden

den werden und auf eine unsachliche Ausgrenzung der so Bezeichneten hindeuten kann“.

Allerdings würdigt das BVerfG auch den konkreten Zusammenhang, in dem das Wort „Spinner“ verwendet wurde.

So diene „die Bezeichnung als ‚Spinner‘ – neben derjenigen als ‚Ideologen‘ und ‚Fanatiker‘ – als Sammelbegriff für Menschen, die die Geschichte nicht verstanden haben und, unbeeindruckt von den verheerenden Folgen des Nationalsozialismus, rechtsradikale – nationalistische und antidemokratische – Überzeugungen vertreten. Die mit der Bezeichnung als ‚Spinner‘ vorgenommene Zuspitzung sollte den Teilnehmern an der Veranstaltung nicht nur die Unbelehrbarkeit der so Angesprochenen verdeutlichen, sondern auch hervorheben, dass sie ihre Ideologie vergeblich durchzusetzen hofften, wenn die Bürger ihnen ‚ihre Grenzen aufweisen‘.“

Eine Überschreitung der ihm von Verfassung wegen gesetzten Grenzen negativer öffentlicher Äußerungen über politische Parteien sei ihm deshalb jedoch noch nicht vorzuwerfen.

Hinweis:

Die Entscheidung setzt sich mit den Aufgaben und Befugnissen des Bundespräsidenten auseinander und der Frage, in wie weit sich der Bundespräsident zur aktuellen Lage in

der Gesellschaft – notfalls auch in deutlichen Worten – äußern darf.

Das BVerfG bricht mit der landläufigen Meinung, der Bundespräsident sei aufgrund seiner repräsentativen Aufgaben zu absoluter Neutralität verpflichtet,⁷ und betont, dass sich der Bundespräsident bei der Wahrnehmung seiner integrativen Aufgaben durchaus auch kritisch zu gewissen tagesaktuellen Themen äußern darf. Dabei geht es sogar noch einen Schritt weiter, indem es sich auf eine bloße „Evidenzkontrolle“ zurückzieht. Damit gewährt es dem Bundespräsidenten weitgehende Freiheit bei der Wahrnehmung seiner ihm nach der Verfassung zukommenden Aufgaben und stärkt so nicht zuletzt das Amt des Bundespräsidenten.

Die Entscheidung eignet sich insbesondere für ein Prüfungsgespräch im mündlichen Teil der Ersten Juristischen Staatsprüfung und lässt sich etwa mit dem staatsrechtlichen „Evergreen“, dem Prüfungsrecht des Bundespräsidenten, gut verbinden. Sie sollte daher zum Pflichtwissen eines Examenskandidaten gehören. Dies gilt umso mehr, als die Entscheidung auch im Hinblick auf das gegenwärtig laufende NPD-Verbotsverfahren einem am politischen Tagesgeschehen interessierten Prüfer ins Auge springen wird.

(Oliver Wolf / Jonas Ludwig)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

⁷ Dazu auch *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 54 Rn. 91.

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Alexander Bechtel
Dominique Beck
Pius Dolzer
Richter Guido Philipp Ernst
RA Steffen Follner
RAin Karin Hummel, M. A.
Lina Kammerer
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL. M.
RA Dr. Andreas Lohbeck
Philipp Louis
(*Stellvertretender Schriftleiter*)
Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Schriftleiter*)
RA Dr. Paul Popescu
Gabriel Schmidt
(*Stellvertr. Schriftleiter*)
Amela Schön
Philipp Trautmann
Richterin Anna Vögelein
Stephanie Walz
Julian Weippert
Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Konrad-Adenauer-Str. 9
D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Vorsitzender*)
Philipp Louis
(*Stellvertretender Vorsitzender*)
Gabriel Schmidt
(*Schatzmeister*)
Richter Guido Philipp Ernst
(*Ressortleiter Strafrecht*)

4. Jahrgang (2014)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
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.
PD 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: ▶ 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

2/2014 | *Christian F. Majer:*

Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung

2/2014 | *Philipp K. Kauffmann:*

In dubio pro – Selbstanzeige?

1/2014 | *Andreas Lohbeck:*

Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?

4/2013 | *Philipp Kauffmann:*

Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat

4/2013 | *Stanyo Dinov:*

Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan

3/2013 | *Sebastian Brüggemann:*

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit

2/2013 | *Joachim Renzikowski:*

Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.

1/2013 | *Andreas Lohbeck:*

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht

1/2013 | *Hartmut Kilger / Christian F. Majer:*

Die Ethik und die Rechtsanwältin

4/2012 | *Tobias Rist:*

Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

3/2012 | *Christian F. Majer:*

Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

2/2012 | *Paul Popescu:*

Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe

1/2012 | *Julius Forschner:*

Die Haftung von Ratingagenturen

1/2012 | *Nicolas Sonder:*

Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?

1/2011 | *Dominik Skauradszun / Felix Hornfischer:*

Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten

1/2011 | *Werner Walk / Nils Wiese:*

Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichsten 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