



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

### 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

*Sarah Bunk*  
Ist Ämterpatronage strafbar?

### KLAUSUREN

*Ralf Dietrich/Alexander Bechtel*  
Strafrecht: „Ärger im Sperrbezirk“

*Michael Jordan*  
Zivilrecht: „Bügelbrände“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*  
Abschleppkosten und Geschäftsführung ohne Auftrag

*BAG*  
Unmittelbare Benachteiligung wegen Transsexualität

*LG Stuttgart*  
Örtliche Zuständigkeit bei verleumderischen  
Veröffentlichungen im Internet

*OLG Hamm*  
Zur Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB

*BVerfG*  
Vereinbarkeit der Ermittlungsbefugnisse des BKA  
zur Terrorismusbekämpfung mit der Verfassung

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Sarah Bunk</b> Ist Ämterpatronage strafbar?	Seite ▶ 110
<b>Klausuren</b>	<b>Ralf Dietrich/Alexander Bechtel</b> Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Ärger im Sperrbezirk“	Seite ▶ 114
	<b>Michael Jordan</b> Examensübungsklausur Zivilrecht: „Bügelbrände“	Seite ▶ 121
<b>Rechtsprechung</b> <b>Zivilrecht</b>	<b>BGH</b> Abschleppkosten und Geschäftsführung ohne Auftrag Urteil vom 11.03.2016 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 133
	<b>BGH</b> Außerordentliche Kündigung eines Fitnessstudiovertrags bei Umzug Urteil vom 04.05.2016 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 135
	<b>BAG</b> Unmittelbare Benachteiligung wegen Transsexualität Urteil vom 17.12.2015 ( <i>Markus Meißner</i> )	Seite ▶ 138
<b>Rechtsprechung</b> <b>Strafrecht</b>	<b>LG Stuttgart</b> Örtliche Zuständigkeit bei verleumderischen Veröffentlichungen im Internet Beschluss vom 15.01.2014 ( <i>Caprice Doerbeck</i> )	Seite ▶ 142
	<b>OLG Hamm</b> Zur Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB Beschluss vom 23.02.2016 ( <i>Guido Philipp Ernst</i> )	Seite ▶ 145
<b>Rechtsprechung</b> <b>Öffentliches Recht</b>	<b>BVerfG</b> Vereinbarkeit der Ermittlungsbefugnisse des BKA zur Terrorismusbekämpfung mit der Verfassung Urteil vom 20.04.2016 ( <i>Finn Mengler/Lorenz Bode</i> )	Seite ▶ 147

---

## EDITORIAL

---

Am 24. Mai dieses Jahres hob der vierte Strafsenat des Bundesgerichtshofes eine Entscheidung des Landgerichts Halle (Saale) auf, in welcher der Oberbürgermeister der Stadt (*Bern Wiegand*) vom Vorwurf der Untreue (§ 266 StGB) freigesprochen wurde (Az. 4 StR 440/15). *Wiegand* soll bei Amtsantritt seine drei engsten Mitarbeiter in der Stadtverwaltung in zu hohe Erfahrungsstufen eingruppiert haben, wodurch der Stadt Halle im Zeitraum von sieben Jahren ein Schaden von rund 300.000 Euro entstanden sein soll. Dieser nun vom Landgericht Magdeburg erneut zu beurteilende Sachverhalt ist nur ein Beispiel für die Praxis der sogenannten „Ämterpatronage“. Dabei erfolgt die Einstellung, Beförderung und Abberufung von Beamten, also die Personalpolitik im öffentlichen Dienst, auf Grund wirksamen Einflusses von nicht zuständigen Personen, Parteien und Verbänden („Patron“). Der **Beitrag** von BUNK in dieser Ausgabe beschäftigt sich mit den Hintergründen dieser im juristischen Schrifttum unterrepräsentierten Problematik und geht dabei insbesondere auf mögliche strafrechtliche Folgen für den „Patron“ ein.

Die **Klausuren** in dieser Ausgabe richten sich an fortgeschrittene Studenten und Examenskandidaten. In ihrer mit „Ärger im Sperrbezirk“ betitelten Falllösung widmen sich DIETRICH und BECHTEL dem strafrechtlichen Eigentums- und Vermögensschutz und dessen Verbindung mit dem Schutz der Willensentschlussfreiheit. Im Zweiten Teil der Ausarbeitung geht es mit der (schweren) Brandstiftung auch um ein gemeingefährliches Delikt. In seiner zivilrechtlichen Examensübungsklausur „Bügelbrände“, widmet sich JORDAN schwerpunktmäßig Fragen der Haftung bei einer Schenkung für Integritätsschäden sowie der Geschäftsführung ohne Auftrag und dem Rechtfertigungsgrund des § 904 BGB.

Auch die **Rechtsprechung** in dieser Aufgabe beginnt mit dem **Zivilrecht** und dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag. In seinem Urteil hatte der V. Zivilsenat des BGH zu entscheiden, ob ein Fahrzeug, das unbefugt auf einem Privatgrundstück in verbotener Eigenmacht abgestellt wurde, im Auftrag des Grundstücksbesitzers im Wege der berechtigten Selbsthilfe wieder entfernt werden darf (FORSCHNER). In der zweiten Entscheidung musste der XII. Zivilsenat der Frage nachgehen, ob der Umstand, dass der Kunde eines Fitnessstudios berufsbedingt seinen Wohnort wechselt, eine außerordentliche Kündigung seines Vertrags rechtfertigt (FORSCHNER).

Im **Arbeitsrecht** geht es in dieser Ausgabe um Fragen der Gleichbehandlung von transsexuellen Personen. Konkret sollte das BAG der Frage nachzugehen, inwiefern einer Bewerberin Entschädigung nach dem AGG zusteht, weil sie bei Ihrer Bewerbung als Kommissioniererin unmittelbar aufgrund ihrer Transsexualität benachteiligt wurde (MEIBNER).

Im **Strafrecht** geht es zunächst um Fragen des Rechtsanwendungsrechts. Hier hatte das LG Stuttgart die örtliche Zuständigkeit bei verleumderischen Veröffentlichungen im Internet zu klären (DOERBECK). In der zweiten Entscheidung ging das OLG Hamm der Frage nach, ob § 243 Abs. 1 StGB auch dann anzuwenden ist, wenn es sich bei dem Diebesgut zwar um eine geringwertige Sache handelt (§ 243 Abs. 2 StGB), der Vorsatz des Täters sich jedoch auf eine nicht geringwertige Sache bezog (ERNST).

Das **Öffentliche Recht** wartet in dieser Ausgabe zwar mit nur einer Entscheidung auf, deren Bedeutung sollte jedoch keineswegs unterschätzt werden. Der erste Senat des BVerfG musste sich eingehend mit der Frage beschäftigen, ob die Ermächtigung des Bundeskriminalamts zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen und zur Nutzung und Übermittlung der hierdurch gewonnenen Daten (auch an ausländische Stellen) zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar ist (MENGLER/BODE)

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

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

---

## BEITRAG

---

Prof. Dr. Sarah Bunk\*

# Ist Ämterpatronage strafbar?

## Gliederung

- A) Problemstellung
- B) Das Phänomen der Ämterpatronage
- C) Ämterpatronage als (Haushalts-)Untreue

- I. Tathandlungen und taugliche Täter einer Untreue
- II. Vermögensschaden

- D) Ämterpatronage als Form strafbarer Korruption
- E) Fazit

### A) Problemstellung

Die Strafbarkeit von „Ämterpatronage“ ist ein Thema, mit dem sich Rechtsprechung<sup>1</sup> und juristisches Schrifttum<sup>2</sup> eher selten vertieft befasst haben. Die zeitgenössische Literatur und Medienberichterstattung widmeten sich der „Ämterpatronage“ schon eingehender. Es war vor allem Martin Walser, der mit seinem Roman „Finks Krieg“ die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf dieses Thema gelenkt hat. Er erzählt die – wahre – Geschichte eines ihm bekannten hessischen Ministerialbeamten, der nach einer Landtagswahl infolge einer Ämterpatronage seine Stelle als Kirchenkoordinator räumen musste. Der Kampf um sein Recht setzte seiner Gesundheit zu und ließ ihn zum Außenseiter werden. Es ist aber nicht nur das Schicksal des Ministerialbeamten Fink und die von Martin Walser aufgeworfene Frage, „*ob es die Gesundheit und das Leben kosten kann, in einem Rechtsstaat sein Recht zu wollen*“<sup>3</sup>. Vielmehr steht die „Ämterpatronage“ im Spannungsfeld zwischen der in ihr gesehenen „Gefahr für die Demokratie“<sup>4</sup> und ihrer überwiegenden gesellschaftlichen Akzeptanz – zumindest in bestimmten Teilbereichen.

### B) Das Phänomen der Ämterpatronage

Unter Ämterpatronage versteht man die Vergabe eines Amtes an einen „Günstling“, oft an einen sog. Parteifreund. Im Wesentlichen lassen sich aufgrund der Motivation des „Patrons“ zwei Fallgruppen unterscheiden: die Herrschafts- und die Versorgungspatronage<sup>5</sup>. Der Tübinger Politikprofessor Eschenburg hat bereits im Jahr 1960 die erste Fallgruppe in ihrem Extrem

als „Insidelobbyismus“ beschrieben<sup>6</sup>. Demgegenüber verfolgt die Versorgungspatronage das Ziel, treue Gefolgsleute langfristig finanziell abzusichern.

Die Folgen der Ämterpatronage sind vielschichtig. Richtet man das Augenmerk auf die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter, kann die Ämterpatronage nicht nur die öffentlichen Haushalte schädigen, sondern beeinträchtigt auch den im Rechtsstaatsprinzip angelegten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und erschüttert das Vertrauen in ihre Lauterkeit. Die folgenden Ausführungen sollen deshalb vor allem beleuchten, inwieweit das Strafrecht den Schutz dieser Interessen gewährleistet und gewährleisten kann. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch die Frage beantworten, warum die „Strafbarkeit von Ämterpatronage“ in der gegenwärtigen Rechtsprechung und Literatur eine so untergeordnete Rolle spielt.

### C) Ämterpatronage als (Haushalts-) Untreue

Das öffentliche Vermögen wird strafrechtlich in erster Linie durch den Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB geschützt. Bei der Anwendung dieses Tatbestands auf Fälle der Ämterpatronage, die einen Unterfall der sog. Haushalts- oder Amtsuntreue darstellen kann, ist allerdings manches unklar und umstritten.

#### I. Tathandlungen und taugliche Täter einer Untreue

Die Bestimmung des potentiellen Täterkreises bereitet weniger Schwierigkeiten. Untreue setzt tatbestandlich eine fremdnützige Vermögensbetreuungspflicht voraus<sup>7</sup>. Wer befugt ist, über die Vergabe öffentlicher Ämter zu entscheiden, hat die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit<sup>8</sup> als Hauptpflicht zu beachten<sup>9</sup>.

Einmütigkeit herrscht auch darüber, dass sich die Vergabe öffentlicher Ämter grundsätzlich an dem in Art. 33 Abs. 2 GG postulierten Leistungsprinzip orientieren muss<sup>10</sup>. Der Begriff des öffentlichen Amtes ist durchaus weit zu verstehen, jedoch werden politische Beamte – jedenfalls hinsichtlich der politischen Auffassungen – ausgenommen<sup>11</sup>. Nicht erfasst werden sollen auch politische Wahlämter, wohl aber gewählte Rich-

\* Die Autorin ist Inhaberin einer Professur für Strafrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht, Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 26. April 2006 - 2 StR 515/05 -, NStZ-RR 2006, 307 ff.

<sup>2</sup> Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015; Mousiol, Ämterpatronage, Gefahr für die Demokratie, 2013; Lindenschmidt, Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung, 2004.

<sup>3</sup> Walser, Finks Krieg, S. 90.

<sup>4</sup> Mousiol, Ämterpatronage, Gefahr für die Demokratie, 2013.

<sup>5</sup> Eschenburg, [www.zeit.de/1960/50/was-ist-aemterpatronage/komplettansicht](http://www.zeit.de/1960/50/was-ist-aemterpatronage/komplettansicht), S. 4;

Mousiol, Ämterpatronage, Gefahr für die Demokratie 2013, S. 26.

<sup>6</sup> Eschenburg, [www.zeit.de/1960/50/was-ist-aemterpatronage/komplettansicht](http://www.zeit.de/1960/50/was-ist-aemterpatronage/komplettansicht), S. 4.

<sup>7</sup> Ganz h. M. sowohl für den Missbrauchs- als auch den Treubruchstatbestand, vgl. nur Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Auflage 2016, § 266 Rn. 6 f., 35 f.; S/S-Perron, 29. Aufl. (2014), § 266 Rn. 2; Schönemann, in: LK, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 29.

<sup>8</sup> Für Baden-Württemberg § 7 Abs. 1 S. 1 LHO, § 34 Abs. 2 S. 1 LHO.

<sup>9</sup> Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558, 560; Hadamitzky in: Müller-Guggenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage 2015, § 32 Rn. 240; Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 39.

<sup>10</sup> Vgl. nur Badura in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Lfg. Dezember 2014, Art. 33 Rn. 20; Jarass/Pieroth, GG, 13. Auflage 2014, Art. 33 Rn. 9 f., 12 ff.

<sup>11</sup> Jarass/Pieroth, GG, 13. Auflage 2014, Art. 33 Rn. 9 mwN.

ter<sup>12</sup>. Wenn die mit dem Amt verbundene Aufgabe in den politischen Bereich hineinreicht und die Eignung des Bewerbers durch seine parteipolitische Ansicht zwangsläufig beeinflusst wird, kann die Parteizugehörigkeit also durchaus ein sachgerechtes und legitimes **Auswahlkriterium** sein.

Ungeachtet der vorgenannten Ausnahmen missbraucht im Sinne von § 266 StGB also derjenige seine Befugnis, über das öffentliche Vermögen zu verfügen, der aus Patronagegründen den Bestbefähigten benachteiligt<sup>13</sup>.

## II. Vermögensschaden

Viel problematischer allerdings ist, ob der Verfügende der öffentlichen Hand durch ein solches Verhalten einen Vermögensnachteil zufügt, wie ihn § 266 StGB voraussetzt.

Im Zusammenhang mit der Ämterpatronage wird nach einheitlicher Auffassung ein Vermögensnachteil jedenfalls dann bejaht, wenn ein Amt an einen Günstling vergeben wird, der entweder die Laufbahnvoraussetzungen nicht erfüllt oder durch die Anforderungen des Amtes in seiner Leistungsfähigkeit offensichtlich überfordert wird<sup>14</sup>. Dass insofern ein Vermögensnachteil gegeben ist, liegt auf der Hand und bedarf hier keiner Vertiefung, zumal diese Konstellationen in der Praxis Ausnahmefälle sein dürften.

Darüber hinaus verstößt die Einstellung oder Beförderung eines Bewerbers, dessen Leistungen ein eklatantes Defizit aufweisen, gegen Art. 33 Abs. 2 GG, wenn dadurch ein besser qualifizierter Bewerber übergangen wird. Ob insofern allerdings ein Vermögensnachteil – und damit eine strafbare Untreue – vorliegt, ist streitig. Im Folgenden sollen diese Konstellationen – die in der Praxis auch das Gros der vorkommenden Fälle darstellen – genauer betrachtet werden.

Man kommt an dieser Stelle nicht umhin, sich den Vermögensbegriff in Erinnerung zu rufen. Ausgangspunkt ist nach herrschender Meinung der wirtschaftliche Vermögensbegriff, wonach Vermögen die Summe aller geldwerten Güter sowie rechtlichen und tatsächlichen Positionen darstellt.<sup>15</sup> Ein Schaden liegt vor, wenn sich die Summe der geldwerten Positionen infolge der Tathandlung verringert.<sup>16</sup> Ebenfalls ist anerkannt, dass Erwartungen einer Vermögensmehrung Vermögenswert erlangen, wenn sie als sichere oder jedenfalls wirtschaftlich realistische Gewinnerwartungen erscheinen, also die Aussicht auf einen wirtschaftlichen Vorteil in einem solchen Maß konkretisiert ist, dass die Verkehrsauffassung ihr einen objektivierbaren wirtschaftlichen Wert zumisst<sup>17</sup>.

Dass von einer rein wirtschaftlichen Betrachtung in bestimmten Fallkonstellationen zugunsten sachgerechter Ergebnisse

abgewichen werden muss, ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt. Zentral ist in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit die speziellen Verhältnisse des Vermögensträgers für die Bestimmung des Vermögensnachteils eine Rolle spielen dürfen. Anders ausgedrückt steht zur Disposition, inwieweit in den Vermögensbegriff andere rechtliche Wertungen einbezogen werden dürfen. Eine Auslegung hat nicht nur Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck zu berücksichtigen, sondern muss sich vor allem am Schutzgut Vermögen orientieren, so dass ein – wie auch immer gearteter – wirtschaftlicher Nachteil noch vorliegen muss. Eine entgrenzende Auslegung des Vermögensnachteils lehnt das Bundesverfassungsgericht deshalb zu Recht ab<sup>18</sup>. Die durch den Bestimmtheitsgrundsatz und das verfassungsrechtlich verankerte ultima-ratio-Prinzip gebotene Abgrenzung des Strafbarkeitsbereichs zur Handlungsfreiheit im Rahmen von § 266 StGB muss deshalb anhand des eigenständig zu prüfenden Tatbestandsmerkmals des Vermögensnachteils erfolgen<sup>19</sup>.

Vor diesem Hintergrund lässt sich bei der Ämterpatronage die Annahme eines Vermögensnachteils nicht allein damit begründen, dass sich das Beamtenverhältnis nicht auf die Leistung von Arbeit gegen Entgelt beschränkt, sondern eigener Art ist und seinen Schwerpunkt in der gegenseitigen Treupflicht hat<sup>20</sup>. Ein Vermögensschaden liegt nur dann vor, wenn dem Günstling solche Eigenschaften fehlen, die nach Beamtenrecht Voraussetzung für seine Anstellung oder Beförderung sind, wie etwa das erfolgreiche Absolvieren der vorgeschriebenen Laufbahn oder, wenn explizite gesetzliche Vorgaben fehlen, die übliche Vorbildung<sup>21</sup>. Andernfalls würde anstelle einer wirtschaftlich messbaren Vermögensminderung ein Eingriff in die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Untreue sanktioniert<sup>22</sup>. Als Vermögensdelikt schützt der Untreuetatbestand aber nicht vor Vetternwirtschaft und Korruption.

Weiter wird versucht, einen Vermögensschaden mit einem Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG zu begründen. So soll der Schaden darin liegen, dass der Eintritt des Vorteils vereitelt wird, der in der höheren Leistungsfähigkeit des besser geeigneten Bewerbers liegt<sup>23</sup>. Die Begründung, die Vermögensfürsorgepflicht reiche wegen des Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsprinzips sowie des Leistungsgrundsatzes über die reine Bestandserhaltung hinaus<sup>24</sup>, trägt nicht. Der ausgebliebene Vorteil – mithin die Vorstellung,

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 -, BVerfGE 126, 170 ff., zitiert nach juris Rn. 112.

<sup>19</sup> Schünemann, in: LK, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 1; BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 -, BVerfGE 126, 170 ff., zitiert nach juris Rn. 112.

<sup>20</sup> So aber der BGH beim Anstellungsbetrug im Zusammenhang mit der Erschleichung einer Beamtenstellung, der einen Vermögensnachteil selbst in Fällen annehmen will, in denen der Bewerber die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen erfüllt und nach seiner Einstellung als Beamter fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt, Urteil vom 16. März 1954 - 5 StR 552/53 -, NJW 1954, 890.

<sup>21</sup> S/S-Perron, 29. Aufl. (2014), § 263 Rn. 156 mwN.; ausführlich dazu auch Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 150 ff.

<sup>22</sup> So die Kritik der Literatur in Bezug auf die Rechtsprechung des BGH zur Erschleichung einer Beamtenstellung, vgl. nur Tiedemann, in: LK, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 224 mwN.

<sup>23</sup> So Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558, 560.

<sup>24</sup> Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558, 560.

<sup>12</sup> Jarass/Pieroth, GG, 13. Auflage 2014, Art. 33 Rn. 9 mwN.

<sup>13</sup> Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558, 560.

<sup>14</sup> Schünemann, in: LK, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 238; S/S-Perron, 29. Aufl. (2014), § 266 Rn. 44; Hadamitzky in: Müller-Guggenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage 2015, § 32 Rn. 239; Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 150 ff., 171.

<sup>15</sup> Ausf. S/S-Perron, 29. Aufl. (2014), § 266 Rn. 39b ff. mwN.

<sup>16</sup> Vgl. nur S/S-Perron, 29. Aufl. (2014), § 266 Rn. 39 ff. mwN.

<sup>17</sup> Vgl. nur Fischer, StGB, 63. Auflage 2016, § 266 Rn. 111; S/S-Perron, 29. Aufl. (2014), § 266 Rn. 46; Schünemann, in: LK, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 167 jeweils mwN. auch auf die Rechtsprechung.

der Bestbefähigte hätte besser, schneller oder sachgerechter gearbeitet – ist weder sachlich noch der Höhe nach in einem solchen Maß objektivierbar, dass ihm die Verkehrsauffassung – als realistische und konkrete Gewinnerwartung – einen bestimmbaren wirtschaftlichen Wert zumessen kann<sup>25</sup>.

Erfüllt ein unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG patronierter Bewerber die objektiven Laufbahnvoraussetzungen, lässt sich ein Vermögensschaden auch nicht mit dem Argument der Fehlleitung öffentlicher Gelder, das im Zusammenhang mit Verstößen gegen Festsetzungen des Haushaltsplanes anerkannt ist<sup>26</sup>, begründen<sup>27</sup>. Denn eine Vorstellung, die Fehlleitung öffentlicher Gelder sei dadurch veranlasst und soll deshalb zum Vermögensnachteil führen, weil ein Teil der Besoldung für die Parteizugehörigkeit und nicht für die Arbeitsleistung gewährt werde, ist nicht möglich. Die Zahlungen erfolgen in vollem Umfang zur Erfüllung des Anspruchs auf Besoldung.

Schließlich soll die systematische Ämterpatronage wegen ihres Zersetzungseffekts der Leistungsbürokratie und der Anfälligkeit für Korruption einen **Vermögensnachteil** begründen<sup>28</sup>. Auch dieser Ansatz überzeugt nicht. Denn ein etwaiger Vermögensnachteil ist dann keine zurechenbare Folge der konkreten Tathandlung mehr.

Zu missbilligen ist die Ämterpatronage, weil sie gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstößt und in das sich daraus ergebende grundrechtsgleiche Recht des Benachteiligten eingreift. Diesen individuellen Anspruch des Unterlegenen schützt der Untreuetatbestand ebenfalls nicht. Nur der Benachteiligte selbst kann ihm im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Konkurrentenklage Geltung verschaffen.

Nach zutreffender Auffassung verstößt die Bevorzugung eines Günstlings, der die objektiven und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für das betreffende Amt besitzt, zwar gegen Art. 33 Abs. 2 GG und greift in die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ein, ist aber nicht als Untreue strafbar<sup>29</sup>. Dadurch bleiben strafwürdig erscheinende Fallgestaltungen teilweise straflos.

#### D) Ämterpatronage als Form strafbarer Korruption

Dass die Ämterpatronage eine Form strafbarer Korruption darstellen kann, liegt im Hinblick auf das Schutzgut – die Lauterkeit der öffentlichen Verwaltung – auf der Hand<sup>30</sup>. Das Strafrecht schützt dieses Rechtsgut durch die Tatbestände der Vorteilsannahme (§ 331 StGB), der Bestechlichkeit (§ 332 StGB), der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) und der Bestechung (§ 334 StGB). Diese Tatbestände können im Zusammenhang mit der Ämterpatronage allerdings nur dann erfüllt sein, wenn neben

der sachwidrigen Bevorzugung eines Günstlings ein unmittelbarer Vorteil fließt. Das wird in den meisten Konstellationen nicht der Fall oder zumindest nicht nachweisbar sein. Bei der Ämterpatronage ist außerdem problematisch, dass die Tatbestandsmäßigkeit mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und das Schutzgut auch dann verneint wird, wenn der Vorteil erst das Mittel für die Dienstaussübung ist, mithin kein sogenanntes Gegenleistungsverhältnis besteht<sup>31</sup>. Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung in § 108e StGB, die das (öffentliche) Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse und an der Unabhängigkeit der Mandatsträger sowie der Sachbezogenheit ihrer Entscheidungen schützt<sup>32</sup>, belegt diesen fragmentarischen strafrechtlichen Schutz. Der Gesetzgeber hat dort sogar explizit geregelt, dass in einem politischen Mandat oder einer politischen Funktion gerade kein unrechtmäßiger Vorteil bestehen soll. Das kann man kritisch sehen<sup>33</sup>, ist aber mit Blick auf die rechtspolitische Bedeutung<sup>34</sup> als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen.

#### E) Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass der Untreuetatbestand die Ämterpatronage nur pönalisiert, wenn ein Amt an einen Günstling vergeben wird, der entweder die objektiven Einstellungsvoraussetzungen nicht erfüllt oder durch die Anforderungen des Amtes offensichtlich überfordert wird. Die Korruptionsdelikte greifen nur ein, wenn ein unmittelbarer Vorteil fließt. Solange der Gesetzgeber die Strafbarkeit von Ämterpatronage nicht explizit vorsieht, wird sie in der Strafrechtspraxis auch zu Recht nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Aber auch ein neu zu schaffender Straftatbestand der Ämterpatronage wäre problematisch, weil sich die strafwürdigen Fallkonstellationen nur schwer abgrenzen lassen<sup>35</sup> und das ultima-ratio Prinzip des Strafrechts zu beachten ist. In vielen Konstellationen müssen andere Mittel, wie die parlamentarische Kontrolle und die individualrechtliche Konkurrentenklage, den Schutz vor Ämterpatronage gewährleisten.

Fokussiert man allerdings die Angriffsrichtung der Ämterpatronage auf das individuelle grundrechtsgleiche Recht des Benachteiligten im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG, ist die von Martin Walser aufgeworfene Frage mit ja zu beantworten: Wenn man die Bestrafung des Patrons zu erreichen versucht, kann es „die Gesundheit und das Leben kosten, in einem Rechtsstaat sein Recht zu wollen“.

#### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>25</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 -, BVerfGE 126, 170 ff., zitiert nach juris Rn. 76; ausführlich dazu auch Lindenschmidt, Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung, 2004, S. 52 ff. und Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 192 ff.

<sup>26</sup> Für Baden-Württemberg beispielsweise § 45 Abs. 1 LHO.

<sup>27</sup> Anders Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558, 560 ff. und Hadamitzky in: Müller-Guggenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage 2015, § 32 Rn. 240.

<sup>28</sup> So Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558, 561 f.

<sup>29</sup> Schünemann in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Auflage 2012, § 266 Rn. 238; ausführlich dazu auch Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 182 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558, 561.

<sup>31</sup> Korte, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, § 331 Rn. 94 mwN auch auf die Rechtsprechung.

<sup>32</sup> Fischer, StGB, 63. Auflage 2016, § 108e Rn. 2.

<sup>33</sup> Fischer, StGB, 63. Auflage 2016, § 108e Rn. 44.

<sup>34</sup> Fischer, StGB, 63. Auflage 2016, § 108e Rn. 2, vgl. BT-Drucks. 18/476, S. 9 f.

<sup>35</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/476, S. 5 zu § 108e StGB.





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



**MENOLD BEZLER**  
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)

---

## KLAUSUR – STRAFRECHT

---

Dr. Ralf Dietrich\*/Alexander Bechtel\*\*

### „Ärger im Sperrbezirk“ Fortgeschrittenenklausur

#### Sachverhalt

Im Rotlichtmilieu gibt es wieder Ärger: Homer, ein Kleinganove, steigt in die Villa der Szenegröße Burns ein und entwendet dort mehrere Aktgemälde. Als er seine Beute, zu Hause angekommen, genau inspiziert, erkennt er, dass er diese schwer verkaufen kann. Daraufhin fasst er einen neuen Plan: Er sendet Burns eine Nachricht, mittels der er diesem anbietet, ihm die Gemälde gegen Zahlung von 5.000 Euro zurück zu geben. Andernfalls sehe er den „Schund“ nie wieder. Tatsächlich handelt es sich um wertvolle Originale namhafter Künstler mit einem Wert von über 100.000 Euro.

Burns zeigt sich einverstanden. Er folgt Homers Anweisungen und stellt eine Tasche mit dem Geld neben eine vorher bestimmte Parkbank. Homer nimmt sich das Geld und teilt Burns daraufhin verabredungsgemäß per Handy mit, wo dieser die Gemälde abholen könne.

Dabei hatte er aber nicht mit Burns „Verschlagenheit“ gerechnet. Dieser hatte sich kurzerhand an die Polizei gewandt, die während der gesamten Zeitdauer die Geldhinterlegung und die Ansichnahme durch Homer observiert hatte. Nachdem Homer den Burns angerufen hatte, verhaftet sie Homer sofort an Ort und Stelle. Da Homer anderer schwerer Delikte schon lange dringend verdächtig war, verbringt sie ihn zunächst in Untersuchungshaft, wo er drei Monate verbleibt und dann freikommt.

Burns holt sich die Bilder zurück und erhält sein Geld wieder. Er will es dabei aber nicht bewenden lassen. Er ist besonders gereizt, da er Homer sogar aus seinem Immobilienbestand einen schummrigen Nachtclub nebst darüberliegender Wohnung, die Homer alleine bewohnt, vermietet hat. Weil Homer in Untersuchungshaft sitzt, ist Homers Nachtclub geschlossen. Dies weiß Burns – und er will, dass es so bleibt. Wutentbrannt beschließt er zu handeln und wirft kurzerhand einen Brandsatz in den Club. Türen und Böden sowie das Inventar verbrennen völlig. Einzig und allein die hölzerne Verbindungstür zu Homers Wohnung ist wie durch ein Wunder lediglich verrußt. Der Brand greift nicht auf die darüberliegende Wohnung über.

#### Strafbarkeit der Beteiligten?

Fragen wegen einer etwaigen Versicherung des Gebäudes sind nicht anzusprechen. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

---

\* Staatsanwalt Dr. Ralf Dietrich ist beim Informations- und Kommunikations-Fachzentrum Justiz Baden-Württemberg tätig.

\*\* Alexander Bechtel ist Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen (Prof. Dr. Jörg Eisele)

**Gliederung****Tatkomplex I: Das Einbruchsgeschehen**

A) Strafbarkeit des H nach § 242 I StGB (entwendete Gemälde)

## I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

## III. Schuld

1. § 243 I 2 Nr. 1 in Gestalt des Einsteigens
2. § 243 I 2 Nr. 2 (Besondere Schutzvorrichtung)
3. § 243 I 2 Nr. 3 (Gewerbsmäßigkeit)
4. § 243 I 2 Nr. 5 (Gemeinschaftlicher Diebstahl)
5. Zwischenergebnis

## IV. Ergebnis

B) Strafbarkeit des H nach § 244 I Nr. 3 (entwendete Gemälde)

## I. Tatbestandsmäßigkeit

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

## III. Ergebnis

C) Strafbarkeit des H nach § 123 I (Betreten der Villa)

D) Konkurrenzen

**Tatkomplex II: Gemälde gegen Bares**

A) Strafbarkeit des H nach § 253 I (Rückkauf)

## I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Einsatz eines Nötigungsmittels
  - b) Nötigungserfolg: Tun, Dulden, Unterlassen
  - c) Vermögensverfügung
  - d) Vermögensschaden
2. Zwischenergebnis

## II. Ergebnis

B) Strafbarkeit des H nach §§ 253 I, III, 22, 23 (Rückkauf)

## I. Vorprüfung

## II. Tatbestandsmäßigkeit

1. Tatentschluss
2. Unmittelbares Ansetzen

## III. Rechtswidrigkeit und Schuld

## IV. Ergebnis

**Tatkomplex III: Der Brand**

A) Strafbarkeit des B nach § 306 I Nr. 1 (Einfache Brandstiftung)

## I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
2. Zwischenergebnis

## II. Ergebnis

B) Strafbarkeit des B nach § 306a I Nrn. 1, 3 (Schwere Brandstiftung)

## I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Nr. 3 (Zeitweise Aufenthaltsräumlichkeit)
  - b) Nr. 1 (Wohn- und Aufenthaltsräumlichkeit)
    - aa) Inbrandsetzen
    - bb) Der Wohnung von Menschen dienend
      - (1) Vorliegen einer Wohnung
      - (2) Umgang mit gemischt genutzten Gebäuden
2. Subjektiver Tatbestand

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

## III. Ergebnis

C) Strafbarkeit des B nach § 303 I (das Inventar)

D) Strafbarkeit des B nach § 305 I (das Gebäude)

E) Konkurrenzen

**Gesamtergebnis**

## Gutachten

### Tatkomplex I: Das Einbruchsgeschehen

#### A) Strafbarkeit des H nach § 242 I StGB<sup>1</sup>

##### (entwendete Gemälde)

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

Die in der Villa des B befindlichen Gemälde sind fremde bewegliche Sachen. Diese müsste H iSd § 242 I StGB weggenommen haben. Unter Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendigerweise tätereigenen – Gewahrsams zu verstehen.<sup>2</sup> Durch das Entfernen der Gemälde aus der Villa des B hat H zunächst fremden Gewahrsam gebrochen, um anschließend – spätestens mit dem Verbringen der Gemälde in die eigene Wohnung – eigenen Gewahrsam zu begründen. Der objektive Tatbestand des § 242 I ist demnach erfüllt.

##### 2. Subjektiver Tatbestand

Vorsätzliches Handeln in Ansehung der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache ist unproblematisch zu bejahen. Daneben müsste H mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Diese verlangt (im Mindesten) das Vorliegen von Absicht hinsichtlich der vorübergehenden Aneignung sowie von Eventualvorsatz hinsichtlich der dauernden Enteignung.<sup>3</sup> Daran könnte vorliegend insoweit gezweifelt werden, als H nach Inspektion seiner Beute beschließt, diese an den ursprünglichen Eigentümer im Wege des „Verkaufs“ zurückzuführen. Entscheidend ist aber das Vorliegen von Zueignungsabsicht *im Moment* der Wegnahme<sup>4</sup>, weshalb die *nachträgliche Änderung* in der Willensrichtung unbeachtlich ist. Zueignungsabsicht ist damit zu bejahen.<sup>5</sup>

Schließlich handelte H auch vorsätzlich im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung.

#### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Vorliegen von Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründen ist nicht ersichtlich.

#### III. Strafzumessung

In Betracht kommt die Verwirklichung strafzumessungsrelevanter Regelbeispiele iSd § 243 I 2.

##### 1. § 243 I 2 Nr. 1 in Gestalt des Einsteigens

Laut Sachverhalt steigt H in die Villa des B ein. Die Nr. 1 in der Variante des Einsteigens ist erfüllt. H handelte diesbezüglich auch wissentlich und willentlich.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Alle nachfolgend genannten §§ entstammen, soweit nicht gesondert kenntlich gemacht, dem Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>2</sup> RGSt 48, 58 (59); Eisele, BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 26.

<sup>3</sup> Eisele (o. Fn. 2), Rn. 65; Rengier, BT I, 18. Aufl. 2016, § 2 Rn. 89.

<sup>4</sup> Schönke/Schröder-Eser/Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 66.

<sup>5</sup> Anders liegt der Fall freilich, wenn der Täter *von vornherein* plant, ein „Lösegeld“ zu erpressen. Rechnet er dabei fest mit der Rückführung, fehlt es ihm am notwendigen Enteignungsvorsatz. Wiederum anders ist es, wenn der Täter *von vornherein* plant, dem Bestohlenen *unter Leugnung* seines Eigentums die Sache rückzueräußern. Vgl. zum Ganzen Rengier (o. Fn. 3), § 2 Rn. 132 sowie § 11 Rn. 145.

<sup>6</sup> Zum Erfordernis von (Quasi-)Vorsatz im Rahmen der Regelbeispiele vgl. nur Schönke/Schröder-Eser/Bosch (o. Fn. 4), § 243 Rn. 43.

##### 2. § 243 I 2 Nr. 2 (Besondere Schutzvorrichtung)

Schutzvorrichtungen sind nicht ersichtlich.

##### 3. § 243 I 2 Nr. 3 (Gewerbsmäßigkeit)

Es ist nicht ersichtlich, dass B sich eine dauerhafte Einnahmequelle verschaffen will. Er ist zwar „gewerbsmäßiger“ Kleinganove, hat aber auch andere Einnahmequellen (Nachtclub). Weitere Angaben fehlen. Nr. 3 kann daher nicht bejaht werden. Auch nicht vor dem Hintergrund der Höhe der Beute, denn diese war und blieb H unbekannt und er machte sich keine Vorstellungen dazu.

##### 4. § 243 I 2 Nr. 5 (Gemeinschädlicher Diebstahl)

Es handelt sich um Kunstgegenstände. Ob diese von Bedeutung sind, ist unklar. Sie befinden sich jedenfalls nicht in einer öffentlichen Ausstellung oder einer allgemein zugänglichen Sammlung.<sup>7</sup>

#### 5. Zwischenergebnis

H verwirklicht das Regelbeispiel nach § 243 I 2 Nr. 1 (Einsteigen).

#### IV. Ergebnis

H hat sich gemäß § 242 I iVm § 243 I 2 Nr. 1 strafbar gemacht.

#### B) Strafbarkeit des H nach § 244 I Nr. 3

##### (entwendete Gemälde)

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

Laut Sachverhalt steigt H in die Villa des B ein, um dort zu stehlen. Es ist davon auszugehen, dass B dort wohnt. Ob er im Moment der Tat dort war, spielt keine Rolle. Damit ist H zur Ausführung des Diebstahls in eine Wohnung eingestiegen. H handelte auch diesbezüglich vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Damit liegt ein Wohnungseinbruchsdiebstahl (in der Variante des Einsteigens) unproblematisch vor.

#### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

#### III. Ergebnis

H hat sich gemäß § 244 I Nr. 3 strafbar gemacht.

#### C) Strafbarkeit des H nach § 123 I

##### (Betreten der Villa)

Das Einsteigen in die Villa des B stellt einen objektiv wie subjektiv tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Hausfriedensbruch dar.

#### D) Konkurrenzen

§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 treten hinter § 244 I Nr. 3 im Wege der Spezialität zurück.<sup>8</sup> § 123 I stellt im Rahmen des Wohnungseinbruchsdiebstahls eine typische Begleitatt dar, weshalb § 123 I richtigerweise im Wege der Konsumtion zurücktritt.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Zu den Voraussetzungen betreffend die Öffentlichkeit der Ausstellung bzw. die allgemeine Zugänglichkeit der Sammlung etwa MüKo-Schmitz, StGB, 2. Aufl. 2012, § 243 Rn. 48 f.

<sup>8</sup> S/S/W-Kudlich, StGB, 2. Aufl. 2014, § 244 Rn. 48; Eisele (o. Fn. 2), Rn. 239.

<sup>9</sup> Rengier (o. Fn. 3), § 4 Rn. 87.

Entsprechend hat sich H im ersten Tatkomplex gemäß § 244 I Nr. 3 strafbar gemacht.

## Tatkomplex II: Gemälde gegen Bares

### A) Strafbarkeit des H nach § 253 I (Rückkauf)

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Einsatz eines Nötigungsmittels

H könnte dem B mit einem empfindlichen Übel iSd § 253 I gedroht haben.

Drohung bedeutet das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Verwirklichung davon abhängig sein soll, dass der Bedrohte nicht nach dem Willen des Täters reagiert.<sup>10</sup> Unter einem Übel ist jede – über bloße Unannehmlichkeiten hinausgehende – Einbuße an Werten oder Zufügung von Nachteilen zu verstehen. Dieses Übel ist dann empfindlich, wenn der drohende Verlust oder der zu befürchtende Nachteil geeignet ist, einen besonnenen Menschen zu dem mit der Drohung erstrebten Verhalten zu bestimmen.<sup>11</sup>

Hier stellt H in Aussicht, dass B die objektiv wertvollen Bilder nie mehr wieder sehen würde. Er droht dabei mit einem faktischen Unterlassen. B ist der Bilder schon verlustig, H droht nicht mit einem Entzug, sondern mit dem Unterlassen der (zivilrechtlich aus §§ 985, 812 BGB geschuldeten) Rückgewähr. Eine Drohung mit einem Unterlassen ist grundsätzlich möglich.<sup>12</sup>

Man kann zwar behaupten, faktisch H stelle nicht ein Übel in Aussicht, sondern eine „Chance“, die Bilder zurückzuerhalten, er erweitere damit gar die Möglichkeiten des B. Diese Überlegung greift für die Rechtswertung nicht durch. Sie ließe die Rückübertragungspflicht außer Acht. H droht mit der rechtswidrigen Perpetuierung des Verlustes bei gleichzeitiger Rechtspflicht, diesen zu beenden. Die Drohung ist daher rechtlich als Drohung mit einem Unterlassen im Sinn der Norm zu werten.

Der durch diese Drohung in Aussicht gestellte dauerhafte Verlust stellt ein empfindliches Übel dar. Ein besonnener Mensch würde 5.000 Euro aufwenden, um den Wert von 100.000 Euro, selbst von affektiven Interessen abgesehen, zu erhalten. Dies gilt auch dann, wenn er einen rechtlichen, aber faktisch wertlosen Anspruch auf die Gegenstände (bzw. Schadensersatz nach § 823 I BGB; § 823 II BGB i.V.m. § 303 I StGB) hat.

##### b) Nötigungserfolg: Tun, Dulden, Unterlassen

H nötigt B zu einer Handlung: Dem Verbringen von 5.000 Euro an den vereinbarten Übergabeort.

### c) Vermögensverfügung

Das Erfordernis einer Vermögensverfügung ist im Rahmen des Erpressungstatbestandes umstritten.<sup>13</sup> Betrachtet man § 253 – parallel zu § 263 – primär als Selbstschädigungsdelikt, liegt die Notwendigkeit eines willensgetragenen, die Vermögensverschiebung und –schädigung bewusst herbeiführenden Verhaltens<sup>14</sup> nahe. Verlangt man dementsprechend eine Vermögensverfügung, ergibt sich folgendes Bild:

B begibt sich nicht seines Vermögens, denn H erlangt dieses nicht, nicht einmal für einen Moment. Denn das Vermögen ist ständig dem Zugriff des Staates, der es sogleich an B zurückführt, ausgeliefert. Faktisch und nach der Verkehrsanschauung wähnt sich H zwar für einen Moment bereichert. Aber B hat das Vermögen nie aus der (von der Polizei sozusagen verlängerten) Hand gegeben. Daher scheidet nach dieser Ansicht eine Vermögensverfügung im Sinne einer unmittelbaren Selbstschädigung aus.

Verneint man – mit der Rspr. und unter Abstellung auf den Gesetzeswortlaut sowie die Schließung möglicher Strafbarkeitslücken<sup>15</sup> – die Notwendigkeit einer Vermögensverfügung, so ist – *alternativ* – die Frage nach dem Vermögensschaden zu stellen:

### d) Vermögensschaden

H hat den B durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung genötigt (s.o.). Infolgedessen müsste aufseiten des B ein Vermögensschaden eingetreten sein.

Die „**Observationsproblematik**“, welche bereits zur Ablehnung einer Vermögensverfügung führte (s.o.), ist auch unter Befolgung der Rechtsprechungsansicht relevant.

Der BGH hatte im hier zu Grunde liegenden Fall keinen Vermögensschaden oder eine schädigende konkrete Vermögensgefährdung angenommen.<sup>16</sup> Ein Schaden trat auch hier im Ergebnis nicht ein. B hat sein Geld zeitnah zurückerhalten, es war stets in seiner – durch die Polizei vermittelten – Zugriffssphäre.

Auch unter dem Gesichtspunkt der schädigenden konkreten Vermögensgefährdung<sup>17</sup> ergibt sich kein anderes Ergebnis. Danach ist Mindestanforderung an einen Gefährdungsschaden, dass der Eintritt eines wirtschaftlichen Nachteils *überwiegend wahrscheinlich* ist.<sup>18</sup> Das Vermögen des B war – wegen der Überwachung – für keinen Moment gefährdet. Eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung ist nicht anzunehmen, wenn die polizeiliche Observation dem Täter keine Chance lässt, mit dem abgepressten Geld zu entkommen.

<sup>10</sup> Schönke/Schröder-Eser/Eisele (o. Fn. 4), Vor. § 234 Rn. 30.

<sup>11</sup> BGHSt 31, 195 (201); Schönke/Schröder-Eser/Eisele (o. Fn. 4), § 240 Rn. 9; NK-Toepel, StGB, 4. Aufl. 2013, § 240 Rn. 104.

<sup>12</sup> Grundlegend dazu BGHSt 31, 195 (200 f.); ferner Schönke/Schröder-Eser/Eisele (o. Fn. 4), § 240 Rn. 10; Rengier, BT II, 17. Aufl. 2016, § 23 Rn. 46 ff.

<sup>13</sup> Vgl. nur Eisele (o. Fn. 2), Rn. 759 ff.; Wessels/Hillenkamp, BT II, 38. Aufl. 2015, Rn. 709 ff.

<sup>14</sup> Zum Verfügungsbegriff im Rahmen des § 253 vgl. etwa Wessels/Hillenkamp (o. Fn. 13), Rn. 714.

<sup>15</sup> Zur Argumentation BeckOK-Wittig, StGB, 30. Edition, § 253 Rn. 5.1.

<sup>16</sup> BGH StV 1998, 661; zustimmend ausdrücklich Rengier (o. Fn. 3), § 11 Rn. 52.

<sup>17</sup> Zum Gefährdungsschaden etwa BGHSt 51, 165 (177); Wessels/Hillenkamp (o. Fn. 13), Rn. 572 ff.; kritisch zur Begrifflichkeit Schönke/Schröder-Eser/Bosch (o. Fn. 4), § 253 Rn. 9.

<sup>18</sup> BGHSt 51, 165 (177).

Auch bei Verzicht auf eine Vermögensverfügung fehlt es damit – insoweit in Ermangelung eines Vermögensschadens – an der Vollendung des § 253 I.

## 2. Zwischenergebnis

Die Vollendung des § 253 I scheidet entweder aufgrund des Fehlens einer Vermögensverfügung oder aufgrund des Nichteintritts eines Vermögensnachteils aus (s.o.). Der Streit zwischen Literatur und Rechtsprechung braucht nicht entschieden werden, da beide zum selben Ergebnis kommen.

## II. Ergebnis

H hat sich nicht wegen vollendeter Erpressung gemäß § 253 I strafbar gemacht.

## B) Strafbarkeit des H nach §§ 253 I, III, 22, 23 (Rückkauf)

### I. Vorprüfung

Die versuchte Erpressung ist nach § 253 III strafbar. Sie wurde auch, siehe soeben, nicht vollendet.

## II. Tatbestandsmäßigkeit

### 1. Tatentschluss

H hatte Tatentschluss dahingehend, dass er B durch Inanspruchnahme eines empfindlichen Übels (der Unterlassung, die Bilder zurück zu gewähren) zu einer Handlung (der Übergabe von 5.000 Euro) bewegen wollte. Er wollte, dass H über sein Vermögen insoweit verfügen sollte (vgl. dazu bereits die Prüfung des § 253 I unter A.). Die notwendige Absicht zur Selbstbereicherung hatte er.

Problematisch ist – auch unter dem Gesichtspunkt der Versuchstrafbarkeit – der Vorsatz im Hinblick auf den Vermögensschaden: B sollte nach dem Tatentschluss die entwendeten Bilder zurück erhalten. So geschah es dann auch. Diese Bilder sind erheblich mehr wert, als die 5.000 Euro, die B verlieren sollte. Isoliert betrachtet hätte B also sogar ein hervorragendes, ihn bereicherndes Geschäft gemacht. H hatte auch keinen anderen Vorsatz. Er wollte die Bilder zwar zurückgeben, aber nicht weil er meinte, sie seien wertlos oder dieser „Rückverkauf“ sei am lukrativsten, sondern allein wegen derer schweren Veräußerbarkeit.

Ein Vermögensnachteil liegt dann vor, wenn die Vermögenslage nach der Tat ungünstiger ist als vorher, es gilt insoweit dasselbe wie beim Betrug.<sup>19</sup>

Hier soll B zurückerlangen, was ihm ohnehin schon gehört. Er erlangt also kein Eigentum (denn dies hat er schon), sondern Gewahrsam und Besitz. Beides kann – unabhängig vom Eigentum – als vermögenswerte Position aufgefasst werden. Doch selbst auf diese Positionen hatte B Anspruch (§ 985; § 812 BGB). Es kann an dieser Stelle problematisiert werden, welcher Vermögensbegriff zu Grunde zu legen ist: Nach einer *rein juristischen Sicht* hat B einen Anspruch, der nun lediglich erfüllt wird, also keinen rechtlichen Zugewinn. Nach einer *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* ist der Anspruch aber wertlos, wenn B nicht weiß, wer die Bilder hat und gegen wen er seinen An-

spruch wie durchsetzen soll. Wirtschaftlich stellt es einen Unterschied dar, ob die Bilder im Besitz sind oder nur ein (faktisch wertloser) Anspruch darauf besteht. Diese Betrachtungsweise kann jedoch die juristische nicht völlig verdrängen. Jede Gegenleistung um zu erhalten, was einem ohnehin zusteht, ist rechtlich inäquivalent.

Darin, dass der Dieb für die Rückgabe der Sache dem Eigentümer eine Gegenleistung abnötigt, liegt daher ein Vermögensschaden, und zwar selbst dann, wenn dieses Entgelt erheblich unter dem Wert der zurückgegebenen Sache liegt.<sup>20</sup> Denn der Eigentümer hätte gar nichts zahlen müssen. Diese Differenz ist entscheidend: Nicht: „für 5.000 Einsatz, 100.000 gewonnen“ sondern: „statt für 0, 5.000 zahlen müssen“. Es ergibt sich also ein „negatives Delta“ in Höhe von 5.000 Euro, dies ist der Vermögensschaden.

### 2. Unmittelbares Ansetzen

H hat durch den ersten Anruf, jedenfalls durch die An-sichnahme des Geldes unmittelbar angesetzt.

## III. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## IV. Ergebnis

H hat sich gemäß §§ 253 I, III, 22, 23 strafbar gemacht.

## Tatkomplex III: Der Brand

### A) Strafbarkeit des B nach § 306 I Nr. 1 (Einfache Brandstiftung)

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

Das Haus ist ein Gebäude im Sinne des § 306 I Nr. 1 StGB. Es ist allerdings für B nicht *fremd*, wie es nach § 306 I Voraussetzung ist.<sup>21</sup> Er ist Vermieter des Gebäudes. Es steht in seinem Immobilienbestand. Er hat – wutentbrannt – sein eigenes Gebäude angezündet.

##### 2. Zwischenergebnis

In Ermangelung der Fremdheit des Gebäudes fehlt es bereits an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes.

## II. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß § 306 I Nr. 1 strafbar gemacht.

<sup>19</sup> Schönke/Schröder-Eser/Bosch (o. Fn. 4), § 253 Rn. 9; MüKo-Sander (o. Fn. 7), § 253 Rn. 24.

<sup>20</sup> BGHSt 26, 346 (347 f.); Schönke/Schröder-Eser/Bosch (o. Fn. 4), § 253 Rn. 9.

<sup>21</sup> § 306 stellt, was sich angesichts des Standorts der Vorschrift im Gesetz erst auf den zweiten Blick ergibt, ein spezielles Sachbeschädigungsdelikt dar, weshalb die *Fremdheit* wichtige Voraussetzung im Hinblick auf das zu bewahrende Rechtsgut (Eigentum) ist; dazu Rengier (o. Rn. 12), § 40 Rn. 1 ff.

## B) Strafbarkeit des B nach § 306a I Nrn. 1, 3 (Schwere Brandstiftung)

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Nr. 3 (Zeitweise Aufenthaltsräumlichkeit)

Der Nachtclub ist eine Räumlichkeit. Auf die *Fremdheit* kommt es hier – im Gegensatz zu § 306 I – nicht an.<sup>22</sup> Sie dient auch *zeitweise* dem Aufenthalt von Menschen. Allerdings wird sie nicht zu einer Zeit, in der Menschen sich dort aufzuhalten pflegen, in Brand gesetzt: B wirft den Brandsatz, als der Nachtclub geschlossen ist. Darum weiß B auch, sodass eine Versuchsstrafbarkeit ebenfalls ausscheidet.

##### b) Nr. 1 (Wohn- und Aufenthaltsräumlichkeit)

###### aa) Inbrandsetzen

Der Nachtclub ist Teil eines Gebäudes. Auf die *Fremdheit* kommt es auch hier nicht an. Ein Gebäude ist erst dann *in Brand gesetzt*, wenn wesentliche Bestandteile für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch in Brand gesetzt sind, d.h. aus eigener Kraft brennen.<sup>23</sup>

Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass das Mauerwerk oder sonst eindeutig zum Gebäude zu zählende, etwa statisch wirksame Teile (Dachstuhl etc.) brannten. Allerdings brannte und verbrannte das gesamte Inventar, Böden und Türen. Diese Gegenstände brannten aus eigener Kraft. Böden und Türen sind als wesentliche Bestandteile einzuordnen.<sup>24</sup> Damit brannte das Gebäude und war in Brand gesetzt.

###### bb) Der Wohnung von Menschen dienend

Das Gebäude müsste wiederum „der Wohnung von Menschen dienen“.

##### (1) Vorliegen einer Wohnung

Hier ist zu differenzieren: Der in Brand gesetzte Gebäudeteil, der Nachtclub, dient nicht der Wohnung von Menschen. Stellt man allein auf diesen Teil ab, so ist der Tatbestand nicht erfüllt.

Die darüber liegende, im Sachverhalt als Wohnung bezeichnete, Räumlichkeit dient grundsätzlich der Wohnung von Menschen: Zwar ist nicht ausreichend, dass der Sachverhalt von einer „Wohnung“ spricht. Sich darauf zu berufen, reicht nicht. Der Tatbestand stellt darauf ab, ob ein Raum der Wohnung dient. Eine leerstehende Wohnung wird auch als solche bezeichnet. Es kommt aber allein auf die tatsächliche Nutzung an.<sup>25</sup> Hier war die Wohnung tatsächlich im Wohngebrauch: In ihr wohnt (jedenfalls bis zum Antritt der U-Haft) laut Sachverhalt der H.

Daran, dass dieser Gebäudeteil der Wohnung dient, könnte allerdings der 3-monatige U-haft Aufenthalt etwas ändern: H musste die Wohnung zwangsweise für geraume Zeit verlassen. Man könnte sagen, momentan wohne er in der U-Haft, jeden-

falls aber nicht in seiner Wohnung, die Wohnung diene derzeit nicht zum Wohnen. Die Wohnung ist für diese Zeit jedoch nicht entwidmet.<sup>26</sup> Auch eine vorübergehende, unter Umständen sogar monatelang dauernde Abwesenheit des Wohnungsinhabers ändert an der Wohnungsqualität nichts, vor allem, wenn die Möglichkeit der Rückkehr besteht.<sup>27</sup> Es ist fernliegend, dass H nicht zurückkehren will. Damit dient das Gebäude, jedenfalls dieser Teil, weiter als Wohnung.<sup>28</sup>

##### (2) Umgang mit gemischt genutzten Gebäuden

B hat allerdings nicht den der Wohnung dienenden Teil direkt angezündet. Diese ist nicht einmal „indirekt“ durch Brandlegung im Nachtclub in Brand geraten. Nach dem Wortlaut der Norm tut dies keinen Abbruch. Das Gebäude dient, wenn auch nur teilweise, der Wohnung von Menschen. Bei sog. gemischt genutzten Räumlichkeiten bestehen jedoch teleologische Bedenken, ob der Tatbestand so weit zu verstehen ist. Die Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG) greift hier nicht, da es sich um eine einschränkende Auslegung zugunsten des Täters handelt. Die Beantwortung dieser Frage ist umstritten. So könnte man sich – unter Beachtung des Wortlautes – auf den Standpunkt stellen, lediglich das Gebäude als solches müsse in Brand gesetzt werden.<sup>29</sup> Danach läge unstreitig ein Inbrandsetzen eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes vor.

Als Gegenposition dazu wird vertreten, gerade der geschützte Teil (hier: Wohnung) müsse in Brand geraten sein.<sup>30</sup> Da ein Übergriff auf den Wohnbereich gerade nicht erfolgte, wäre nach dieser Auffassung ein Inbrandsetzen eines von § 306a I geschützten Gebäudes zu verneinen.

Eine vermittelnde Auffassung wird von der Rechtsprechung eingenommen, nach welcher das Inbrandsetzen des nicht zu Wohnzwecken genutzten Gebäudeteils genügt, wenn *die Gefahr des Übergreifens* auf den Wohnbereich besteht.<sup>31</sup> Dabei ist zu fordern, dass es sich um ein einheitliches zusammenhängendes Gebäude handelt, bei sich maßgeblich aus der *baulichen Beschaffenheit* ergebenden Einheitlichkeit.<sup>32</sup>

Im vorliegenden Fall lag die Wohnung im selben Gebäude, namentlich direkt über dem Club und war mit einer direkten Verbindungstür versehen. Die Gebäudeteile waren also direkt und eng verbunden. Die Verbindungstür geriet „wie durch ein Wunder“ nicht in Brand. Der Brand griff nur „zufällig nicht über, weshalb die von der Rspr. für ausreichend erachtete abstrakte Gefahr des Übergreifens<sup>33</sup> zu bejahen ist. Auch nach dieser

<sup>22</sup> Zum Charakter des § 306a I als abstraktes Gefährdungsdelikt *Eisele*, BT I, 3. Aufl. 2014, Rn. 1033.

<sup>23</sup> BGHSt 36, 221 (222); 48, 14 (18); *Rengier* (o. Fn. 12), § 40 Rn. 7.

<sup>24</sup> Zur Kasuistik *Rengier* (o. Fn. 12), § 40 Rn. 7; *Eisele* (o. Fn. 22), Rn. 1013.

<sup>25</sup> *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, BT, 3. Aufl. 2015, § 37 Rn. 24.

<sup>26</sup> Schönke/Schröder-Heine/Bosch (o. Fn. 4), § 306a Rn. 5; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 306a Rn. 4.

<sup>27</sup> Zum Ganzen auch BGHSt 26, 121 (122 f.); *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 306a Rn. 2; *NK-Herzog/Kargl* (o. Fn. 11), § 306a Rn. 10.

<sup>28</sup> AA ist – bei entsprechend guter Begründung – vertretbar.

<sup>29</sup> So offenbar *Rengier*, JuS 1998, 397 (399); *Schneider*, Jura 1988, 460, (463 ff.).

<sup>30</sup> *NK-Herzog/Kargl* (o. Fn. 11), § 306a Rn. 12; Schönke/Schröder-Eser/Bosch (o. Fn. 4), § 306a Rn. 11; *MüKo-Radtke*, StGB, 2. Aufl. 2014, § 306a Rn. 37.

<sup>31</sup> BGHSt 35, 283 (286); BGH NSTZ-RR 2012, 309; zustimmend etwa *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf* (o. Fn. 25), § 37 Rn. 25; *Eisele* (o. Fn. 22), Rn. 1046; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 27), § 306a Rn. 2.

<sup>32</sup> BGHSt 35, 283 (286); *Eisele* (o. Fn. 22), Rn. 1046 m.w.N.

<sup>33</sup> Die Rede ist stets davon, dass sich die Gefahr des Übergreifens „nicht ausschließen“ lassen dürfe; BGHSt 35, 283 (286).

Auffassung wäre der (objektive) Tatbestand des § 306a I Nr. 1 zu bejahen.

Ausweislich der Abschnittsüberschrift haben die §§ 306 ff. – mit gewissen Abstrichen in Ansehung des § 306 StGB (s.o.) – „gemeingefährliche Straftaten“ zum Gegenstand. Entscheidend ist demnach die abstrakte oder konkrete Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts. Im Rahmen des § 306a I genügt eine abstrakte Gefährdung von Leben und/oder Gesundheit von Menschen. Eine solche abstrakte Gefahrenlage ist aber stets bereits dann zu bejahen, wenn die Möglichkeit des Übergreifens besteht. Dies war der Fall. B wäre strafbar.

Andererseits kann die Gefahr des Übergreifens aufgrund der baulichen Beschaffenheit eines Gebäudes im Einzelfall ausgeschlossen sein, sodass die pauschale Bejahung des Tatbestandes bei Inbrandsetzen irgendeines Teils des (Gesamt-)Gebäudes nicht genügen kann. Dies war nicht der Fall. B wäre auch unter diesem Aspekt strafbar.

Abzulehnen ist jedenfalls das Fordern eines erfolgten Übergreifens auf den Wohnbereich, da so der Charakter als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgehöhlt würde.<sup>34</sup> Nur nach dieser, aber abzulehnenden, Ansicht wäre B straffrei.

Demnach hat B ein der Wohnung von Menschen dienendes Gebäude iSd § 306a I Nr. 1 in Brand gesetzt.<sup>35</sup>

## 2. Subjektiver Tatbestand

Da B Vermieter ist, ist davon auszugehen, dass er die baulichen Gegebenheiten kennt und auch um die Art der Verbindung der Gebäudeteile (Verbindungstür etc.) weiß. B handelte damit auch vorsätzlich, mit Wissen und Willen um die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes und des wesentlichen Kausalverlaufs.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## III. Ergebnis

B hat sich gemäß § 306a I Nr. 1 strafbar gemacht.

### C) Strafbarkeit des B nach § 303 I (das Inventar)

Wegen der Beschädigung der eingebrachten fremden Gegenstände, dem fremden Inventar etc., hat sich B wegen vorsätzlicher, rechtswidriger und schuldhafter Sachbeschädigung strafbar gemacht.

Er hat sich dagegen nicht wegen Sachbeschädigung am Gebäude strafbar gemacht, da dies das Seinige ist.

### D) Strafbarkeit des B nach § 305 I (das Gebäude)

Das Bauwerk ist für B nicht fremd. Eine Strafbarkeit scheidet aus.

### E) Konkurrenzen

Strenggenommen wird § 303 I nicht von § 306a I Nr. 1 konsumiert. Der eine bezieht sich, dies zeigt dieser Fall gerade, auf das fremde Inventar, der andere auf die Gefährdung, die auch durch Inbrandsetzen des eigenen Gebäudes begangen werden kann. Aus Klarstellungsgründen, die der BGH in der jüngeren Zeit mehrfach betonte, sind daher beide Delikte in den Tenor aufzunehmen.<sup>36</sup>

### Gesamtergebnis

H hat sich im ersten Tatkomplex gemäß § 244 I Nr. 3 und im zweiten Tatkomplex gemäß §§ 253 I, III, 22, 23 strafbar gemacht. Die Delikte stehen im Verhältnis der Tatmehrheit, § 53 I.

B hat sich gemäß §§ 306a I Nr. 1, 303 I, 52 I strafbar gemacht (s.o.).

## ► Inhaltsverzeichnis

<sup>34</sup> Die Rechtsnatur betonend daher auch *Eisele* (o. Fn. 22), Rn. 1046; *Rengier* (o. Fn. 12), § 40 Rn. 26.

<sup>35</sup> Bei entsprechender Begründung – etwa unter der Argumentation, dass das Erfordernis nach einem Übergreifen auf den Wohnbereich lediglich den Grad der erforderlichen Gefahr unter teleologischen Gesichtspunkten erhöhe – ist auch eine aA vertretbar.

<sup>36</sup> So etwa *MüKo-Radtke* (o. Fn. 30), § 306a Rn. 64; *Fischer* (o. Fn. 26), § 306a Rn. 15; aA aber gut vertretbar.



---

## KLAUSUR – ZIVILRECHT

---

Wiss. Mit. **Michael Jordan**, LL.M. oec.\*

### „Bügelbrände“ Examensübungsklausur\*\*

#### Sachverhalt

Die 88-jährige Erna Edlich (E) will nach 60 Jahren aus ihrem Haus in Leipzig Gohlis in eine kleinere Wohnung in die Nähe ihres Sohnes ziehen. Dazu räumt sie alle Zimmer aus und entdeckt noch brauchbare Gegenstände, für die sie keine Verwendung mehr hat. Sie sucht daher eine belebte Straße in der Nähe eines Supermarktes aus und stellt am 15.05.2016 eine Kiste mit diesen Gegenständen dort ab, auf der gut leserlich „Zu verschenken!“ steht. Sie geht davon aus, dass die Gegenstände innerhalb kürzester Zeit alle mitgenommen werden und will dies nach ein paar Tagen kontrollieren, vergisst das aber im Nachhinein.

Am späten Nachmittag des 15.05.2016 macht sich die 16-jährige Cindy Copolla (C) auf, um letzte Besorgungen für ihre anstehende Ausbildung zur Hotelfachfrau zu machen. Sie entdeckt die Kiste und darin auch ein älteres elektrisches Bügeleisen. Da das Bügeleisen ihrer Mutter M vor kurzem kaputt gegangen ist und C ohnehin ein eigenes Bügeleisen für ihre künftige Arbeitskleidung benötigt, nimmt sie dieses kurzerhand mit. Zuhause angekommen schließt sie das Bügeleisen zum Ausprobieren an den Strom an und stellt es auf das Bügelbrett; das Kabel verläuft dabei entlang ihres Bettes. Als C kurz den Raum verlässt, um die Bügelwäsche zu holen, fängt das Bett wegen eines Kabeldefekts des Bügeleisens Feuer, welches C jedoch schnell löschen kann. Ein Kabeldefekt war E bekannt, allerdings ging sie fälschlicherweise davon aus, dass dieser nicht erheblich sei, da das Bügeleisen ja sonst einwandfrei funktioniert.

C kann die E kurze Zeit später als vorherige Eigentümerin identifizieren und verlangt Schadenersatz für ihre Bettwäsche und ihre fast neue Matratze (Wert zusammen 600,- EUR).

#### Abwandlung

Marion Meier (M) wohnt auf dem Lande. Sie will die Arbeitskleidung ihrer Tochter bügeln und schließt ihr eigenes Bügeleisen an den Strom an. Als sie einen Anruf aus dem Krankenhaus erhält und erfährt, dass ihre Tochter wegen eines Fahrradunfalls dort eingeliefert wurde, vergisst sie das Bügeleisen und fährt ins Krankenhaus. Wegen eines unerkannten Kabeldefekts kommt es zum Brand, welcher sich rasch im Haus ausbreitet. Als Rauch aus der oberen Etage des Hauses aufsteigt, bemerkt das zufällig der wenige Häuser weiter wohnende Bauer Bernhard Biber (B), der gerade mit seinem Traktor und einem an-

gehängten Wassertank zur Versorgung seines Weideviehs mit Frischwasser losziehen wollte. Um auf schnellstem Wege zur brennenden Doppelhaushälfte zu gelangen, durchbricht B mit seinem Traktor das Tor zum Hausgrundstück des Nachbarn N, fährt über dessen gut gepflegten Rasen und zerstört dabei dessen Rosensträucher. B, der auch aus Sorge um sein eigenes Heim handelte, kann jedoch mit dem mitgeführten Wasser und einer schnell angeschlossenen Wasserpumpe das Feuer unter Kontrolle bringen bis die Feuerwehr eintrifft. Der Traktor des B ist vorne leicht eingedellt; der Schaden beträgt 500,- EUR. Der Nachbar N hat durch das beherzte Eingreifen des B einen Schaden i.H.v. 2.000,- EUR erlitten und verlangt nun Schadenersatz.

#### Fallfragen

1. Kann C von E Schadenersatz für ihre Bettwäsche und ihre fast neue Matratze i. H. v. 600,- EUR verlangen?
2. Wie ist die Rechtslage in der Abwandlung? Lassen Sie Regressansprüche der Beteiligten im Falle einer Zahlung außer Betracht!

---

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Justus Meyer) an der Universität Leipzig.

\*\* Die Examensübungsklausur wurde am 20.06.2016 an der Juristenfakultät in Leipzig im Leo-Klausurenkurs gestellt.

## Gliederung

### Grundfall

A) Anspruch der C gegen E auf Zahlung von 600,- EUR aus § 524 I BGB

I. Schenkungsvertrag zwischen C und E i.S.d. § 516 ff. BGB

1. Angebot der E durch Aufstellen der Kiste

- a) Keine Dereliktion
- b) Kein Gefälligkeitsverhältnis
- c) Handeln der E als Willenserklärung
- d) Zwischenergebnis

2. Annahmeerklärung der C

- a) Minderjährigkeit der C
- b) Entbehrlicher Zugang, §§ 130 I 1, 151 BGB
- c) Zwischenergebnis

3. Formnichtigkeit, § 125 S. 1 i.V.m. § 518 I 1 BGB

4. Zwischenergebnis

II. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 524 I i.V.m. § 434 I BGB

III. Arglistiges Verschweigen, § 524 I BGB

IV. Zwischenergebnis

B) Anspruch der C gegen E aus §§ 280 I, 241 II BGB

I. Eine Ansicht:

§ 280 I, 241 II, 521 BGB finden Anwendung

II. Herrschende Ansicht:

§ 524 I BGB verdrängt die allgemeinen Regeln

III. Argumentation

IV. Zwischenergebnis

C) Anspruch der C gegen E aus § 823 I BGB

I. Rechtsgutsverletzung

II. Haftungsbegründende Kausalität und Rechtswidrigkeit

III. Verschulden

1. Für deliktische Haftung gelten die allgemeinen Grundsätze
2. § 521 BGB ist auch auf deliktischer Ebene anzuwenden
3. Streitentscheid

IV. Zwischenergebnis

### Abwandlung

A) Ansprüche des B

I. Anspruch B gegen M auf Zahlung von 500,- EUR aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

1. Geschäftsbesorgung

2. Für einen anderen

3. Ohne Auftrag, § 677 BGB

4. Mit Fremdgeschäftsführungswillen, § 687 I BGB

- a) 1. Ansicht: Fremdgeschäftsführungswille wird vermutet
- b) 2. Ansicht: Fremdgeschäftsführungswille ist festzustellen
- c) Zwischenergebnis

5. Interesse, tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille der M, § 683 S. 1 BGB

6. Erforderliche Aufwendungen, § 670 BGB

7. Höhe des Aufwendungs- (bzw. Schaden-)Ersatzes

8. Zwischenergebnis

II. Anspruch B gegen M aus § 823 I BGB

1. Rechtsgutsverletzung

2. Haftungsbegründende Kausalität

3. Zwischenergebnis

III. Ansprüche des B gegen N auf Zahlung von 500,- EUR aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

B) Ansprüche des N

I. Anspruch des N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus §§ 280 I, 241 II, 677 ff.

II. Anspruch des N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 823 I BGB

1. Rechtsgutsverletzung durch B

2. Haftungsbegründende Kausalität

3. Rechtswidrigkeit

- a) Rechtfertigung durch berechnigte GoA
- b) Rechtfertigung nach § 904 S. 1 BGB
- c) Zwischenergebnis

4. Zwischenergebnis

III. Anspruch N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 904 S. 2 BGB

1. Voraussetzungen des § 904 S. 2 BGB

2. Schuldner des Anspruchs

- a) Anspruch gegen den Schädiger (h.M.)
- b) Anspruch gegen den Begünstigten
- c) Gesamtschuldnerische Haftung von Schädiger und Begünstigtem

3. Streitdarstellung

4. Zwischenergebnis

IV. Anspruch N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 7 I StVG (ggf. i.V.m. § 18 StVG)

1. Verletztes Rechtsgut

2. Betrieb eines KFZ

3. Problem:

Rechtswidrigkeit als immanente Voraussetzung des § 7 I StVG

4. Zwischenergebnis

V. Anspruch N gegen M auf Zahlung von 2000,- EUR aus § 904 S. 2 BGB

VI. Anspruch N gegen M auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 823 I BGB

### Gesamtergebnis

## Gutachten

### Grundfall

#### A) Anspruch der C gegen E auf Zahlung von 600,- EUR aus § 524 I BGB

C könnte gegen E einen Anspruch auf Zahlung von 600,- EUR aus § 524 I BGB haben. Weil C minderjährig ist, muss M die Ansprüche für sie in gesetzlicher Stellvertretung geltend machen, §§ 104 Nr.1, 1626 I, 1629 I 1.

#### I. Schenkungsvertrag zwischen C und E

##### i.S.d. § 516 ff. BGB

Zunächst müsste ein wirksamer Schenkungsvertrag zwischen C und E über das Bügeleisen zustande gekommen sein. Ein solcher setzt zwei korrespondierende Willenserklärungen i.S.d. §§ 145 ff. BGB, Angebot und Annahme, voraus.<sup>1</sup>

##### 1. Angebot der E durch Aufstellen der Kiste

Im Aufstellen der Kiste könnte ein Angebot der E zu einer Schenkung gesehen werden. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Inhalt des Vertrages soweit konkretisiert, dass durch ein bloßes Einverständnis der Vertrag zustande kommen kann.<sup>2</sup> Dazu müsste es sich bei dem Handeln der E überhaupt um eine Willenserklärung, gerichtet auf den Abschluss eines Schenkungsvertrages, gehandelt haben.

##### a) Keine Dereliktion

Möglicherweise hat E ihr Eigentum jedoch nach § 959 BGB lediglich aufgeben wollen, sodass überhaupt keine Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages vorlag. Eine Dereliktion setzt einen Verzichtswillen hinsichtlich des Eigentums und die Besitzaufgabe<sup>3</sup> der handelnden Person voraus. Ein Verzichtswille wird immer dann angenommen, wenn dem Eigentümer das zukünftige Schicksal der Sache völlig gleichgültig ist.<sup>4</sup> E geht jedoch davon aus, dass die Gegenstände bald mitgenommen und weiterhin Verwendung finden werden. Zudem will sie später nachsehen und sich über das Schicksal der Sachen vergewissern. Ihr ist das Schicksal der Sachen folglich nicht völlig gleichgültig. Ein Verzichtswille ist daher nicht ersichtlich und es liegt keine Dereliktion vor.

##### b) Kein Gefälligkeitsverhältnis

Möglicherweise hat E jedoch aus bloßer Gefälligkeit gehandelt und wollte sich durch ihr Handeln rechtlich gar nicht binden. Für eine Gefälligkeit kann die Unentgeltlichkeit des Geschäfts sprechen.<sup>5</sup> Allerdings gibt es auch unentgeltliche Rechtsgeschäfte (z.B. Schenkung, Leihe, Auftrag), die von den Gefälligkeitsverhältnissen abgegrenzt werden müssen. Für die Abgrenzung ist in erster Linie der Rechtsbindungswille der Beteiligten

entscheidend.<sup>6</sup> Für die Ermittlung des Rechtsbindungswillens können dabei ergänzend die Art sowie die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des Geschäfts, der Wert der anvertrauten Sache oder die Interessenlage der Parteien herangezogen werden.<sup>7</sup> Für die Annahme einer Schenkung zwischen E und C sprechen die Haftungsprivilegierungen der §§ 521, 524 BGB zu Gunsten der E. Die Annahme einer bloßen Gefälligkeit mit geringerer Bindung würde E, die einer ihr unbekanntem Person unentgeltlich eine Sache zuwenden will, schlechter stellen als eine vertragliche Bindung, die mangels notarieller Beurkundung nach § 518 I 1 BGB auf ihrer Seite auch keinerlei vertragliche Verpflichtung herbeiführt.<sup>8</sup> Die Interessenlage der Parteien spricht daher für eine Schenkung. Weiterhin spricht gegen eine Gefälligkeit der Wortlaut auf der Kiste. Ein Gefälligkeitsverhältnis liegt daher nicht vor.

#### Hinweis

Dies war nicht zwingend zu prüfen

##### c) Handeln der E als Willenserklärung

Das Handeln der E müsste auch als Willenserklärung auf den Abschluss einer Schenkung angesehen werden. Nach §§ 133, 157 BGB liegt im Handeln der E der Erklärungswert, dass E ihr Vermögen um die in der Kiste befindlichen Gegenstände mindern, und dasjenige der mitnehmenden Person um diese Gegenstände unentgeltlich bereichern will. Das Handeln der E ist damit als Willensäußerung aufzufassen, die auf die Rechtsfolge einer Schenkung gerichtet ist. Allerdings könnte aufgrund des unklaren Vertragspartners ein wesentlicher Bestandteil des Angebotes fehlen. Ein Angebot kann aber auch an einen Kreis von Empfängern gerichtet werden, der im Zeitpunkt der Abgabe noch unbestimmt ist, sog. Angebot *ad incertas personas*.<sup>9</sup> Hier wird ein Angebot an alle Passanten abgegeben. E ist bereit, mit jedem Annehmenden zu kontrahieren; ein entsprechender Rechtsbindungswille liegt vor.

##### d) Zwischenergebnis

Im Handeln der E liegt ein Schenkungsangebot.

##### 2. Annahmeerklärung der C

C könnte dieses Angebot der E konkludent durch die Mitnahme des Bügeleisens angenommen haben. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Angebot vorbehaltlos zustimmt.<sup>10</sup> Das Handeln der C trägt den Erklärungsinhalt inne, dass sie das Bügeleisen in ihr Eigentum übernehmen will und das Angebot der E über die unentgeltliche Zuwendung des Bügeleisens annimmt. In ihrem Handeln liegt daher konkludent die Annahme des

<sup>1</sup> Looschelders, Schuldrecht AT, 13. Auflage, Rn. 92; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Auflage, Rn. 165; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, § 23 Rn. 11.

<sup>2</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Auflage, Rn. 165; Schulze/Dörner, 8. Auflage, § 145 Rn. 3; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Auflage, § 145 Rn. 1.

<sup>3</sup> Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 30. Auflage, § 12 Rn. 4; Jauernig/Berger, BGB, 16. Auflage, § 959 Rn. 1, 2; Erman/Ebbing, BGB, 14. Auflage, § 959 Rn. 2.

<sup>4</sup> Bamberger/Roth/Kindl, BGB, 39. Edition, § 959 Rn. 2; vgl. Grziwotz, MDR 2008, 726 (727).

<sup>5</sup> BGHZ 21, 102 Rn. 12.

<sup>6</sup> Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 311 Rn. 1; vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Auflage, Rn. 367.

<sup>7</sup> BGHZ 21, 102 Rn. 14; Looschelders, Schuldrecht AT, 13. Auflage, Rn. 95; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Auflage, Einl. § 241 Rn. 7.

<sup>8</sup> Zudem mutet es ohnehin merkwürdig an, wenn man zwar hinsichtlich der für § 516 erforderlichen Einigung einen Rechtsbindungswillen ablehnen würde, aber für die im Rahmen der Eigentumsübertragung notwendige Einigung einen solchen wiederum annehmen muss.

<sup>9</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Auflage, Rn. 167a; vgl. Grziwotz, MDR 2008, 726 (727).

<sup>10</sup> Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Auflage, § 147 Rn.1; vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Auflage, Rn. 176.

Schenkungsangebots. Allerdings war C erst 16 Jahre alt und daher nach § 106 BGB nur beschränkt geschäftsfähig.

#### a) Minderjährigkeit der C

Allerdings könnte sie durch § 113 I 1 BGB ausnahmsweise als unbeschränkt geschäftsfähig gelten. Zwar soll die Teilgeschäftsfähigkeit bei § 113 auch Folge- und Hilfsgeschäfte umfassen, Ausbildungsverhältnisse sind von § 113 jedoch ausgenommen.<sup>11</sup> C gilt damit weiterhin als beschränkt geschäftsfähig. Nach § 107 I BGB ist das Geschäft daher schwebend unwirksam und bedarf der Einwilligung durch M, sofern C nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Durch die Annahme einer Schenkung durch die Mitnahme des Bügeleisens geht C jedoch keine eigenen vertraglichen Pflichten ein. Das Rechtsgeschäft ist daher lediglich rechtlich vorteilhaft und eine Einwilligung ist nicht erforderlich. C hat damit durch ihr Handeln die Annahme des Schenkungsangebots erklärt.

#### b) Entbehrlicher Zugang, §§ 130 I 1, 151 BGB

Die Annahme ist jedoch ebenso wie das Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Annahme der C müsste der E folglich zugegangen sein, was jedoch nicht der Fall ist. Allerdings könnte § 151 BGB einschlägig sein. Nach der Verkehrssitte ist bei diesem von Anonymität geprägten Geschäft eine Erklärung gegenüber dem Antragenden nicht zu erwarten, § 151 S. 1 Alt. 1 BGB. Anderenfalls hat E konkludent auf den Zugang verzichtet, § 151 S. 1 Alt. 2 BGB. Der Zugang der Annahmeerklärung war damit entbehrlich.

#### c) Zwischenergebnis

C hat das Angebot der E damit angenommen.

#### 3. Formnichtigkeit, § 125 S. 1 i.V.m. § 518 I 1 BGB

Die Schenkung könnte jedoch formnichtig nach § 125 S.1 i.V.m. § 518 I 1 BGB sein. Bei der Schenkung ist zwischen dem Schenkungsversprechen nach § 518 BGB und der Handschekung nach § 516 BGB zu unterscheiden. Während ein Schenkungsversprechen nach § 518 I 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, ist eine Handschekung nach § 516 I BGB nicht formbedürftig. Eine solche liegt vor, wenn ohne vorangegangenes Schenkungsversprechen der Gegenstand dem Beschenkten sofort verschafft wird, Kausalgeschäft und dingliches Vollzugsgeschäft fallen also zusammen.<sup>12</sup> Das Aufstellen der Kiste durch E war zugleich Verpflichtungserklärung, Übereignungsangebot und für die Besitzverschaffung nötige Handlung (§ 929 S. 1 BGB); die Mitnahme des Bügeleisens durch C die entsprechende Annahme sowohl des Schenkungsvertrages als auch des Verfügungsgeschäfts. Die Willenserklärung der C bedarf wegen des lediglich rechtlich vorteilhaften Charakters eines Eigentumserwerbs durch § 107 zudem nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Die beiden waren sich zum Zeitpunkt der vollzogenen Übergabe über den Eigentumsübergang zudem einig und E war als Eigentümerin auch verfügungsbefugt. Damit fallen Verpflichtungs- und Verfügungshandlung seitens der E und C zusammen. Es liegt eine Handschekung i.S.d.

§ 516 I BGB vor. Eine notarielle Beurkundung ist damit nicht erforderlich und das Rechtsgeschäft ist wirksam.

#### 4. Zwischenergebnis

Es liegt eine wirksame Schenkung vor.

## II. Sachmangel bei Gefahrübergang,

### § 524 I i.V.m. § 434 I BGB

Es müsste zudem ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Der Begriff des Sachmangels ist parallel zu § 434 BGB zu bestimmen.<sup>13</sup> Damit liegt ein solcher vor, wenn die Ist-Beschaffenheit negativ von der Soll-Beschaffenheit abweicht.<sup>14</sup> Das Bügeleisen weist einen Kabeldefekt und damit eine einhergehende Gefährlichkeit auf. Dies stellt die Ist-Beschaffenheit dar. Die Sollbeschaffenheit richtet sich nach § 434 BGB. Maßgeblich ist nach § 434 I 1 BGB zunächst die vereinbarte Beschaffenheit. E und C haben allerdings weder ausdrücklich noch konkludent eine Beschaffenheitsvereinbarung über das Bügeleisen getroffen. Mangels Beschaffenheitsvereinbarung ist sodann § 434 I 2 BGB und hier zunächst Nr. 1 zu prüfen. C und E haben jedoch (auch konkludent) keine Verwendung vertraglich vorausgesetzt. Mangels vertraglich vorausgesetzter Verwendung ist für die Sachmangelfreiheit § 434 I 2 Nr. 2 BGB heranzuziehen. Entscheidend hierbei ist neben der Verwendungseignung die Erwartungshaltung des Käufers. Sie muss objektiv berechtigt sein und orientiert sich i.d.R. an der üblichen Beschaffenheit gleichartigen Sachen.<sup>15</sup> Für die Beurteilung der üblichen Beschaffenheit ist es auch von Bedeutung, ob die Sache neu oder gebraucht ist.<sup>16</sup>

Gegenstand der Schenkung war ein älteres, gebrauchtes Bügeleisen. Gerade bei einer gebrauchten Sache muss man von gewöhnlichen, altersbedingten Verschleißerscheinungen ausgehen.<sup>17</sup> Allerdings darf, wie sich aus § 434 I 2 Nr. 2 a.A. ergibt, ohne gesonderte Abreden oder Kennzeichnung von einer grundsätzlichen Funktionsfähigkeit ausgegangen werden.<sup>18</sup> Eine Ausnahme könnte allenfalls bei offensichtlichen Mängeln angenommen werden (z.B. Fahrrad ohne Kette). Hier handelt es sich um einen gefährlichen Kabeldefekt. Das Bügeleisen eignete sich damit entweder bereits nicht zur gewöhnlichen Verwendung oder wies durch seine Gefährlichkeit zumindest eine Beschaffenheit auf, die der Vertragspartner nicht zu erwarten hatte (§ 434 I 2 Nr.2 a. E.) und ist folglich sachmangelbehaftet. Der Defekt lag auch schon vor, als C das Bügeleisen mitgenommen hat, sodass der Sachmangel auch schon bei Gefahrübergang bestand.

<sup>11</sup> Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Auflage, § 113 Rn. 2; Staudinger/Knothe, BGB; § 113 Rn. 7.

<sup>12</sup> Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Auflage, § 518 Rn. 4; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Auflage, § 516 Rn. 1.

<sup>13</sup> Medicus/Lorenz, SchuldR II, 17. Auflage, Rn. 394; Looschelders, Schuldrecht BT, 10. Auflage, Rn. 318; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Auflage, § 524 Rn. 2; MüKo-BGB/Koch, 7. Auflage, § 524 Rn. 2.

<sup>14</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, 8. Auflage, Rn. 34; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 434 Rn. 3.

<sup>15</sup> Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 434 Rn. 7; Medicus/Lorenz, SchuldR II, 17. Auflage, Rn. 83.

<sup>16</sup> BGH NJW 2009, 1588; Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Auflage, § 434 Rn. 29; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 434 Rn. 7; Medicus/Lorenz, SchuldR II, 17. Auflage, Rn. 85.

<sup>17</sup> BGH NJW 2009, 1588; Erman/Grunewald, BGB, 14. Auflage, § 434 Rn. 40; Herberger/Martinek/Rüßmann/Pammler, jurisPK-BGB, 7. Aufl., § 434, Rn. 85.

<sup>18</sup> vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Auflage, § 434 Rn. 28/23; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2013, § 434 Rn. 86.

**Hinweis**

Mit der Begründung einer unentgeltlichen Schenkung war es noch vertretbar, einen Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB abzulehnen, obwohl sich der Sachmangelbegriff des Kaufrechts gerade nicht von dem des § 524 BGB unterscheiden soll. Maßgebliches Wertungskriterium des § 524 BGB ist vielmehr das arglistige Verschweigen.

**III. Arglistiges Verschweigen, § 524 I BGB**

E müsste den Mangel am Bügeleisen auch arglistig verschwiegen haben. Dies ist in Parallelität zu §§ 442, 444 BGB zu beurteilen.<sup>19</sup> Arglistig handelt ein Verkäufer danach, wenn der Verkäufer von dem Sachmangel weiß oder ihn zumindest für möglich hält und zumindest billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.<sup>20</sup> E war der Kabeldefekt bekannt. Fraglich ist, ob E sich überhaupt Gedanken über den Mangel gemacht hat bzw. zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass C bei Kenntnis des Mangels das Bügeleisen nicht mitgenommen hätte. Grundsätzlich verschenkt der Schenker die Sache so wie sie ist.<sup>21</sup> E ging davon aus, dass der Kabeldefekt nicht erheblich sei und hat sich über die Kenntnis und Motivlagen der möglichen Beschenkten keinerlei Gedanken gemacht. E handelte ohne jegliche Schädigungsabsicht, sondern einfach gedankenlos. Zudem hat sie kein großes Eigeninteresse daran, die Gegenstände unbedingt wegzugeben. Damit handelte E nicht arglistig.

**IV. Zwischenergebnis**

C hat gegen E keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 524 I BGB.

**B) Anspruch der C gegen E aus §§ 280 I, 241 II BGB**

C könnte gegen E einen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB auf Schadensersatz i.H.v. 600,- EUR haben. Die Beschädigung der Matratze erfolgte wegen eines Mangels des Schenkungsgegenstandes (s.o.). Fraglich ist, ob der (allgemeine) Anspruch des §§ 280 I, 241 II BGB bei Mangelfolgeschäden durch § 524 I BGB verdrängt wird; dieser also überhaupt anwendbar ist.

**I. Eine Ansicht:****§§ 280 I, 241 II, 521 BGB finden Anwendung**

Nach einer Ansicht ist § 524 I BGB ein Fremdkörper im Haftungssystem, der nur auf das Leistungsinteresse anzuwenden ist und für die Verletzung sonstiger Rechtsgüter nicht passt.<sup>22</sup> Für Mangelfolgeschäden sollten daher die allgemeinen Regeln der §§ 280 I, 241 II BGB gelten. Im Rahmen dieser Haftung werde der Schenker jedoch durch § 521 BGB privilegiert, sodass bei leichter Fahrlässigkeit keine Haftung bestünde. Die An-

wendbarkeit der §§ 280 I, 241 II, 521 BGB wäre nach dieser Ansicht gegeben.

**II. Herrschende Ansicht:****§ 524 I BGB verdrängt die allgemeinen Regeln**

Nach anderer Ansicht verdrängt § 524 I BGB als spezielle und abschließende Regelung die allgemeinen Haftungsregeln, solange Schäden unmittelbar auf einen Mangel zurückzuführen sind.<sup>23</sup> Der Schaden der C an Bettwäsche und Matratze ist unmittelbar auf den Defekt des Bügeleisens zurückzuführen. Damit würde § 524 I BGB die §§ 280 I, 241 II, 521 BGB verdrängen.

**III. Argumentation**

Für die erste Ansicht spricht zunächst das Schutzbedürfnis des Beschenkten.<sup>24</sup> Gerade bei der Integritätsinteresse beruhenden Pflichtverletzungen kann es zu einem unverhältnismäßig hohen Schaden kommen. Das spricht aber auf der anderen Seite auch für die Anwendung des § 521 BGB, da der Schenker, der sogar unentgeltlich zuwendet, durch das hohe Haftungsrisiko besonders schutzbedürftig ist.<sup>25</sup> Dem Beschenkten kann es allgemein auch zugemutet werden, sich auf die Ungefährlichkeit einer geschenkten Sache weniger zu verlassen als auf die einer gekauften.<sup>26</sup> Es wird daher der zweiten Ansicht gefolgt. Ein möglicher Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 521 BGB wird durch § 524 BGB als *lex specialis* verdrängt (a.A. vertretbar). Der Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 521 BGB besteht damit mangels Anwendbarkeit nicht.

**Hinweis**

Wenn die Anwendbarkeit bejaht wurde, musste entsprechend weitergeprüft werden. Zwar hat C die Aufklärungspflicht über den Kabeldefekt aus der Schenkung als Schuldverhältnis nach § 241 II BGB verletzt, allerdings gilt zu ihren Gunsten der mildere Haftungsmaßstab des § 521 BGB. Dass der Kabeldefekt zu einem Brand führen würde, war nicht für jeden offensichtlich. Sie hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt damit zumindest nicht in besonders hohem Maße außer Acht gelassen. Da Vorsatz ausscheidet, hat C die Pflichtverletzung mangels grober Fahrlässigkeit durch den milderen Haftungsmaßstab nach § 521 BGB nicht zu vertreten, sodass ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 521 BGB ausscheidet.

**IV. Zwischenergebnis**

C hat keinen Schadensersatzanspruch gegen E aus §§ 280 I, 241 II BGB i.H.v. 600,- EUR.

**C) Anspruch der C gegen E aus § 823 I BGB**

C könnte gegen E jedoch einen solchen Anspruch aus unerlaubter Handlung nach § 823 I BGB haben.

<sup>19</sup> MüKo-BGB/Koch, 7. Auflage, § 524 Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Auflage, § 524 Rn. 6.

<sup>20</sup> BGH NJW 2007, 835 (836); Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Auflage, § 442 Rn. 18; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 442 Rn. 4; Vuia, NJW 2015, 1047 (1049).

<sup>21</sup> Larenz, Schuldrecht II (1), 13. Auflage, § 47 II (S. 203).

<sup>22</sup> MüKo-BGB/Koch, 7. Auflage, § 521 Rn. 7; Looschelders, Schuldrecht BT, 10. Auflage, Rn. 320, noch weitgehender Larenz, SchuldR Bd II (1), 13. Auflage, § 47 II (S. 202 f.); der bei der Verletzung von Aufklärungspflichten auch § 521 BGB nicht anwenden will.

<sup>23</sup> BGHZ 93, 23 (27 f.); insbesondere: Medicus/Lorenz, SchuldR II, 17. Auflage, Rn. 395; Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, 39. Edition, § 521 Rn. 5; Staudinger/Chiusi, BGB, Neubearb. 2013, § 524 Rn. 4.

<sup>24</sup> Larenz, Schuldrecht II (1), 13. Auflage, § 47 II (S. 202); MüKo-BGB/Koch, 7. Auflage, § 521 Rn. 5.

<sup>25</sup> Medicus/Lorenz, SchuldR II, 17. Auflage, Rn. 395

<sup>26</sup> Ebda.

## I. Rechtsgutsverletzung

Das Eigentum an der Matratze und der Bettwäsche wurde beeinträchtigt und damit verletzt. Dies müsste durch eine Handlung der E erfolgt sein. In Betracht kommt hier das Unterlassen eines Hinweises auf den Defekt des Bügeleisens. Dazu muss jedoch eine Pflicht zur Abwendung der Gefahr bestanden haben.<sup>27</sup> Eine solche Pflicht könnte sich aus einer Verkehrssicherungspflicht ergeben. Eine Verkehrssicherungspflicht kann aus der Schaffung einer Gefahrenlage für die Rechtsgüter Dritter resultieren und erfordert es, zumutbare Vorkehrungen zu treffen, um die Schädigung Dritter abzuwenden.<sup>28</sup> Das Anbieten des defekten Bügeleisens schafft vorhersehbar die Gefahr, dass dieses vom Vertragspartner in Unkenntnis des Defektes genutzt wird und so seine Rechtsgüter gefährdet werden. Ein Hinweis auf den Kabeldefekt ist trotz der Abwesenheit der E auch zumutbar und erforderlich. Damit liegt eine Verletzungshandlung in Form eines Unterlassens vor.

## II. Haftungsbegründende Kausalität und Rechtswidrigkeit

Die Verletzungshandlung muss für die Brandschäden an Matratze und Bettwäsche der C auch kausal gewesen sein. Die Kausalität eines Unterlassens für die Rechtsgutsverletzung ist immer dann anzunehmen, wenn ein pflichtgemäßes Handeln die Verletzung bei normalem Verlauf der Ereignisse verhindert oder vermindert hätte.<sup>29</sup> Hätte die E einen Hinweis auf den Kabeldefekt dem Bügeleisen beigefügt, hätte bei normalem Verlauf der Dinge die C Vorkehrungen zum Schutz ihrer Rechtsgüter getroffen. Dass ein Kabeldefekt zu einem Brand führt und Rechtsgüter dadurch in Mitleidenschaft gezogen werden, liegt weiterhin nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung. Äquivalente und adäquate Kausalität liegen damit vor. Die Rechtswidrigkeit wird durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert. Haftungsbegründende Kausalität und Rechtswidrigkeit liegen damit vor.

## III. Verschulden

E müsste die Rechtsgutsverletzung auch verschuldet haben. § 823 I BGB lässt (einfache) Fahrlässigkeit genügen. Fraglich ist, ob und inwieweit sich die vertragliche Haftungsprivilegierung auf die deliktische Haftung der E auswirkt.

### 1. Für deliktische Haftung gelten die allgemeinen Grundsätze

Nach einer Ansicht gelten bei einer Verletzung deliktischer Schutzpflichten, die dem Erhaltungsinteresse des Beschenkten dienen, die allgemeinen Grundsätze.<sup>30</sup> E hätte zumindest beim Anbieten des Bügeleisens die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und damit fahrlässig i.S.d. § 276 I BGB gehandelt.

## 2. § 521 BGB ist auch auf deliktischer Ebene anzuwenden

Nach anderer Ansicht schlägt die vertragliche Haftungsprivilegierung des § 521 BGB auch auf die deliktische Ebene durch, wenn ein Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand besteht.<sup>31</sup> E hätte mangels grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes die Rechtsgutsverletzung nicht verschuldet.

## 3. Streitentscheid

Die Haftung nach § 823 I BGB schon für leichteste Fahrlässigkeit würde die vertragliche Privilegierung des Schenkers unterlaufen und damit entwerten.<sup>32</sup> Die Haftungsprivilegierung des § 521 BGB muss daher auch auf den konkurrierenden Deliktsanspruch erstreckt werden, wenn die deliktische Schädigung im Sachzusammenhang mit dem geschenkten Gegenstand steht. E hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht in besonders hohem Maße außer Acht gelassen und handelte zumindest nicht grob fahrlässig.

## VI. Zwischenergebnis

E hat gegen C keinen Anspruch aus § 823 I BGB.

<sup>27</sup> Jauernig/Teichmann, BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 29; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 823 Rn. 19.

<sup>28</sup> Palandt/Sprau, BGB, 75. Auflage, § 823 Rn. 2/45; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 823 Rn. 22.

<sup>29</sup> Jauernig/Teichmann, BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 32.

<sup>30</sup> Jauernig/Mansel, BGB, 16. Auflage, § 521 Rn. 1; Stoll, JZ 1985, 384 (386).

<sup>31</sup> BGHZ 93, 23 (29); Medicus/Lorenz, SchuldR II, 17. Auflage, Rn. 395; Staudinger/Chiusi, BGB, Neubearb. 2013, § 521 Rn. 11 („zwingender Gleichlauf von vertraglicher und deliktischer Haftung“); ebenso Looschelders, SchuldR BT, 10. Auflage, Rn. 320.

<sup>32</sup> Staudinger/Chiusi, Neubearb. 2013, § 521 Rn. 11.

## Abwandlung

### A) Ansprüche des B

#### I. Anspruch B gegen M auf Zahlung von 500,- EUR

aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

B könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 500,- EUR aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB haben. Voraussetzung hierfür ist zunächst eine Geschäftsführung ohne Auftrag.

#### 1. Geschäftsbesorgung

Unter einer Geschäftsbesorgung wird jedes rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Handeln für einen anderen verstanden. Das Löschen des Feuers durch B stellt demnach eine Geschäftsbesorgung für M dar.

#### 2. Für einen anderen

Die Geschäftsbesorgung müsste für einen anderen erfolgt, also fremd für den Handelnden, sein. Fremd ist jedes Geschäft, das dem Interessenkreis eines anderen angehört.<sup>33</sup>

Ein Geschäft kann schon objektiv fremd sein, wenn sich die Zugehörigkeit zu einem anderen Interessenkreis bereits aus objektiven Merkmalen ergibt.<sup>34</sup> Dies kann sich insbesondere aus dem Eigentum ergeben, wonach für eine Sache regelmäßig der Eigentümer zuständig ist.<sup>35</sup> Geschäfte können aber auch objektiv neutral sein, wenn eine an objektive Umstände anknüpfende Zuständigkeitsbestimmung fehlt. Dann kann sich die Fremdheit nur aus einer nach außen erkennbaren Fremdbestimmung des Handelnden ergeben.<sup>36</sup> M ist Eigentümerin des Hauses, das durch B gelöscht wird. Das Geschäft berührt damit objektiv ihren Interessenkreis. Allerdings handelt B auch aus Sorge um sein eigenes Haus, sodass das Löschen damit auch seinem Interessenkreis zuzuordnen ist und damit ein auch-fremdes Geschäft darstellt. Der Fremdheit eines Geschäftes steht es nach der Rechtsprechung des BGH jedoch nicht entgegen, dass der Geschäftsführer mit der Handlung auch – sogar vornehmlich – eigene Belange wahrnimmt.<sup>37</sup>

#### 3. Ohne Auftrag, § 677 BGB

B handelt ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung.

#### 4. Mit Fremdgeschäftsführungswillen, § 687 I BGB

B müsste zudem mit Fremdgeschäftsführungswillen handeln. Das Löschen des Feuers stellt ein auch fremdes Geschäft dar. Umstritten ist, ob der Fremdgeschäftsführungswille bei einem auch fremden Geschäft gesondert festzustellen ist oder ob er vermutet wird.

#### a) 1. Ansicht:

##### Fremdgeschäftsführungswille wird vermutet

Nach h.M. wird der Fremdgeschäftsführungswille bei auch fremden Geschäften ebenso wie bei objektiv fremden Geschäften vermutet.<sup>38</sup> Indizien, die diese Vermutung erschüttern,

liegen nicht vor, sodass B mit Fremdgeschäftsführungswillen handelt.

#### b) 2. Ansicht:

##### Fremdgeschäftsführungswille ist festzustellen

Nach a.A. müsste der Fremdgeschäftsführungswille beim *auch fremden Geschäft* erkennbar nach außen hervortreten, jedenfalls wenn der altruistische Charakter der Geschäftsführung nicht ersichtlich im Vordergrund steht.<sup>39</sup> Hier sprechen aber auch die objektiven Umstände für einen Fremdgeschäftsführungswillen. So ist das Haus des B nicht das direkte Nachbarhaus, sondern ein paar Häuser entfernt, sodass die tatsächliche Gefahr für sein Haus relativ gering ist und das fremdnützige Handeln zu Gunsten der M hier überwiegt.

#### c) Zwischenergebnis

Die Ansichten kommen zum selben Ergebnis. B handelt mit Fremdgeschäftsführungswillen.

#### 5. Interesse, tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille der M, § 683 S. 1 BG

Das Handeln des B müsste im Interesse und im tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen der M gewesen sein. Es liegt im objektiven Interesse der M, dass ihr Haus vor Beschädigung oder Zerstörung durch das Feuer bewahrt wird. Ein entgegenstehender Wille (der ggf. nach § 679 BGB ohnehin unbeachtlich wäre) ist nicht ersichtlich.

#### 6. Erforderliche Aufwendungen, § 670 BGB

Es liegt eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor, womit der Geschäftsführer B vom Geschäftsherrn M über § 670 BGB Ersatz der Aufwendungen verlangen kann, die er für erforderlich halten durfte. Fraglich ist zunächst, ob die Delle am Traktor eine Aufwendung i.S.d. § 670 darstellt. Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer.<sup>40</sup> B ist mit seinem Traktor freiwillig zum Löschen des Hauses gefahren und hat dabei beim Durchbrechen des Tores sein Eigentum geopfert und eine Delle in Kauf genommen. Es liegt daher eine Aufwendung vor (a.A. mit der Einordnung als Schaden vertretbar, allerdings sollen nach h.M. auch risikotypische Begleitschäden von §§ 683, 670 BGB erfasst sein,<sup>41</sup> womit trotzdem ein Anspruch aus §§ 683, 670 BGB gegeben wäre). Die Aufwendung müsste B für die Geschäftsführung auch für erforderlich gehalten haben dürfen. Das Haus der M stand bereits in Flammen, die B schnellstmöglich löschen oder zumindest unter Kontrolle bringen musste. Damit ist das Durchbrechen des Tores erforderlich gewesen, um auf schnellstem Weg mit dem Löschen zu beginnen. Die Delle im Traktor stellt damit eine Aufwendung i.S.d. § 670 BGB dar.

#### 7. Höhe des Aufwendungs- (bzw. Schaden-)Ersatzes

Es handelt sich hierbei um ein auch fremdes Geschäft, sodass die Frage aufzuwerfen ist, in welcher Höhe M dem B Ersatz

<sup>33</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, 10. Auflage, Rn. 842.

<sup>34</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, 10. Auflage, Rn. 842; ; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 677 Rn. 5.

<sup>35</sup> Medicus/Lorenz, SchuldR II, 17. Auflage, Rn. 1106.

<sup>36</sup> Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 677 Rn. 5;

Looschelders, Schuldrecht BT, 10. Auflage, Rn. 845.

<sup>37</sup> BGHZ 63, 167 (169); 110, 313 (315).

<sup>38</sup> Jauernig/Mansel, BGB, 16. Auflage, § 677 Rn. 4.

<sup>39</sup> Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 15 Rn. 22; vgl. auch Looschelders, Schuldrecht BT, 10. Auflage, Rn. 849 ff.

<sup>40</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Auflage, Rn. 428; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 670 Rn. 2.

<sup>41</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Auflage, Rn. 428; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Auflage, § 683 Rn. 7; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Auflage, § 683 Rn. 7.

schuldet. Können die Aufwendungen – wie hier – nicht gegenständig abgegrenzt werden, so sind für die Verteilung das Gewicht der Verantwortlichkeit, die Interessen sowie die Vorteile zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn wesentlich, wobei dem Geschäftsherrn auch die vollen Aufwendungen zugerechnet werden können, wenn der unmittelbare wesentliche Vorteil bei ihm liegt.<sup>42</sup> M hat das Feuer verursacht und damit die Ursache für die Gefährdung und das Handeln des B gesetzt. Weiterhin ist ihr Eigentum durch das Feuer bereits unmittelbar betroffen. Demgegenüber wohnt B nur ein paar Häuser weiter; eine akute Gefährdung seines Eigentums liegt daher nicht vor. Zwar hat sich B für den direkten Weg über das Grundstück entschieden, allerdings ist nicht ersichtlich, dass andere Wege mit gleicher Effektivität und geringerem Schaden vorgelegen haben. Somit muss M die Aufwendungen allein tragen (a.A. vertretbar).

## 8. Zwischenergebnis

B hat gegen M einen Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB i.H.v. 500,- EUR.

## II. Anspruch B gegen M aus § 823 I BGB

B könnte gegen M einen Anspruch aus § 823 I BGB i.H.v. 500,- EUR haben.

### 1. Rechtsgutsverletzung

Es müsste eine Rechtsgutsverletzung vorliegen. Der Traktor des B wurde beschädigt. Damit wurde sein Eigentum beeinträchtigt und sein Rechtsgut ist verletzt. Diese Verletzung muss durch ein Handeln der M verursacht sein. In Betracht kommt entweder ein Unterlassen oder eine mittelbare Schädigung durch M, da der Schaden am Traktor erst durch die weitere Handlung des B beschädigt wurde. M könnte eine Verkehrssicherungspflicht verletzt haben. Das Belassen des angeschlossenen Bügeleisens im Haus birgt eine Brandgefahr. Der Kabeldefekt war allerdings nicht zu erkennen. Dennoch besteht auch bei intakten Geräten aufgrund der Hitzeentwicklung und möglichem Umfallen etc. die Gefahr eines Brandes, wenn das Bügeleisen über längere Zeit unbeaufsichtigt angelassen wird. Das Ausschalten ist eine zumutbare und erforderliche Gefahrenabwehrmaßnahme, zu deren Vornahme M hier verpflichtet gewesen wäre. Damit hat sie eine Verkehrssicherungspflicht verletzt.

### 2. Haftungsbegründende Kausalität

Das Handeln der M müsste kausal für die Eigentumsverletzung des B gewesen sein. Hätte Sie das Bügeleisen ausgeschaltet, so hätte B nicht mit dem Traktor durch das Tor des N brechen müssen, um das Feuer zu löschen. Das Handeln war damit für den Schaden äquivalent kausal. Es liegt auch nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass es bei angeschlossenen Elektrogeräten zu einem Brand kommt, wodurch Rechtsgüter Dritter durch ihre Löschbemühungen verletzt werden, sodass das Unterlassen auch adäquat kausal war. Allerdings ist fraglich, ob die Verletzung von Rechtsgütern Dritter, die nur mittelbar bei Löschversuchen entstehen, vom Schutzzweck der Norm des § 823 I BGB erfasst sind. Die Einhaltung von Verkehrssiche-

rungspflichten soll davor schützen, dass Dritte unmittelbar an ihren Rechtsgütern verletzt werden. Die Sicherung des Bügeleisens schützt vor dem Ausbruch eines Brandes. B hat eigenverantwortlich und freiwillig versucht, den Brand zu löschen. Der Schaden am Traktor ist auch nicht durch den Brand, sondern durch das Durchbrechen des Tores entstanden. Das eigenverantwortliche Dazwischentreten des B kann der M nicht mehr zugerechnet werden, selbst wenn dieser aus altruistischen Motiven gehandelt hat. Dieser muss sich vielmehr an andere Anspruchsgrundlagen halten (a.A. vertretbar, wenn das Handeln des B als Herausforderungsfall angenommen wird). Bedenklich erscheint dabei auch, dass eine zu weite Ausdehnung des Schutzzweckes der Norm die Abgrenzung zum reinen Vermögensschaden verwischen würde. Damit ist M der Schaden nicht zuzurechnen.

## 3. Zwischenergebnis

Der Anspruch aus § 823 I BGB besteht nicht.

## III. Ansprüche des B gegen N auf Zahlung von 500,- EUR aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Auch zwischen B und N könnte eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen, schließlich war auch das Grundstück des N durch den Brand gefährdet. B könnte daher gegen N einen Anspruch auf 500,- EUR aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB haben. B handelte nicht nur im Interesse der M, sondern aller vom Feuer bedrohten Nachbarn und damit auch des N. Damit liegt eine Geschäftsführung für den N in Form eines auch-fremden-Geschäfts vor. Der Fremdgeschäftsführungswille wird nach h.M. beim auch-fremden-Geschäft vermutet (s.o.; wer die andere Ansicht vertritt, müsste diesen positiv nachweisen. Die besseren Argumente sprechen hierbei dafür, dass B eine Ausbreitung des Brandes insgesamt verhindern wollte und damit zumindest auch mit Fremdgeschäftsführungswillen für die unmittelbaren Nachbarn handelte [„der auch aus Sorge um sein eigenen Heim handelte“]). B war weiterhin nicht von N oder sonst wem zur Geschäftsführung beauftragt. Er handelte auch entsprechend des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des N, sodass B nach §§ 683 S. 1, 670 BGB Aufwendungsersatz (oder bei unfreiwilliger Einbuße entsprechend den obigen Ausführungen nach auch Schadensersatz) verlangen kann. Ein Aufwendungsersatzanspruch besteht daher nach §§ 677, 683, 670 BGB. Allerdings wäre dieser im Verhältnis zu B nur anteilig (je nach Argumentation 50:50) gegeben, da sich B wegen der gleichen Interessengewichtung das Handeln für sich selbst zurechnen lassen muss.

### Hinweis

Die Prüfung kann kürzer erfolgen, da die wesentlichen Punkte bereits beim Anspruch oben Bedeutung haben. Mit ausführlicher Begründung könnte dieser Anspruch auch im Hinblick auf die Erforderlichkeit abgelehnt werden, da die Gefährdung für N nicht so akut wie für M war und es B daher hätte zugemutet werden können, andere Rettungswege in Erwägung zu ziehen.

<sup>42</sup> BGHZ 98, 235 (242); Palandt/Sprau, BGB, 75. Auflage, § 683 Rn. 8; MüKo-BGB/Seiler, 6. Auflage, § 683 Rn. 26.

## B) Ansprüche des N

### I. Anspruch des N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus §§ 280 I, 241 II, 677 ff.

Ein Anspruch des N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus §§ 280 I, 241 II, 677 ff. BGB scheidet bereits an einer Nebenpflichtverletzung, da B, als er über den Rasen des N fuhr, im tatsächlichen oder zumindest mutmaßlichen Interesse des N handelte und daher keine Pflicht aus der GoA (*die als gesetzliches Schulverhältnis auch Schuldverhältnis i.S.d. § 280 I BGB ist*) verletzt haben kann.

### II. Anspruch des N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 823 I BGB

N könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 823 I BGB haben.

#### 1. Rechtsgutsverletzung durch B

Dazu bedarf es zunächst eines verletzten Rechtsguts. In Betracht kommt das Eigentum des N. Bei dem Löschversuch werden Rasen und Tor beschädigt und die Rosen zerstört. Diese stellen über § 94 Bestandteile des Grundstücks dar. Es wurde damit das Grundstück des N beschädigt und N in seinem Rechtsgut Eigentum verletzt. Diese Eigentumsverletzung wurde durch den B hervorgerufen, als dieser beim Versuch, das Feuer zu löschen, die Toreinfahrt durchbrach und über das Grundstück des N mit dem Traktor fuhr.

#### 2. Haftungsbegründende Kausalität

Die Handlung des B war für die Eigentumsverletzung des N sowohl äquivalent als auch adäquat kausal.

#### 3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob die Eigentumsverletzung rechtswidrig war. Als Rechtfertigungsgründe kommen die berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag sowie § 904 S. 1 BGB in Betracht.

#### a) Rechtfertigung durch berechnete GoA

Teilweise wird vertreten, die berechnete GoA stelle einen Rechtfertigungsgrund dar, wenn die Rechtsgutsverletzung im Zusammenhang mit der Geschäftsübernahme steht.<sup>43</sup> Im Gegensatz dazu lehnt ein Teil der Literatur eine auf deliktischer Ebene durchgreifende rechtfertigende Wirkung der GoA ab.<sup>44</sup> Der Streit könnte jedoch ohnehin unerheblich sein, da dies ohnehin nur im Verhältnis des Geschäftsführers zum Geschäftsherrn gelten kann. Allerdings handelte B nicht nur für M, sondern auch für N als unmittelbaren Nachbarn der M. Damit liegt auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag für alle unmittelbaren Nachbarn und damit auch für den N vor. Insofern ist der Streit von Bedeutung und muss entschieden werden.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Geschäftsführung ohne Auftrag auch als Rechtfertigungsgrund einordnen wollte. Weder sprechen hierfür die Gesetzgebungsmaterialien noch besteht für ein über die allgemeinen Notstandsregeln

<sup>43</sup> H.M. Streitdarstellung in: Staudinger/Bergmann, BGB, Vor §§ 677 Rn. 243 f.; MüKo-BGB/Seiler, Vor §§ 677 Rn.17; Looschelders, Schuldrecht BT, 10. Auflage, Rn. 866.

<sup>44</sup> MüKo-BGB/Seiler, 6. Auflage, Vor §§ 677 Rn.17; Staudinger/Bergmann, BGB, Neubearb. 2015; Vorbem §§ 677 ff, Rn. 99/245.

hinausgehenden Rechtfertigungsgrund die Notwendigkeit.<sup>45</sup> Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag die schuldrechtlichen Ansprüche und Pflichten regeln wollte.<sup>46</sup> Aus der Geschäftsführung ohne Auftrag kann daher kein Rechtfertigungsgrund hergeleitet werden.

#### b) Rechtfertigung nach § 904 S. 1 BGB

Eine Rechtfertigung kann jedoch nach § 904 S. 1 BGB vorliegen. Eine Nothilfelage liegt in der gegenwärtigen Gefahr für das Eigentum der M als durch das Feuer bedrohtes Rechtsgut. Der Brand ist schon ausgebrochen, der Schaden ist also teilweise bereits eingetreten und steht im Übrigen unmittelbar bevor. Die Nothilfehandlung („Abkürzung durch den Garten“) ist auch notwendig, da sie den schnellsten Weg zum brennenden Haus darstellt. Das Abbrennen der Doppelhaushälfte stellt gegenüber der Beschädigung der Pflanzen des N einen unverhältnismäßig hohen Schaden dar, zumal man auch von der Gemeingefahr eines Brandes nicht nur für Eigentum, sondern möglicherweise auch für Leib und Leben ausgehen kann. Damit ist B gegenüber N nach § 904 S. 1 BGB gerechtfertigt.

#### c) Zwischenergebnis

B ist nach § 904 S. 1 BGB gegenüber N gerechtfertigt.

#### 4. Zwischenergebnis

N hat gegen B keinen Anspruch auf 2.000,- EUR aus § 823 I BGB.

### III. Anspruch N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 904 S. 2 BGB

N könnte gegen B allerdings einen Anspruch auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 904 S. 2 BGB haben.

#### 1. Voraussetzungen des § 904 S. 2 BGB

Die Voraussetzungen des § 904 S. 1 BGB liegen vor, sodass ein verschuldensunabhängiger Anspruch aus § 904 S. 2 BGB dem Grunde nach besteht. Auch liegt eine unfreiwillige Vermögens-einbuße bei N und damit ein Schaden vor, der nicht eingetreten wäre, wenn B nicht mit dem Traktor durch den Garten des N gefahren wäre.

#### 2. Schuldner des Anspruchs

Fraglich ist aber, ob der Anspruch gegenüber dem Schädiger (B) oder gegenüber dem Begünstigten der Nothilfehandlung (M) besteht. Der Wortlaut des § 904 S. 2 BGB lässt diese Frage offen.<sup>47</sup>

#### a) Anspruch gegen den Schädiger (h.M.)

Nach einer Ansicht<sup>48</sup> steht dem Geschädigten der Anspruch aus § 904 S. 2 BGB nur gegen den Schädiger zu. § 904 BGB stelle

<sup>45</sup> MüKo-BGB/Seiler, Vor §§ 677 Rn.17; Staudinger/Bergmann, BGB, Neubearb. 2015; Vorbem §§ 677 ff, Rn. 99, der zutreffend auf die mutmaßliche Einwilligung verweist, wenn es um die Beeinträchtigung des Eigentums des Geschäftsherrn geht.

<sup>46</sup> MüKo-BGB/Seiler, 6. Auflage, Vor §§ 677 Rn.17.

<sup>47</sup> Dazu ausf. Staudinger/Althammer, BGB, § 904 Rn. 34 ff.

<sup>48</sup> Palandt/Bassenge, BGB, 75. Auflage, § 904 Rn. 5; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Auflage, Rn. 638; Prütting, Sachenrecht, 35. Auflage, Rn. 313; Jauernig/Berger, BGB, § 904 Rn. 5; Erman/Wilhelmi, BGB, 14. Auflage, § 904 BGB, Rn. 5; Herberger/Martinek/Rüßmann/Rösch, jurisPK-BGB, 7. Aufl., § 904 Rn. 14.

wie § 228 BGB eine Eingriffshaftung dar, weil die Duldungspflicht des Eigentümers gegenüber dem Einwirkenden bestehe, und er daher auch von diesem Ausgleich erhalten müsse. Diese Ansicht vermeidet jedoch unbillige Härten zu Lasten des altruistisch Handelnden, indem sie bei einer Verpflichtung zur Handlung aus § 323 c StGB gar keine Haftung des Handelnden und bei Handeln im öffentlichen Interesse eine gesamtschuldnerische Haftung von Handelndem und Begünstigten annimmt.<sup>49</sup> Da hier eine gemeine Gefahr i.S.d. § 323 c StGB vorlag, stünde N der Anspruch gegen B nicht zu.

### b) Anspruch gegen den Begünstigten

Nach anderer Ansicht<sup>50</sup> kann der Anspruch nach § 904 S. 2 BGB nur gegenüber dem Begünstigten geltend gemacht werden. Damit hätte N gegen B keinen Anspruch auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 904 S. 2.

### c) Gesamtschuldnerische Haftung von Schädiger und Begünstigtem

Nach einer dritten Ansicht<sup>51</sup> haften Schädiger und Begünstigter dem Geschädigten gegenüber als Gesamtschuldner. Der Eigentumsschutz des Geschädigten gebiete es, ihm zwei Schuldner zur Inanspruchnahme bereitzustellen. N stünde damit ein Anspruch gegen B (sowie gegen M) zu.

### 3. Streitdarstellung

Die ersten beiden Ansichten kommen zum selben Ergebnis. Gegen die letztgenannte Ansicht spricht insbesondere im Fall eines Ereignisses i.S.d. § 323 c StGB, dass der aus einer gesetzlichen Pflicht heraus Handelnde aus einer solchen Pflicht nicht noch schadenersatzpflichtig gemacht werden kann.<sup>52</sup> Dies würde nicht nur zu einer fragwürdigen Haftung des altruistisch handelnden Nothelfers<sup>53</sup>, sondern sogar zu einer Haftung des gesetzlich verpflichteten Nothelfers führen. Dies kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Daher ist dieser Ansicht nicht zu folgen. Der Streit muss im Übrigen nicht entschieden werden.

### 4. Ergebnis

Im Ergebnis hat N daher keinen Anspruch gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR.

## IV. Anspruch N gegen B auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 7 I StVG (ggf. i.V.m. § 18 StVG)

N könnte jedoch gegen B ein Anspruch auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 7 I StVG zustehen.

### 1. Verletztes Rechtsgut

Es müsste ein in § 7 I StVG genanntes Rechtsgut verletzt worden sein. Das Grundstück des N wurde beschädigt, womit eine Sache beschädigt wurde.

### 2. Betrieb eines Kfz

Diese müsste beim Betrieb eines Kfz beschädigt wurden sein. Der Traktor ist ein Kfz i. S. d. § 1 II StVG. Fraglich ist, ob die Beschädigung bei Betrieb des Traktors verursacht wurde. Nach der verkehrstechnischen Auffassung ist ein Kfz im Betrieb, wenn es sich im öffentlichen Verkehrsbereich bewegt oder in einer den Verkehr beeinflussenden Weise ruht.<sup>54</sup> Während die Rechtsprechung auf die Voraussetzung des öffentlichen Verkehrsbereichs gänzlich verzichtet,<sup>55</sup> ist nach der verkehrstechnischen Auffassung das Fahrzeug solange im Betrieb, wie es nicht außerhalb des öffentlichen Verkehrsbereichs abgestellt wurde.<sup>56</sup> Nach beiden Auffassungen wäre der Traktor damit trotzdem noch in Betrieb i.S.d. § 7 StVG, obwohl er die Schäden auf privatem Grund verursacht hat. Eine Ausnahme des § 7 II, bzw. § 8 StVG liegt zudem nicht vor. Damit wären die Voraussetzungen des § 7 I StVG erfüllt.

### 3. Problem: Rechtswidrigkeit als immanente Voraussetzung des § 7 I StVG

Fraglich ist, ob für § 7 I StVG objektiv rechtswidriges Verhalten vorliegen muss, oder ob es auf die Rechtmäßigkeit des Verhaltens gar nicht ankommen soll. Grundsätzlich besteht die Gefährdungshaftung unabhängig von Verschulden und Rechtswidrigkeit.<sup>57</sup> Würde man jedoch ein objektiv rechtswidriges Verhalten voraussetzen, so würde § 7 I StVG wegen gerechtfertigten Verhaltens zumindest durch § 904 S. 1 BGB scheitern. Hierfür spricht zunächst der die gesamte Rechtsordnung beherrschende Grundsatz, dass eine Haftung auf Schadenersatz voraussetzt, dass rechtswidrig im Sinne von Erfolgsunrecht in ein geschütztes Rechtsgut eingegriffen wird.<sup>58</sup> Es würden zudem etliche Wertungen, letztlich auch die Ausnahmen bei § 904 S. 2 BGB für den Fall des § 323 c BGB und bei Handeln im öffentlichen Interesse, durch die Norm des § 7 I StVG wieder verworfen, wenn eine Gefahr durch ein Kfz abgewendet wird. Das war jedoch nicht die Intention der Gefährdungshaftung. Damit setzt auch § 7 I StVG ein objektiv rechtswidriges Handeln voraus, was hier nicht vorliegt.

### 4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist eine Haftung nach § 7 I StVG damit abzulehnen.

## V. Anspruch N gegen M auf Zahlung von 2000,- EUR aus § 904 S. 2 BGB

N könnte einen Anspruch gegen M auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 904 S. 2 BGB haben. Die Voraussetzungen des § 904 S. 1 BGB liegen vor. Zudem haftet M durch das Handeln des B (ggf. wegen Vorliegens einer gemeinen Gefahr) als Begünstigte

<sup>54</sup> Hentschel/König/Dauer/König, Straßenverkehrsrecht, 43. Auflage, § 7 StVG Rn. 5; Burmann/Hefß/Hühnermann/Jahnke/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 24. Auflage, § 7 StVG Rn. 7.

<sup>55</sup> BGH, NJW 2014, 1182; OLG Naumburg, RuS 2016, 150 (anhängig beim BGH unter AZ VI ZR 30/16).

<sup>56</sup> Hentschel/König/Dauer/König, Straßenverkehrsrecht, 43. Auflage, § 7 StVG Rn. 5; vgl. Burmann/Hefß/Hühnermann/Jahnke/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 24. Auflage, § 7 StVG Rn. 9.

<sup>57</sup> Buck-Heeb, Examens-Repetitorium Schuldrecht BT II, 5. Auflage, Rn. 83; Heinemann, Übungen im Bürgerlichen Recht, 242, der jedoch auch Ausnahmen zulassen will; Zwickel/Greger/Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Auflage, § 3 Rn. 60.

<sup>58</sup> Geigel/Kaufmann, Haftpflichtprozess, 27. Auflage, Kap. 25 Rn. 4.

<sup>49</sup> Palandt/Bassenge, BGB, 75. Auflage, § 904 Rn. 5; Erman/Wilhelmi, BGB, 14. Auflage, § 904 Rn. 10; Herberger/Martinek/Rüßmann/Rösch, jurisPK-BGB, 7. Aufl., § 904 Rn. 15.

<sup>50</sup> MüKo-BGB/Säcker, 6. Auflage, § 904 Rn. 17; Staudinger/Althammer, BGB, Neubearb. 2013, § 904, Rn. 38.

<sup>51</sup> Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 30. Auflage, § 24 Rn. 29; Wieling, Sachenrecht, 5. Auflage, § 8 II c.

<sup>52</sup> So aber Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 30. Auflage, § 24 Rn. 29.

<sup>53</sup> Staudinger/Althammer, BGB, Neubearb. 2013, § 904, Rn. 38.

(s.o.). Damit hat N gegen M einen Anspruch auf Schadenersatz i.H.v. 2.000,- EUR aus § 904 S. 2 BGB.

#### **VI. Anspruch N gegen M auf Zahlung von 2.000,- EUR aus § 823 I BGB**

N könnte weiterhin einen Anspruch gegen M auf Zahlung der 2.000,- EUR aus § 823 I BGB haben. Durch die Beschädigung des Grundstücks des N ist dessen Eigentum beeinträchtigt und damit verletzt. Dies müsste durch eine Handlung der M geschehen sein. Indem M das Bügeleisen nicht ausgeschaltet hat, hat sie eine Verkehrssicherungspflicht verletzt (s.o.). Das Handeln der M kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel, und war damit äquivalent kausal. Es liegt weiterhin nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass ein elektrisches Gerät, wenn man es unbeaufsichtigt angeschaltet lässt, Feuer fängt und ein Löschhelfer beim Versuch, das Feuer zu löschen, andere Grundstücke betreten muss und damit das Eigentum anderer verletzt. Das Handeln war damit adäquat kausal. Fraglich ist jedoch, ob die Rechtsgüter des Löschhelfers noch vom Schutzzweck der Norm umfasst sein sollen. Wenn dies schon für die Rechtsgüter der Löschhelfer nicht gelten kann (s.o.), so kann dies erst Recht nicht mehr für die Rechtsgüter derjenigen gelten, die durch Löschungsbemühungen Dritter verletzt werden. Dies würde de facto zu einer Haftung für Vermögensschäden führen. N hat keinen Anspruch gegen M aus § 823 I BGB.

#### **Gesamtergebnis**

Im Grundfall hat C gegen E keinen Anspruch auf Schadenersatz für die Bettwäsche und die Matratze.

In der Abwandlung hat B gegen M einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für die Delle am Traktor aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB i.H.v. 500,- EUR sowie gegenüber N aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB in Höhe von 250,- EUR (je nach Argumentation). N hat dagegen gegen B keinen Anspruch auf Aufwendungs- bzw. Schadenersatz. Allerdings hat er gegen M einen Anspruch auf Zahlung der 2000,- EUR nach § 904 S.2 BGB.

► **Inhaltsverzeichnis**





# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare und Praktikanten  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Abschleppkosten und Geschäftsführung ohne Auftrag

Urteil vom 11. März 2016, Az. V ZR 102/15

**Wird ein Fahrzeug, das unbefugt auf einem Privatgrundstück in verbotener Eigenmacht abgestellt wird, im Auftrag des Grundstücksbesitzers im Wege der berechtigten Selbsthilfe entfernt, entspricht dies dem objektiven Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Fahrzeughalters. Er ist deshalb nach den Grundsätzen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ersatz der für die Entfernung erforderlichen Aufwendungen verpflichtet**

(amtlicher Leitsatz).

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Am 16. Oktober 2015 wurde ein auf B zugelassener PKW durch eine (nicht mehr zu ermittelnde) dritte Person auf dem Kundenparkplatz des Supermarkts S in der Zeit zwischen 8.00 Uhr und 10.05 Uhr abgestellt. Da die durch entsprechende Schilder kenntlich gemachte Höchstparkzeit von 90 Minuten überschritten war, veranlasste ein Mitarbeiter der K die Umsetzung des Fahrzeugs. Die K wurde durch S mit dem „Parkraummanagement“ beauftragt und war durch einen bestehenden Rahmenvertrag dazu verpflichtet, falsch oder zu lange abgestellte PKW vom Grundstück des S zu entfernen. Die hierfür vereinbarte Vergütung betrug EUR 219,50. Die Ansprüche gegenüber dem unberechtigten Nutzer der Fläche bzw. gegen den Halter des entsprechenden Fahrzeuges auf Ersatz der Kosten wurden von S an K abgetreten.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Zahlung von EUR 219,50?

#### B) Die Entscheidung des Senats

##### I. Anspruch der K gegen B auf Zahlung von EUR 219,50 (§§ 683 S. 1, 670, 398 BGB)

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von EUR 219,50 gem. § 683, S. 1, 670, 677, 398 BGB (berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag) aus abgetretenem Recht haben. Hierfür muss zunächst die Abtretung wirksam erfolgt sein, woran vorliegend keine Zweifel bestehen.

##### 1. Fremdes Geschäft

Voraussetzung für das Bestehen des Anspruchs ist, dass es sich beim Entfernen des PKW um ein fremdes Geschäft handelt, K mit Fremdgeschäftsführungswille gehandelt hat und die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, vgl. § 683 S. 1 BGB.

„Die im Auftrag der Grundstücksbesitzerin durchgeführte Umsetzung des Fahrzeugs der [B] stellt ein Handeln in fremdem Rechtskreis und damit eine Fremdgeschäftsführung im Sinne von § 677 BGB dar. Ein Geschäft der [B] war dies deshalb, weil sie als

Halterin des Fahrzeugs zur Entfernung nach § 862 Abs. 1 BGB bzw. - wenn das Parken als teilweise Besitzentziehung qualifiziert wird - gemäß § 861 Abs. 1 BGB verpflichtet war. Das unbefugte Abstellen eines Fahrzeugs auf einem Privatgrundstück begründet eine verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 Abs. 1 BGB, für die nicht nur der Fahrer, sondern ebenfalls der Halter des Fahrzeugs verantwortlich ist. Dies gilt auch dann, wenn das Parken an bestimmte Bedingungen - wie hier die Festlegung einer Höchstparkdauer von 90 Minuten - geknüpft ist und diese nicht eingehalten werden [...]. Dass die Grundstücksbesitzerin - auf den Willen der nur im Auftrag handelnden [K] kommt es nicht an - auch im eigenen Interesse tätig geworden ist, schließt ihren Fremdgeschäftsführungswillen nicht aus (sog. „auch fremdes Geschäft“, vgl. BGH, Urteil vom 27. Mai 2009 - VIII ZR 302/07, NJW 2009, 2590 Rn. 18 m.w.N.).“

##### 2. Im Interesse der B

Fraglich ist, ob die Übernahme auch dem Interesse der B entspricht.

„Die Übernahme einer Geschäftsführung liegt dann im Interesse des Geschäftsherrn, wenn sie ihm objektiv vorteilhaft und nützlich ist [...]. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt die Tilgung einer einredefreien Schuld grundsätzlich als vorteilhaft und damit als interessegemäß [...]. Entsprechendes gilt, wenn ein Grundstückseigentümer eine Eigentumsbeeinträchtigung selbst beseitigt. Der Störer wird von der ihm gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB obliegenden Pflicht frei, so dass die Übernahme des Geschäfts auch in seinem objektiven Interesse liegt und er - wenn die weiteren Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen - verpflichtet ist, dem Eigentümer gemäß § 683 BGB die zu der Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen zu erstatten [...]. Der Umstand, dass der Geschäftsherr Aufwendungsersatz schuldet, kann naturgemäß seinem Interesse nicht schon von vornherein und generell entgegenstehen, weil § 683 BGB sonst nie erfüllt wäre [...].“

Unter Beachtung dieser Grundsätze und der hiernach gebotenen objektiven Betrachtung stellt sich die Entfernung des Fahrzeugs für [B] als vorteilhaft dar. Sie ist durch die Umsetzung, zu der die Grundstücksbesitzerin gemäß § 859 Abs. 1 und 3 BGB berechtigt war, von ihrer Verpflichtung gemäß § 862 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. gemäß § 861 Abs. 1 BGB frei geworden. Andere, für [B] kostengünstigere und vorteilhaftere Möglichkeiten, diesen Anspruch zu erfüllen, bestanden nicht. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Grundstücksbesitzerin von [B] die sofortige Beseitigung der Störung verlangen und den Anspruch auch im Wege der Selbsthilfe durchsetzen konnte. Zu einer sofortigen Beseitigung waren jedoch weder [B] noch der Fahrer des Fahrzeugs in der Lage, da sie sich in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Geschäftsübernahme

weder bei dem Fahrzeug befanden noch binnen kurzer Zeit ermittelt werden konnten. Die einzige Möglichkeit, den rechtswidrigen Zustand unmittelbar zu beseitigen, bestand deshalb in dem Umsetzen des Fahrzeugs. Demgegenüber war die Grundstücksbesitzerin nicht verpflichtet, die Störung so lange hinzunehmen, bis der Fahrer das Fahrzeug selbst von dem Parkplatz entfernte oder aber die [B] nach entsprechender Halterermittlung und Unterrichtung über die Störung durch die Grundstücksbesitzerin dies veranlasste. Aus der Sicht eines verständigen, sich rechtstreu verhaltenden Fahrzeughalters entsprach das Abschleppen deshalb seinem Interesse, weil nur auf diese Weise der Beseitigungsanspruch zu der geschuldeten Zeit erfüllt werden konnte.“

Damit liegt das Abschleppen des PKW im Interesse der B.

### 3. Tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille der B

Fraglich ist jedoch ob es auch dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen der B entspricht.

„Dazu, welchen wirklichen Willen die [B] hatte, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Seine Überlegung, der Wille der [B] werde darauf gerichtet gewesen sein, dass der Fahrzeugführer die Besitzstörung beende, ist zum einen spekulativ. Zum anderen besagt sie nichts zu der hier entscheidenden Frage, welchen Willen die [B] für den Fall hatte, dass der Fahrer zu der geschuldeten sofortigen Beseitigung der Besitzstörung nicht in der Lage war.

Da sich hiernach der wirkliche Wille der [B] nicht feststellen lässt, kommt es entscheidend auf ihren mutmaßlichen Willen an. Das ist derjenige Wille, den der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Übernahme geäußert haben würde. Mangels anderer Anhaltspunkte ist als mutmaßlicher Wille der Wille anzusehen, der dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht [...]. Da die Entfernung des Fahrzeuges im objektiven Interesse der [B] lag, war auch ihr mutmaßlicher Willen hierauf gerichtet. Sie wurde durch die Geschäftsführung von ihrer Verpflichtung zur sofortigen Störungsbeseitigung befreit, die nur durch ein Umsetzen des Fahrzeugs bewirkt werden konnte.“

Damit liegen die Voraussetzungen des Anspruchs auf Aufwendungsersatz vor.

### 4. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von EUR 219,50 gemäß §§ 683 S. 1, 670, 398 BGB aus abgetretenem Recht.

## II. Anspruch der K gegen B auf Zahlung von EUR 219,50 (§§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1, 398 BGB)

Grundsätzlich stellt das unberechtigte Parken auf fremden Grundstücken verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB dar. Diese Norm ist auch ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Es fehlt jedoch am für § 823 Abs. 2 BGB erforderlichen Vertretenmüssen der B. Ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB scheidet damit aus

### Hinweise

Abschleppfälle sind immer examensrelevant. Bisher hat der BGH die Ansprüche des im Besitz Gestörten meist über die Anspruchsgrundlage § 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB gelöst (vgl nur BGHZ 181, 223). Das kam im Vorliegenden Fall ersichtlich nicht in Betracht, da B den PKW nicht selbst fehlerhaft geparkt hatte und damit ein Vertretenmüssen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ausscheidet. Wer also „blind“ auf § 823 BGB zusteuert, der schreibt an den eigentlichen Problemen des Falls vorbei.

Anhand dieses Falls lassen sich im Übrigen einige allgemeine Prinzipien wiederholen. Insbesondere was der BGH dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen zuschreibt wirkt zuweilen etwas gekünstelt. Hierzu sollten vor dem Examen einige Entscheidungen durchgearbeitet werden, um ein Gespür dafür zu bekommen, was alles „im Interesse“ des Betroffenen liegt und damit häufig – mangels entgegenstehender Anhaltspunkte – auch seinem mutmaßlichen Willen entsprechen soll.

Dr. Julius Forschner

► Inhaltsverzeichnis

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Außerordentliche Kündigung eines Fitnessstudiovertrags bei Umzug

Urteil vom 04. Mai 2016, Az. XII ZR 62/15

**Allein der Umstand, dass der Kunde eines Fitnessstudios berufsbedingt seinen Wohnort wechselt, vermag eine außerordentliche Kündigung seines Vertrags nicht zu rechtfertigen**

(amtlicher Leitsatz).

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

K ist Betreiber eines Fitnessstudios und verlangt von B das Nutzungsentgelt für die Monate Dezember 2013 – Juli 2014. K und B schlossen im Jahr 2010 einen Vertrag über die Nutzung eines in Hannover gelegenen Fitnessstudios für einen Zeitraum von 24 Monaten (Fitnessstudiovertrag). Sie vereinbarten ein monatliches Nutzungsentgelt von EUR 65,00. Ferner enthält der Vertrag in Ziffer 4 eine Verlängerungsklausel um jeweils zwölf Monate für den Fall, dass er nicht mindestens drei Monate vor Ablauf gekündigt wird. In Ziffer 8 enthält der Vertrag eine Klausel, wonach bei einem Zahlungsverzug von mehr als zwei Monatsraten sämtliche Entgelte für die Restlaufzeit sofort zur Zahlung fällig werden (sog. Vorfälligkeitsklausel). Der Vertrag verlängerte sich mangels Kündigung bis zum 31. Juli 2014.

Im Oktober 2013 wurde der – bis dahin in Hannover lebende – B zum Soldaten auf Zeit ernannt. Er wurde für die Zeit von Oktober bis Dezember 2013 nach Köln und anschließend für die Zeit von Januar bis Mai 2014 nach Kiel abkommandiert. Seit Juni 2014 ist B in Rostock stationiert. Am 5. November 2013 kündigte B seine Mitgliedschaft fristlos aus wichtigem Grund und stellte die Zahlungen an die K ab Dezember 2013 ein.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Zahlung der Mitgliedsbeiträge für den Zeitraum Dezember 2013 bis Juli 2014 in (rechnungsmäßig richtiger) Höhe von insgesamt EUR 489,30?

#### Auszug aus § 46 Abs. 8 TKG:

„Der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten, der mit einem Verbraucher einen Vertrag über öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste geschlossen hat, ist verpflichtet, wenn der Verbraucher seinen Wohnsitz wechselt, die vertraglich geschuldete Leistung an dem neuen Wohnsitz des Verbrauchers ohne Änderung der vereinbarten Vertragslaufzeit und der sonstigen Vertragsinhalte zu erbringen, soweit diese dort angeboten wird. Der Anbieter kann ein angemessenes Entgelt für den durch den Umzug entstandenen Aufwand verlangen, das jedoch nicht höher sein darf als das für die Schaltung eines Neuanschlusses vorgesehene Entgelt. Wird die Leistung am neuen Wohnsitz nicht angeboten, ist der Verbraucher zur Kündigung des Vertrages unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats berechtigt. [...]“

#### B) Die Entscheidung des Senats

##### I. Anspruch auf Zahlung der Mitgliedsbeiträge

##### in Höhe von EUR 489,30 aus dem Fitnessstudiovertrag

Als Anspruchsgrundlage für die Zahlung der Mitgliedsbeiträge kommt hier der Vertrag selbst in Betracht, so dass eine genaue Einordnung des Vertrages als Mietvertrag, Dienstvertrag oder gemischttypischer Vertrag unterbleiben kann, da der Vertrag jedenfalls die Pflicht zur Zahlung vorsieht. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Vertrag nicht wirksam gekündigt wurde. In Betracht kommt die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung gem. § 314 Abs. 1 BGB. Ebenfalls unabhängig von der genauen Einordnung des Fitnessstudiovertrages handelt es sich jedenfalls um ein Dauerschuldverhältnis, so dass § 314 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommt.

##### 1. Wichtiger Grund i.S.d. § 314 Abs. 1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob der Umzug des B einen wichtigen Grund i.S.d. § 314 Abs. 1 BGB darstellt.

„Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die [K] gegen [B] aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Fitnessstudiovertrag einen Anspruch auf Nutzungsentgelt für den hier in Streit stehenden Zeitraum vom [1. Dezember 2013] bis zum 31. Juli 2014 hat, weil der [B] den wirksamen Vertrag [...] nicht zu einem früheren Termin kündigen konnte.“

[...] Unabhängig von der rechtlichen Einordnung eines Fitnessstudiovertrages als Miet-, Dienst- oder typengemischter Vertrag handelt es sich dabei allerdings um ein Dauerschuldverhältnis, bei dem Kunden ein Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zusteht. In den Vorschriften der §§ 626 Abs. 1, 543 Abs. 1 und 314 Abs. 1 BGB kommt der von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass den Vertragsparteien eines Dauerschuldverhältnisses stets ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zusteht [...].

Ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (so etwa § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dabei trägt allerdings der Kunde, der einen längerfristigen Vertrag über die Erbringung einer Leistung abschließt, grundsätzlich das Risiko, diese aufgrund einer Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse nicht mehr nutzen zu können [...]. Etwas anderes gilt nur, wenn ihm aus Gründen, die er nicht beeinflussen kann, eine weitere Inanspruchnahme der Leistungen des anderen Vertragspartners nicht mehr zumutbar

ist [...]. Bei einem Vertrag über die Nutzung eines Fitnessstudios kann ein solcher - nicht in seinen Verantwortungsbereich fallender - Umstand etwa in einer Erkrankung des Kunden gesehen werden. Ebenso kann eine Schwangerschaft die weitere Nutzung bis zum Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit unzumutbar machen; der besondere Schutz des Art. 6 Abs. 4 GG und dessen wertsetzende Bedeutung wirken sich insoweit auch auf die Frage der Zurechenbarkeit des Kündigungsgrundes aus [...].

Ein Wohnortwechsel stellt danach grundsätzlich keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung eines Fitnessstudiovertrags dar [...]. Die Gründe für einen Wohnortwechsel - sei er auch berufsbedingt - liegen in aller Regel allein in der Sphäre des Kunden und sind von ihm - anders als von dem Anbieter der Leistungen - beeinflussbar [...].“

Damit liegt kein wichtiger Grund im Sinne des § 314 Abs. 1 BGB vor.

## 2. Analoge Anwendung des § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG

In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG, der ein Sonderkündigungsrecht für den Fall eines DSL-Vertrages vorsieht, falls die Telekommunikations-Leistung am neuen Wohnort nicht angeboten wird.

„Dem steht auch die Regelung des § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG nicht entgegen. Zwar weist die Revision zutreffend darauf hin, dass der Gesetzgeber als Reaktion auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. November 2010 [...], wonach ein DSL-Vertrag nicht infolge eines Wohnortwechsels außerordentlich kündbar ist, mit § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG ein Sonderkündigungsrecht für den Nutzer unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten geschaffen hat, wenn die Telekommunikations-Leistung am neuen Wohnort nicht angeboten wird [...]. Allerdings hat das Landgericht zu Recht eine analoge Anwendung dieser Norm abgelehnt.“

Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke voraus; zudem muss der zur Beurteilung stehende Sachverhalt mit dem vergleichbar sein, den der Gesetzgeber geregelt hat.

Es fehlt schon an einer planwidrigen Regelungslücke. Wie sich aus den §§ 626 Abs. 1, 543 Abs. 1 BGB und 314 Abs. 1 BGB ergibt, stellt sich die Frage der Kündigung wegen eines Wohnortwechsels nicht nur in Fallkonstellationen der vorliegenden Art, in denen es um eine Lösung von einem Fitnessstudiovertrag geht, sondern bei vielen anderen Dauerschuldverhältnissen, etwa bei einem befristeten Wohnraummiet- oder sonstigen Dienstvertrag. Dass der Gesetzgeber die Problematik des Wohnortwechsels für all diese Fälle übersehen hat und bei entsprechender Kenntnis neben den bereits bestehenden Kündigungsvorschriften für alle entsprechenden BGB-Verträge ein Sonderkündigungsrecht i.S.d. § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG hätte schaffen wollen, ist nicht ersichtlich. Wie sich der Gesetzesbegründung entnehmen lässt, wollte der Gesetzgeber mit dem Sonderkündigungsrecht vielmehr allein den Verbraucherbeschwerden und den damit einhergehenden wettbewerbsmindernden Effekten im Bereich der Telekommunikation Rechnung tragen (BT-Drucks. 17/5707 S. 70).

Für eine Vergleichbarkeit der zu regelnden Sachverhalte reicht es zudem nicht aus, dass bei einem Vertragspartner das gleiche Interesse vorliegt, das der Gesetzgeber in der einen anderen Fall

betreffenden Gesetzesvorschrift schützen wollte. Denn bei einer solchen Betrachtungsweise würden die Interessen der anderen Vertragspartei in ungebührlicher Weise vernachlässigt. Vielmehr muss geprüft werden, ob der Gesetzgeber bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der entsprechend anzuwendenden Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre [...].

An einer solchen Vergleichbarkeit eines Telekommunikationsvertrags mit einem Fitnessstudiovertrag fehlt es schon deshalb, weil Gegenstand des Telekommunikationsvertrags die Daseinsvorsorge ist; der kündigende Vertragspartner ist regelmäßig darauf angewiesen, einen entsprechenden Vertrag abzuschließen, um die heute kaum verzichtbare Möglichkeit des Internets nutzen zu können. Eine damit vergleichbare Bedeutung kann dem Fitnessstudiovertrag nicht beigemessen werden.“

Eine analoge Anwendung des § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG kommt damit nicht in Betracht.

## II. Ergebnis

B steht damit kein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu. Damit besteht der Vertrag bis zum Ende der Vertragslaufzeit fort und K hat einen Anspruch gegen B auf Zahlung von EUR 489,30.

### Hinweise

Mit der Entscheidung verabschiedet der BGH die lange Zeit selbst von Fitnessstudio-Betreibern akzeptierte Praxis, dass ein Wohnsitzwechsel in eine Stadt, in der der Betreiber kein Fitnessstudio betreibt, zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Das kann man so vertreten, für schlüssig halte ich es allerdings nicht. Auch wenn der BGH zutreffend davon ausgeht, dass der Wohnsitzwechsel nicht in der Sphäre des Betreibers liegt, so ist es doch illusorisch, dass der Kunde stets die Möglichkeit habe, den Wohnsitzwechsel frei zu beeinflussen. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass dies oft nur unter Aufgabe beruflicher Möglichkeiten der Fall wäre, was niemand ernsthaft erwarten kann. In so einem Fall die außerordentliche Kündigung des Vertrages gem. § 314 Abs. 1 BGB zuzulassen, stellt einen gerechten Interessenausgleich zwischen Fitnessstudiobetreiber und Kunden dar. Im Übrigen bieten viele Fitnessstudios überhaupt keine Möglichkeit, einen Vertrag ohne Mindestvertragslaufzeit zu schließen. Der Kunde hat also nur die Möglichkeit, die lange Vertragslaufzeit zu akzeptieren, oder eben keinen Vertrag abzuschließen. Nur so kann er das Risiko vermeiden ggf. für eine Leistung bezahlen zu müssen, die er (meist unverschuldet!) nicht in Anspruch nehmen kann. Ob das im Interesse der Fitnessstudio-Betreiber ist, sei dahingestellt.

Die vom BGH angedachte Analogie zu § 46 Abs. 8 S. 3 TKG scheint auf den ersten Blick weit hergeholt. In der Klausur kann eine Thematisierung auch sicherlich nur erwartet werden, wenn die Norm (wie hier) unter dem

Sachverhalt abgedruckt wird. Die Ausführungen des BGH, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt, überzeugen. In der Sache ist allerdings nicht verständlich, warum die Situation in diesen Fällen anders behandelt werden sollte. Der BGH hätte auch ohne Analogie die Möglichkeit gehabt, die Problematik über § 314 Abs. 1 BGB sachgerecht zu lösen.

Dr. *Julius Forschner*

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

### Unmittelbare Benachteiligung wegen Transsexualität

Urteil vom 17.12.2015 – 8 AZR 421/14

Die Transsexualität kann sowohl im Rahmen des in § 1 AGG angeführten Grundes "Geschlecht" als auch des Grundes "sexuelle Identität" im Sinne von § 1 AGG von Bedeutung sein. Dies folgt aus einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 1 AGG. Als transsexuell werden Personen bezeichnet, die sich dem Geschlecht, dem sie aufgrund ihrer äußerlichen, körperlichen Geschlechtsmerkmale zum Zeitpunkt der Geburt zugeordnet wurden, nicht (mehr) zugehörig fühlen, sondern sich mit dem "Gegengeschlecht" identifizieren. Deshalb genügt eine Person, die sich durch eine Benachteiligung in der Transsexualität für beschwert hält, ihrer Darlegungslast gemäß § 22 AGG bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass sie als eine solche Person wahrgenommen und deshalb benachteiligt wurde. In einem solchen Fall ist die Vermutung begründet, dass der Benachteiligte die Transsexualität im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 AGG angenommen hat und diese Annahme mitursächlich für seine Entscheidung war.

#### A) Hintergrund

##### I. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dient im arbeitsrechtlichen Bereich der Umsetzung von EU-Richtlinien, nach denen der Schutz vor Diskriminierung wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft,<sup>1</sup> des Geschlechts, der Religion und Weltanschauung, der Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität<sup>2</sup> zu gewährleisten ist. Das AGG untersagt Benachteiligungen wegen der in § 1 AGG aufgeführten Merkmale, sofern diese nicht ausnahmsweise erlaubt sind. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 S. 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Neben der unmittelbaren Benachteiligung sind in § 3 AGG die mittelbare Benachteiligung, die Belästigung und die sexuelle Belästigung bestimmt. Eine verbotene Diskriminierung liegt bei einer Benachteiligung nur vor, wenn sie nicht gerechtfertigt ist. Besondere Bestimmungen hierzu enthalten die §§ 8 bis 10 AGG. Zulässig ist eine unterschiedliche Behand-

lung nach § 5 AGG, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Als Beispiel kann die Bevorzugung von behinderten Menschen bei der Einstellung dienen.<sup>3</sup>

##### II. Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 AGG ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Das Verschulden des Arbeitgebers wird nach § 15 Abs. 1 S. 2 AGG vermutet. Der Arbeitgeber haftet auch für Benachteiligungen durch seine Arbeitnehmer, die von ihm als Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB eingesetzt werden. Dies sind regelmäßig alle Arbeitnehmer mit Vorgesetztenfunktion, wenn die Benachteiligung in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit den dem Vorgesetzten zugewiesenen Aufgaben steht.<sup>4</sup> Der Anspruch aus § 15 Abs. 1 AGG verdrängt als speziellere Norm andere vertragliche Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB i. V. m. § 7 Abs. 3 AGG, sofern diese allein auf den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gestützt werden.<sup>5</sup>

Nach § 15 Abs. 2 AGG kann der Arbeitnehmer wegen einer Diskriminierung durch den Arbeitgeber einen verschuldensunabhängigen<sup>6</sup> Entschädigungsanspruch geltend machen. Die Höhe der Entschädigung ist einzelfallbezogen festzusetzen. Berücksichtigt werden kann die Schwere des Verstoßes, die Art der Beeinträchtigung oder das Vorliegen eines Wiederholungsfalles.<sup>7</sup> Der Entschädigungsanspruch wegen einer Nichteinstellung erfordert, dass der Bewerber objektiv für die Stelle in Betracht kommt und sich subjektiv ernsthaft bewirbt.<sup>8</sup> Bewerber, die allein das Ziel verfolgen, eine Entschädigung zu erhalten (sogenanntes AGG-Hopping), erhalten deshalb keine Entschädigung.<sup>9</sup>

Bei unterbliebener Einstellung oder Beförderung wird ein Einstellungs- bzw. Beförderungsanspruch durch § 15 Abs. 6 AGG ausgeschlossen.

<sup>1</sup> In *Feryn* hatte ein belgischer Arbeitgeber erklärt, er könne auf Grund der Wünsche seiner Kunden nur einheimische Arbeitnehmer einstellen, EuGH Urteil vom 10.07.2008 – C-54/07, NZA 2008, 929.

<sup>2</sup> In *Accept* ging es um den aus den Medien bekannten Fall eines prominenten Vertreters eines rumänischen Fußballvereins, der in einem Interview erklärte, er werde unter keinen Umständen einen homosexuellen Spieler verpflichten, EuGH Urteil vom 25.04.2013 – C-81/12, NZA 2013, 891.

<sup>3</sup> *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, 20. Auflage 2016, AGG IV.

<sup>4</sup> BAG Urteil vom 16.05.2007 – 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154; BAG Urteil vom 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223.

<sup>5</sup> BAG Urteil vom 21.06.2012 – 8 AZR 188/11, NJW 2013, 555.

<sup>6</sup> BAG Urteil vom 22.01.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945.

<sup>7</sup> BAG Urteil vom 18.03.2010 – 8 AZR 1044/08, NZA 2010, 1129.

<sup>8</sup> BAG Urteil vom 12.11.1998 – 8 AZR 365/97, NZA 1999, 371; BAG Urteil vom 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383.

<sup>9</sup> *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, 20. Auflage 2016, AGG V.

### 3. Geltendmachung der Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche

Die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche müssen fristgerecht innerhalb einer zweistufigen Frist geltend gemacht und eingeklagt werden. Nach § 15 Abs. 4 AGG besteht regelmäßig eine Frist von zwei Monaten zur schriftlichen<sup>10</sup> Geltendmachung der Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG gegenüber dem Arbeitgeber. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder einer Beförderung mit dem Zugang der Ablehnung und in sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Darüber hinaus muss nach § 61 b Abs. 1 ArbGG eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden.

### III. Beweislastregel des § 22 AGG

Neben der Einordnung der Transsexualität in die Merkmale § 1 AGG behandelt das Urteil des BAG vom 17.12.2015 vor allem die Beweislastregel des § 22 AGG:

"Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat."

#### B) Sachverhalt (vereinfacht)

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte Arbeitgeber verpflichtet ist, an die Klägerin eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zu zahlen. Die Klägerin bewarb sich auf eine Stelle als Kommissioniererin. Zur persönlichen Vorstellung wurde ein Termin mit dem Logistikleiter vereinbart. Als der Logistikleiter beim Vorstellungsgespräch auf die Klägerin traf, nahm er diese zunächst nicht als Frau wahr. Der Logistikleiter wies darauf hin, dass ihm eine Frau zum Gespräch angekündigt worden sei. Die weiteren Einzelheiten des Vorstellungstermins sind zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin behauptet, der Logistikleiter habe ihre geschlechtliche Identität angezweifelt. Der Logistikleiter habe sie zu Beginn des Gesprächs wortlos angesehen und dann nicht nur einmal, sondern zweimal gesagt, ihm sei doch eine Frau angekündigt worden. Der Logistikleiter habe schließlich noch hinter die Tür geschaut und so getan, als suche er dort eine Frau. Auf Nachfrage wurde der Klägerin später jedenfalls mitgeteilt, dass sich der Logistikleiter für eine andere Bewerberin entschieden habe.

Das Arbeitsgericht Mainz (Urteil vom 05.09.2013 – 3 Ca 234/13) hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin vor dem Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz (Urteil vom 09.04.2014 – 7 Sa 501/13) blieb im Gegensatz zur Revision erfolglos. Der Rechtsstreit wurde zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

<sup>10</sup> Ausreichend ist die Textform, BAG Urteil vom 19.08.2010 – 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412.

<sup>11</sup> Näher zur Beweislast in Diskriminierungsprozessen: Stein, NZA 2016, 849 ff.

### C) Entscheidungsgründe

Das BAG ist der Ansicht, die Klage hätte nicht mit der vom LAG gegebenen Begründung abgewiesen werden dürfen.

Das LAG hatte angenommen, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG. Die Klägerin sei nicht wegen ihrer Transsexualität benachteiligt worden. Das Vorbringen der Klägerin lasse nicht den Schluss zu, die behauptete Transsexualität sei für die Nichteinstellung ursächlich gewesen. Allein die Suche des Logistikleiters nach einer ihm angekündigten Frau lasse nicht darauf schließen, dass er die Klägerin als transsexuell angesehen habe und bei dieser Annahme nach dem Hinweis der Klägerin, dass sie die angekündigte Frau sei, auch geblieben sei. Die Klägerin habe auch nicht behauptet, ihre Transsexualität sei für den Logistikleiter offensichtlich gewesen oder von diesem angenommen worden.

Dies hält nach Ansicht des BAG einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

"Entgegen der Annahme des LAG musste die Kl. nicht "behaupten", für Herrn P sei ihre Transsexualität offensichtlich gewesen oder von diesem angenommen worden. Die Kl. musste nach § 22 AGG vielmehr nur Indizien vortragen und im Bestreitensfall beweisen, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, sie sei von Herrn P als transsexueller Mensch wahrgenommen und deshalb benachteiligt worden."

Die Klägerin habe Umstände vorgetragen, die nicht von Vornherein ungeeignet waren, jedenfalls in einer Gesamtschau die Vermutung zu begründen, der Logistikleiter habe sie nicht ihrem Geschlecht zugehörig und damit als transsexuell wahrgenommen und sie deshalb benachteiligt. Zu § 22 führt das BAG aus:

"Für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen sieht § 22 AGG eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz von Benachteiligungen vorgelegen hat. Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist."

Dies gelte auch im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen von § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG, also bezogen auf die Frage, ob der Benachteiligende das Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bei der Benachteiligung nur angenommen hat. Bestehe die Vermutung einer Benachteiligung, trage die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gelte jedoch das Beweismaß des sogenannten Vollbeweises. Der Arbeitgeber müsse demnach Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.

Transsexualität könne im Übrigen sowohl im Rahmen des in § 1 AGG angeführten Grundes "Geschlecht" als auch des Grundes "sexuelle Identität" i.S.v. § 1 AGG von Bedeutung sein. Dem stehe nicht entgegen, dass der nationale Gesetzgeber die Transsexualität nicht dem Grund "Geschlecht", sondern dem Grund "sexuelle Identität" zugeordnet habe. Ausweislich der Gesetzesbegründung würden von der sexuellen Identität homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen erfasst. Demgegenüber kenne das Unionsrecht den Begriff der sexuellen Identität nicht, sondern spreche in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2000/78/EG von der "sexuellen Ausrichtung" und ordne die Transsexualität dem Begriff "Geschlecht" zu. In rechtskonformer Auslegung des § 1 AGG werde die Transsexualität demnach sowohl vom Grund "Geschlecht" als auch vom Grund "sexuelle Identität" umfasst.

Als transsexuell würden Personen bezeichnet, die sich dem Geschlecht, dem sie aufgrund ihrer äußerlichen körperlichen Geschlechtsmerkmale zum Zeitpunkt der Geburt zugeordnet wurden, nicht mehr zugehörig fühlten, sondern sich mit dem "Gegengeschlecht" identifizierten. Eine Person, die sich durch eine Benachteiligung wegen der Transsexualität für beschwert halte, genüge ihrer Darlegungslast gemäß § 22 AGG bereits dann, wenn sie Indizien vortrage, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass sie als eine solche Person wahrgenommen und deshalb benachteiligt wurde. In einem solchen Fall sei die Vermutung begründet, dass der Benachteiligende die Transsexualität i.S.v. § 7 Abs. 1 Halbs. 2 AGG angenommen hat und diese Annahme mitursächlich für seine Entscheidung war.

#### **D) Schlussbemerkungen**

Die Entscheidung zeigt deutlich die Auswirkungen der Beweiserleichterung des § 22 AGG. Der genaue Hergang des Vorstellungsgesprächs war zwischen den Parteien streitig. Der Vortrag der Klägerin reichte aus, um die Vermutung zu begründen, der Logistikleiter habe die Klägerin nicht ihrem Geschlecht zugehörig und damit als transsexuell wahrgenommen und sie deshalb benachteiligt. Dabei spricht das BAG über die von der Klägerin vorgetragene Umstände als solche, "die nicht von vornherein ungeeignet waren" diese Vermutung zu begründen. Es ist nachvollziehbar, dass bei einem unvorbereiteten Aufeinandertreffen mit einer Person, die nicht das äußere Erscheinungsbild ihres angekündigten Geschlechts aufweist, ein verwirrender Moment entstehen kann. Umso mehr müssen Arbeitgeber und deren Erfüllungsgehilfen bedacht mit einer solchen Situation umgehen.

**Dr. Markus Meißner**

Rechtsanwalt  
CMS Hasche Sigle, Stuttgart

► **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](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

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

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Landgericht Stuttgart

### Örtliche Zuständigkeit bei verleumderischen Veröffentlichungen im Internet

Beschluss vom 15. Januar 2014, Az. – 18 Qs 71/13

1. Bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt kann die örtliche Zuständigkeit nicht über eine Anknüpfung an den Erfolgsort gem. § 9 I Var. 3 StGB begründet werden.

2. Wenn eine Norm als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt eingeordnet wird, ist die Begründung der örtlichen Zuständigkeit eines Gerichts auf Grund einer erfolgsorientierten Gefährdung nur möglich, wenn sich die Gefahr in dem Gerichtsbezirk dieses Gerichts konkretisiert hat.

(Leitsätze der Bearbeiterin)

#### A) Sachverhalt (leicht gekürzt)

Die Angeschuldigte F befand sich zunächst in Untersuchungshaft und einige Zeit später in Strafhaft. Weder die Untersuchungshaft, noch die Strafhaft wurden in Stuttgart vollzogen. Auch der Wohnort der Angeschuldigten zwischen Untersuchungshaft und Strafhaft lag nicht in Stuttgart. „Mit dem Strafbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft Stuttgart [...] wird ihr nunmehr zur Last gelegt, sie habe sich entschlossen, über [...] M [...] zur Verächtlichmachung von Justizbediensteten im Internet ihre Haftbedingungen unzutreffend als diskriminierend darzustellen.“ M, der sich zum Zeitpunkt der Veröffentlichungen ebenfalls nicht in Stuttgart aufhielt, „[...] habe dann [...] in einem jihadistischen Internetforum mehrere Beiträge veröffentlicht, in denen der Wahrheit zuwider die angeblichen Haftbedingungen der Angeschuldigten F [...] angeprangert worden seien. Durch einen im Strafbefehlsantrag näher dargelegten Internetbeitrag [...] seien die mit der Angeschuldigten befassten Vollzugsbediensteten [...] in ihrer Ehre verletzt worden, durch einen weiteren näher ausgeführten Beitrag [...] drei konkret benannte Vorführbeamte des Bundeskriminalamts und ebenfalls die mit der Angeschuldigten befassten Vollzugsbediensteten der Justizvollzugsanstalten [...]. Aufgrund der [...] in das Internet eingestellten Beiträge sei es - so die Sachverhaltsschilderung des Strafbefehlsantrags - zu wütenden und teilweise heftigen Reaktionen von Internetbenutzern gekommen. Die Staatsanwaltschaft Stuttgart wertet die Vorwürfe im Strafbefehlsantrag rechtlich als zwei Vergehen der mittäterschaftlich begangenen Verleumdung gemäß §§ 187, 194, 25 Abs. 2, 53 StGB.“

#### B) Prozessgeschichte

Das AG Stuttgart hatte sich durch Beschluss „zum Erlass des von der Staatsanwaltschaft Stuttgart [...] beantragten Strafbefehls für örtlich unzuständig erklärt“. Die gegen diesen Beschluss gerichtete „Beschwerde der Staatsanwaltschaft wird als unbegründet verworfen.“

#### C) Die Entscheidung der Kammer

Die Strafkammer stellt fest, dass in „Stuttgart [...] für die Angeschuldigte weder der Gerichtsstand des Wohnorts noch der des Tatorts gemäß § 7 StPO i.V.m. § 9 StGB begründet“ ist. Sie führt aus, dass der zum Tatbestand gehörende Erfolg des § 9 I StGB nicht mit dem Merkmal „Erfolg“ der allgemeinen Tatbestandslehre identisch sein muss (I.), dass es bei abstrakten Gefährdungsdelikten keinen Erfolgsort gibt (II.) und warum es sich bei § 187 StGB nicht um ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt handelt (III.). Die Strafkammer weist schließlich darauf hin, dass selbst wenn die Norm als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt eingeordnet würde, die Begründung der örtlichen Zuständigkeit auf Grund einer erfolgsorientierten Gefährdung die Konkretisierung der Gefahr im jeweiligen Gerichtsbezirk voraussetzt (IV.).

#### I. Begriff des „Erfolges“ i. S. d. § 9 I StGB

„Allerdings ist die Frage der Begründung der örtlichen Zuständigkeit bei Internetdelikten über eine Anknüpfung an den Erfolgsort gemäß § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB insgesamt und je nach Deliktstypologie sehr umstritten (vgl. dazu u.a. Eser in Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage, § 9 Rz. 7 ff.; Fischer, StGB, 60. Auflage, § 9 Rz. 5 ff.; Hilgendorf, „Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet“, NJW 1997, 1873 ff.). Das gilt auch deshalb, weil im Grundsatz Einigkeit darüber besteht, dass der zum Tatbestand gehörende Erfolg des § 9 Abs. 1 StGB nicht identisch sein muss mit dem Merkmal „Erfolg“ der allgemeinen Tatbestandslehre. So gehören dazu beispielsweise auch objektive Bedingungen der Strafbarkeit.“

#### Hinweis

Eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist gegeben, wenn von deren Vorliegen die Strafbarkeit abhängt, sich jedoch weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit auf die Bedingung beziehen müssen (Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 8 Rn. 15).

#### II. Erfolgsort bei abstrakten Gefährdungsdelikten

„Unter anderem, um bei aus dem Ausland begangenen Taten eine unangemessene Allzuständigkeit des deutschen Strafrechts zu vermeiden, wird aber mit unterschiedlichen Kriterien versucht, § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB für Internetdelikte einschränkend auszulegen. Es entspricht dabei herrschender Meinung, dass es bei abstrakten Gefährdungsdelikten keinen Erfolgsort im Sinne der Vorschrift gibt (vgl. nur Karlsruher Kommentar-Scheuten, StPO, 6. Auflage Rz. 2; Eser in Schönke/Schröder, a.a.O., § 9 Rz. 7a; Fischer, a.a.O., § 9 Rz. 4; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufla-

ge, Rz. 4 und - ausdrücklich zu "Übler Nachrede" und "Verleumdung" - Hilgendorf in Leipziger Kommentar zur StPO, 12. Auflage, vor § 185 Rz. 39, § 186 Rz. 10).“

#### Hinweis

Abstrakte Gefährdungsdelikte sind typischerweise Tätigkeitsdelikte, bei denen der Eintritt der Gefahr kein Tatbestandsmerkmal ist und die allein deshalb mit Strafe bedroht sind, weil bestimmte Verhaltensweisen erfahrungsgemäß für bestimmte Rechtsgüter allgemein gefährlich sind (Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 10 Rn. 11).

### III. Deliktsnatur des § 187 StGB

„Bei § 187 StGB handelt es sich auch nach Auffassung der Kammer im Grundsatz um ein abstraktes Gefährdungsdelikt (so auch BGH, Urteil vom 04.03.1981 -StR 641/80 -, zit. nach juris).

Allenfalls könnte man die Frage aufwerfen, ob nicht die (konkrete) Eignung der behaupteten Tatsache zum Verächtlichmachen des Betroffenen im Einzelfall genügt, um dennoch einen Tatort zu begründen (so ausdrücklich das Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 24.05.2004 - 1 Ss 344/03 -, zit. nach juris, im Fall einer Verleumdung in - allerdings bereits zugegangenen - Telefaxschreiben). Die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme im Internet ist aber nicht hinreichend konkret in diesem Sinne. Die sehr weitgehende Entscheidung BGHSt 46, 212 ff., die es für den Tatbestand der Volksverhetzung, begangen durch die sogenannte "Auschwitzlüge", für § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB genügen lässt, dass eine Eignung zur Friedensstörung aufgrund der Abrufbarkeit der Nachricht aus dem Internet besteht, dürfte mit den Begründungselementen, die ausdrücklich auf die deutsche Vergangenheit Bezug nehmen, eher normspezifisch zu verstehen sein. Die Tatbestände der §§ 186, 187 StGB sind mit § 130 Abs. 1 und Abs. 3 StGB nicht vergleichbar.“

#### Hinweis

In der Entscheidung des BGH, auf die sich die Strafkammer bezieht, wird § 130 I, III StGB als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt eingeordnet (BGHSt 46, 212 (218)). Ein solches sei bei der Bestimmung des Erfolgsortes mit einem konkreten Gefährdungsdelikt vergleichbar (BGHSt 46, 212 (221)). Der Erfolgsort liege deshalb überall dort, wo die jeweilige Tat ihren tatbestands-spezifischen Erfolg entfalten kann (BGHSt 46, 212 (221)). Bei § 130 I, III StGB komme als tatbestandsmäßiger Erfolg die konkrete Eignung der Äußerung zur Friedensstörung in Deutschland in Betracht (BGHSt 46, 212 (221)). Dazu ausführlich Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, § 3 Rn. 12 und Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht, 2009, Rn. 81.

Es überzeugt, dass die Strafkammer diese Konstruktion nicht auf den § 187 StGB überträgt, da die Argumentation in BGHSt 46, 212 speziell auf den Tatbestand des § 130 StGB ausgerichtet ist.

### IV. Zuständigkeit bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten

„Selbst wenn man die Verleumdung als abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte verstehen würde, käme die Begründung eines Gerichtsstands in Stuttgart aufgrund einer erfolgsorientierten Gefährdung nur in Betracht, wenn sich die Gefahr im dortigen Gerichtsbezirk bereits konkretisiert hätte (so wohl Eser in Schönke/Schröder, a.a.O., § 9 Rz. 7a). Das ist nicht ersichtlich, daher besteht dort kein Erfolgsort. Handlungsort war auch aus Sicht der Kammer [...] Berlin und - soweit den Internetveröffentlichungen die Korrespondenz zwischen der Angeschuldigten und M [...] im Zeitraum zwischen der Untersuchungshaft und der Straftat zugrunde liegt“ ebenfalls nicht Stuttgart.

#### Abschließende Hinweise

Die bislang wenig beachtete Entscheidung mag nicht jüngsten Datums sein, die behandelte Thematik ist deshalb jedoch nicht weniger aktuell.

Die Entscheidung macht deutlich, dass zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten differenziert werden muss (vgl. zur Einordnung in die jeweilige Deliktskategorie Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 10 Rn. 10 ff.). Nur bei konkreten Gefährdungsdelikten begründet der Eintritt der Gefahr einen Erfolg i. S. d. § 9 I Var. 3 StGB (Heger, in: Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 9 Rn. 2; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 10 Rn. 10 f.). Bei abstrakten Gefährdungsdelikten muss hingegen grds. auf den Handlungsort gem. § 9 I Var. 1 StGB abgestellt werden. Bei der Einordnung eines Delikts als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt ist Zurückhaltung geboten, da die Argumentation in BGHSt 46, 212 speziell auf den Tatbestand des § 130 StGB ausgerichtet ist.

Abschließend soll noch die Überlegung angestellt werden, wann im konkreten Fall die örtliche Zuständigkeit in Stuttgart begründet gewesen wäre. Die Gerichtsstände des Wohnsitzes bzw. Aufenthaltsortes gem. § 8 StPO und des Ergreifungsortes gem. § 9 StPO kommen dafür im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Eine örtliche Zuständigkeit in Stuttgart kann daher nur über § 7 StPO i. V. m. § 9 StGB begründet werden. Wie oben bereits ausgeführt, kommen dafür gem. § 9 I StGB grds. sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort in Betracht. Da es sich nach Ansicht des LG Stuttgart bei § 187 StGB jedoch um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt (so auch Regge/Pegel, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. 2012, § 187 Rn. 2 und Sinn, in: SSW, Strafgesetzbuch-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 187 Rn. 2), muss die örtliche Zuständigkeit über den Handlungsort begründet werden. Im Falle der Mittäterschaft ist dies jeder Ort, an dem auch nur ein Mittäter gehandelt hat (Ellbogen, in: MüKo/StPO, 2014, § 7 Rn. 5). Wenn einer der Mittäter die Tathandlung in Stuttgart vorgenommen hätte, wäre der Gerichtsstand in Stuttgart begründet.

Vertiefend zu dem Problemkreis des Begehungsortes von Äußerungsdelikten im Internet etwa *Busching*, MMR 2015, 295, *Cornils*, JZ 1999, 394, *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, § 3 Rn. 9 ff. und *Gercke/Brunst*, Praxishandbuch Internetstrafrecht, 2009, Rn. 81.

### ***Caprice Doerbeck***

Akademische Mitarbeiterin

Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht

(Prof. Dr. Jörg Kinzig)

#### ► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Oberlandesgericht Hamm

### Zur Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB

Beschluss vom 23. Februar 2016, Az. III-4 RVs 15/16

Dass der bei einem Diebstahl entwendete Gegenstand tatsächlich geringwertig i.S.v. § 243 Abs. 2 StGB war, schließt allerdings die Anwendung von § 243 Abs. 1 StGB noch nicht aus. Dieser kann auch dann Anwendung finden, wenn sich der Vorsatz des Täters auf nicht geringwertige Sachen bezog.

(amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

Dem diesbezüglich knappen Revisionsurteil lässt sich zum Sachverhalt entnehmen, dass es jedenfalls um einen Angeklagten geht, der eine Serie von (naheliegenderweise Einbruchs-) Diebstählen verwirklichte, bei denen er jeweils (nach dem Eindringen in den umschlossenen Raum, etwa die Räume einer Physiotherapiepraxis) einen geringwertigen Gegenstand (wie ein Porzellanei im Wert von 10 Euro) entwendete (oder das angefochtene Urteil den Wert des von seiner Beschaffenheit her möglicherweise geringwertigen Gegenstandes nicht mitteilte).

#### B) Problemstellung

Angaben dazu, ob sich der Vorsatz des Täters zunächst auf wertvollere Sachen bezog, sind im angefochtenen Urteil nicht enthalten.

Für den Senat stellte sich die Frage, ob § 243 Abs. 2 StGB eingreift, was dazu führte, dass das Landgericht den Strafraumen nicht aus § 243 Abs. 1 StGB hätte entnehmen dürfen.

#### C) Die Entscheidung des Senats

Auf die Revision des Angeklagten hob der Senat das Urteil teilweise auf und verwies die Sache insoweit zurück.

Der Senat kritisiert, er könne „nicht überprüfen, ob das Landgericht zu Recht den Strafraumen des Diebstahls in einem besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 StGB [...] zu Grunde gelegt hat, denn nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil kommt in Betracht, dass die Anwendung eines besonders schweren Falles jeweils nach § 243 Abs. 2 StGB ausscheidet, weil sich die Taten womöglich auf geringwertige Sachen bezogen haben“.

So handelt es sich bei den entwendeten Gegenständen wie dem Porzellanei „um eine geringwertige Sache, für die der Grenzwert bei 25 Euro liegt (BGH, Beschl. v. 09.07.2004 - 2 StR 176/04 = BeckRS 2004, 07428).

Dass der objektive Wert des tatsächlich entwendeten Gegenstands unter dieser Grenze lag, schließt allerdings die Anwendung von § 243 Abs. 1 StGB noch nicht aus. Dieser kann auch dann Anwendung finden, wenn sich der Vorsatz des Täters auf wertvollere Sachen bezog (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 243

Rdn. 26 m.w.N.). Dies liegt zwar bei einem Einbruch in eine Physiotherapiepraxis wegen des dort zu erwartenden Bargelds, Computern nebst Zubehör etc. äußerst nahe, ist aber so nicht festgestellt worden“.

#### Hinweise

1. Die (auch praktische) Relevanz von § 243 Abs. 2 StGB ist nicht zu unterschätzen. Ausgeschlossen ist danach in den Fällen des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 6 StGB die Annahme eines besonders schweren Falles (ob die Bejahung eines unbenannten besonders schweren Falles ebenso ausgeschlossen ist, ist umstritten; Pro: ratio legis; Contra: so nicht vom Wortlaut vorgesehen, auch nicht durch die korrigierte Fassung des 6. StrRG). Die (u.a. und bei Vorliegen von Haftgründen oftmals Untersuchungshaft rechtfertigende) Strafschärfung (Mindeststrafe 3 Monate) greift nicht. Bezieht sich die Tat möglicherweise auf eine geringwertige Sache, muss sich daher das Tatgericht damit auseinandersetzen und den Wert der Sache mitteilen (Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 243 Rn. 24 m.N.).

2. Der (objektive) Verkehrswert der Sache ist entscheidend für die Beurteilung der Geringwertigkeit (Satzger, JURA 2012, 786 (792)). Es werden als Grenze zwischen geringwertig und nicht (mehr) geringwertig Summen von 25 Euro, 30 Euro und 50 Euro genannt, wobei – worauf auch der Senat verweist – der BGH sie bei 25 Euro zieht (Nachw. bei ▶Majer/Ernst, JSE 2016, 58 (60) Fn. 46 ff.).

3. Nach § 243 Abs. 2 StGB muss sich die Tat auf eine geringwertige Sache beziehen, das Tatobjekt muss objektiv und nach der subjektiven Vorstellung des Täters geringwertig sein (h.M., Eisele, JuS 2016, 564 (565); Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 243 Rn. 26 je m.w.N.). Folglich ist danach kein Raum für § 243 Abs. 2 StGB, wenn die Sache objektiv nicht geringwertig ist oder der Täter subjektiv von einer nicht geringwertigen Sache ausgeht.

Klausurrelevanz erlangen insbesondere Fälle eines sog. **Vorsatzwechsels** (zunächst, etwa im Zeitpunkt des Eindringens in den umschlossenen Raum, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB, bezog sich der Tätersvorsatz auf eine geringwertige Sache, dann nahm er doch eine nicht geringwertige Sache weg – oder andersherum).

Entscheidende Voraussetzung des § 243 Abs. 2 StGB ist, dass der Tätersvorsatz von Versuchsbeginn bis Vollen-

dung einzig auf eine geringwertige Sache gerichtet ist (h.M. *Eisele*, JuS 2016, 564 (566); *Ernst*, JURA 2014, 536 (539)). Denn § 243 Abs. 2 StGB („die Tat“) verweist auf die Diebstahlstat, also auf die Phase zwischen Versuch und Vollendung des § 242 StGB. Der Diebstahlsvorsatz ist weit gefasst und kann während der Tat verändert werden.

a) Wollte der Täter zunächst, im o.g. Zeitpunkt, nur eine geringwertige Sache wegnehmen, entschied sich dann jedoch zugunsten einer nicht geringwertigen um, entfällt demnach nach h.M. die Anwendbarkeit des § 243 Abs. 2 StGB. Dagegen wird vorgebracht, dass das Regelbeispiel so rückwirkend angewendet würde. Es sei lediglich nach § 242 StGB zu bestrafen (etwa *Hoyer*, in: SK/StGB, 47. Lfg., § 243 Rn. 53). Indessen ist der Handlungsunwert nur bis zum Vorsatzwechsel verringert. § 243 Abs. 2 StGB setzt einen „bagatellarischen Erfolgswert“ voraus, welcher nicht vorliegt, nimmt der Täter im Widerspruch zu seinem ursprünglichen Entschluss eine nicht geringwertige Sache weg (*Ernst*, JURA 2014, 536 (539) m.N.).

b) Auch im umgekehrten Fall (zuerst will er im o.g. Zeitpunkt eine nicht geringwertige Sache wegnehmen, entscheidet sich dann aber doch für eine geringwertige), greift § 242 Abs. 2 StGB danach ebenfalls nicht ein (*Eisele*, JuS 2016, 564 (566)).

c) In beiden Konstellationen – es liegt jeweils eine einheitliche Tat vor – gelangt man so zu einem (vollendeten) Diebstahl in einem besonders schweren Fall an der weggenommenen Sache (im Beispiel nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB).

d) Anders mag der Fall zu würdigen sein, wenn der Diebstahlsvorsatz endgültig aufgegeben wird und ihm ein neuer Entschluss zum Diebstahl in Bezug auf eine andere Sache folgt, also dem ersten Geschehen nach einer echten Zäsur ein zweites, als neue Tat anzusehendes folgt.

4. Die Prüfungsreihenfolge kann klausurtaktischen Erwägungen geschuldet sein. Tatsächlich ergibt sie sich aus dem Wesen der Klausel des § 243 Abs. 2 StGB. Wird § 243 Abs. 2 StGB als „negativ formulierte Voraussetzung für einen Erschwerungsgrund nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 6 StGB verstanden, ist zunächst § 243 Abs. 2 StGB und dann § 243 Abs. 1 StGB zu erörtern. Fasst man § 243 Abs. 2 StGB dagegen als „eine Art Gegenindikation“, die die besondere Schwere des Falles beseitigt, auf, ist zunächst auf die Regelbeispiele und danach auf die Geringwertigkeitsklausel einzugehen (hierzu je m.w.N. *Ernst*, JURA 2014, 536 (540)).

Zur Vertiefung: *Kudlich/Noltensmeier/ Schuhr*, JA 2010, 342 ff.

## Guido Philipp Ernst

Staatsanwalt  
Lehrbeauftragter  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

### ► Inhaltsverzeichnis

## RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Vereinbarkeit der Ermittlungsbefugnisse des BKA zur Terrorismusbekämpfung mit der Verfassung

Urteil vom 20. April 2016, Az. 1 BvR 966/09

1. a) Die Ermächtigung des Bundeskriminalamts zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen (Wohnraumüberwachungen, Online-Durchsuchungen, Telekommunikationsüberwachungen, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebungen und Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung) ist zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus im Grundsatz mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar.

b) Die Ausgestaltung solcher Befugnisse muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Befugnisse, die tief in das Privatleben hineinreichen, müssen auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein, setzen voraus, dass eine Gefährdung dieser Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar ist, dürfen sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nicht-verantwortliche Dritte aus dem Umfeld der Zielperson erstrecken, verlangen überwiegend besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie einen Schutz von Berufsgeheimnisträgern, unterliegen Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle und müssen mit Löschungspflichten bezüglich der erhobenen Daten flankiert sein.

2. Anforderungen an die Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten richten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung.

a) Die Reichweite der Zweckbindung richtet sich nach der jeweiligen Ermächtigung für die Datenerhebung; die Datenerhebung bezieht ihren Zweck zunächst aus dem jeweiligen Ermittlungsverfahren.

b) Der Gesetzgeber kann eine Datennutzung über das für die Datenerhebung maßgebende Verfahren hinaus im Rahmen der ursprünglichen Zwecke dieser Daten erlauben (weitere Nutzung). Dies setzt voraus, dass es sich um eine Verwendung der Daten durch dieselbe Behörde zur Wahrnehmung derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter handelt.

Für Daten aus Wohnraumüberwachungen oder einem Zugriff auf informationstechnische Systeme müssen zusätzlich für jede weitere Nutzung auch die für die Daten-

erhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sein.

c) Der Gesetzgeber kann darüber hinaus eine Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (Zweckänderung).

Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen für eine solche Zweckänderung orientieren sich am Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung. Danach muss die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dienen, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten. Eine konkretisierte Gefahrenlage wie bei der Datenerhebung ist demgegenüber grundsätzlich nicht erneut zu verlangen; erforderlich aber auch ausreichend ist in der Regel das Vorliegen eines konkreten Ermittlungsansatzes. Für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen darf die Verwendung zu einem geänderten Zweck allerdings nur erlaubt werden, wenn auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sind.

3. Die Übermittlung von Daten an staatliche Stellen im Ausland unterliegt den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen von Zweckänderung und Zweckbindung. Bei der Beurteilung der neuen Verwendung ist die Eigenständigkeit der anderen Rechtsordnung zu achten. Eine Übermittlung von Daten ins Ausland verlangt eine Vergewisserung darüber, dass ein hinreichend rechtsstaatlicher Umgang mit den Daten im Empfängerstaat zu erwarten ist.

(amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt

Die Verfassungsbeschwerden richten sich gegen Regelungen des Bundeskriminalamtgesetzes (im Folgenden: BKAG), die als Unterabschnitt 3a durch das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008 mit Wirkung zum 1. Januar 2009 eingefügt wurden. Der Bundesgesetzgeber hat so auf der Grundlage des hierfür im Jahre 2006 neu geschaffenen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG dem Bundeskriminalamt über die bisherigen Aufgaben der Strafverfolgung hinaus die bis dahin

allein den Ländern vorbehaltene Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus übertragen. Gegenstand der Verfassungsbeschwerden ist daneben eine bereits zuvor bestehende Regelung des BKAG zur Übermittlung von Daten ins Ausland, die durch die Aufgabenerweiterung ein weiteres Anwendungsfeld erhält.

Die Verfassungsbeschwerden wenden sich zum einen gegen die Einräumung verschiedener Ermittlungsbefugnisse. Angegriffen ist die Ermächtigung zur Befragung von Personen gemäß § 20c BKAG sowie zum Einsatz von besonderen Mitteln der Datenerhebung außerhalb von Wohnungen gemäß § 20g Abs. 1 bis 3 BKAG, wozu insbesondere das geheime Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes, die Erstellung von Bildaufnahmen, die Anbringung von Peilsendern und der Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern gehören. Weiter richten sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Befugnis zur Durchführung optischer und akustischer Wohnraumüberwachungen gemäß § 20h BKAG, zur Rasterfahndung gemäß § 20j BKAG, zu Zugriffen auf informationstechnische Systeme gemäß § 20k BKAG, zur Überwachung der laufenden Telekommunikation gemäß § 20l BKAG sowie zur Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten gemäß § 20m Abs. 1, 3 BKAG. Angegriffen sind insoweit auch § 20u BKAG, der den Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen regelt, sowie § 20w BKAG, der die Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Personen nach Abschluss der Überwachungsmaßnahme anordnet.

Zum anderen wenden sich die Verfassungsbeschwerden gegen Regelungen zur Datennutzung. Dies betrifft zunächst die Regelung zur Nutzung der nach dem Unterabschnitt 3a des Gesetzes erhobenen Daten gemäß § 20v Abs. 4 Satz 2 BKAG durch die Behörde selbst. Zur Prüfung gestellt sind des Weiteren die Befugnisse gemäß § 20v Abs. 5 BKAG - mit Ausnahme des Satzes 3 Nr. 2 - zur Übermittlung dieser Daten an andere öffentliche Stellen im Inland. Schließlich richten sich die Angriffe auch gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 und Satz 2, Abs. 7 BKAG, der allgemein die Übermittlung von Daten an ausländische Stellen erlaubt. Nicht Gegenstand des Verfahrens ist demgegenüber § 14a BKAG, der daneben eine spezielle Befugnis zur Übermittlung personenbezogener Daten an Mitgliedstaaten der Europäischen Union begründet.

Die Beschwerdeführer im Verfahren 1 BvR 966/09 sind Rechtsanwälte, Journalisten, ein Arzt und ein Diplom-Psychologe, von denen die meisten in der Menschenrechtspolitik aktiv sind. Die Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen im Verfahren 1 BvR 1140/09 sind - als Privatpersonen auftretende - ehemalige und gegenwärtige Abgeordnete des Deutschen Bundestags, die sich gleichfalls in der Menschenrechtspolitik engagieren und teilweise auch als Rechtsanwalt oder Arzt tätig sind. Sie rügen der Sache nach die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 10, Art. 12, Art. 13, zum Teil auch in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 3 GG.

## B) Die Entscheidung des Senats

A. Die Verfassungsbeschwerden sind begründet, soweit der beanstandete Akt der öffentlichen Gewalt die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Ein Grundrecht ist verletzt, wenn dasjenige Verhalten,

an dem sich die Beschwerdeführer durch das Gesetz gehindert sehen, in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, das Gesetz in dieses Grundrecht eingreift und dieser Eingriff nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

I. Es kommt zunächst eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht.

1. Eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG setzt zunächst voraus, dass der Schutzbereich eröffnet ist. Gemäß Art. 2 Abs. 1 GG hat „jeder“ das „Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Für die Beschwerdeführer als natürliche Personen ist somit der persönliche Schutzbereich eröffnet. Dabei erfasst das aus Art. 2 Abs. 1 GG und aus der in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Menschenwürde abzuleitende „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen. Ferner gewährleisten diese Vorschriften das „Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“. In sachlicher Hinsicht handelt es sich bei den streitgegenständlichen Paragraphen um Überwachungsbefugnisse (so u.a. nach § 20g BKAG: Observation, Bild- und Tonaufzeichnungen, Verfolgung mit Peilsendern oder der Einsatz von V-Leuten), welche auch die Erfassung von sensiblen Daten des Einzelnen betreffen. Der Schutzbereich ist in persönlicher sowie sachlicher Hinsicht eröffnet.

2. Es muss ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Ungeachtet der Frage, ob man insoweit auch mittelbare, rein faktisch stattfindende Eingriffe zu erfassen beabsichtigt, ist in den angegriffenen Paragraphen des BKAG, mit denen den Beschwerdeführern die Duldung bestimmter staatlicher Überwachungsmaßnahmen aufgegeben wird, eine Befugnis zu erblicken, welche staatlicherseits zielgerichtet mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Betroffenen geht. Darin liegt in jedem Fall ein „klassischer“ Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG.

3. Dieser Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kann indes verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dafür wäre zunächst vorausgesetzt, dass der in dem Beschwerdegegenstand zu erblickende Eingriff auf eine taugliche „Schranke“ zurückzuführen ist. In Art. 2 Abs. 1 GG aE ist eine „Schrankentrias“ normiert, die die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und die Sittengesetze erfasst. Da die Rechte anderer und Sittengesetze letztlich in der verfassungsmäßigen Ordnung aufgehen, ist maßgebliche Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG die verfassungsmäßige Ordnung. Mögliche Schranke des letztlich unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehenden Allgemeinen Persönlichkeitsrecht sind somit alle formell und materiell verfassungsgemäßen Normen, so dass es nunmehr auf die Frage ankommt, ob sich die angegriffenen Vorschriften als verfassungskonform erweisen. Einzig problematisch ist insoweit die materielle Verfassungsgemäßheit der Regelungen. Dazu das BVerfG:

(Rn. 90ff.): *„Die angegriffenen Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse ermächtigen zu Grundrechtseingriffen, die in Abhängigkeit von dem jeweils betroffenen Grundrecht und dem ver-*

schiedenen Eingriffsgewicht je einzeln am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und am Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messen sind. Ihnen gemeinsam ist allerdings, dass die danach möglichen Eingriffe überwiegend schwer wiegen, mit dem Zweck der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus aber ein legitimes Ziel verfolgen und hierfür auch geeignet und erforderlich sind. [...] Begrenzungen ergeben sich maßgeblich aus den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Danach müssen die Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse mit Blick auf das Eingriffsgewicht **angemessen** ausgestaltet sein. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, einen Ausgleich zwischen der Schwere der mit den hier zur Prüfung stehenden Eingriffen in die Grundrechte potentiell Betroffener auf der einen Seite und der Pflicht des Staates zum Schutz der Grundrechte auf der anderen Seite zu schaffen.

Bei der Prüfung der Angemessenheit der angegriffenen Vorschriften ist zudem zu beachten, dass es sich nicht um Normen handelt, die in ihrer Eingriffswirkung mit großer Streubreite gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen. Es geht vielmehr ganz überwiegend um Bestimmungen, die die Sicherheitsbehörden einzelfallbezogen in den Stand setzen sollen, schwerwiegende Gefahren für Rechtsgüter von Verfassungsrang abzuwehren und Straftaten von großem Gewicht zu verhüten.

Dabei ist die Entscheidung über die Erhebung der Daten im Blick auf die Gefahren, die vom internationalen Terrorismus ausgehen, auch für den Informationsaustausch zwischen den innerstaatlichen Stellen und die möglichst effektive Zusammenarbeit mit den Sicherheitsbehörden anderer Staaten von besonderer Bedeutung. Ein funktionierender Informationsaustausch setzt im Interesse des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes der Menschen eine Übermittlung von im Inland erhobenen Erkenntnissen voraus und ist im Gegenzug auf Unterrichtungen durch ausländische Stellen angewiesen. [...]

Für tief in die Privatsphäre eingreifende Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse, wie sie ganz überwiegend hier in Frage stehen, hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne übergreifende Anforderungen abgeleitet. Diese betreffen spezifisch breitenwirksame Grundrechtsgefährdungspotenziale, insbesondere solche der elektronischen Datenverarbeitung [...], ebenso wie einzelfallbezogene Maßnahmen gegen Betroffene, die in den Fokus der handelnden Behörden geraten sind [...]

1. Heimliche Überwachungsmaßnahmen, sofern sie, wie die meisten der hier in Rede stehenden Maßnahmen, tief in die Privatsphäre eingreifen, sind mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Sie setzen grundsätzlich voraus, dass der Adressat der Maßnahme in die mögliche Rechtsgutverletzung aus Sicht eines verständigen Dritten den objektiven Umständen nach verfangen ist. Eine vorwiegend auf den Intuitionen der Sicherheitsbehörden beruhende bloße Möglichkeit weiterführender Erkenntnisse genügt zur Durchführung solcher Maßnahmen nicht [...]. Die Verfassung setzt so der Absenkung der Eingriffsschwellen für Maßnahmen der Straftatenverhütung, die heimlich durchgeführt werden und tief in die Privatsphäre hineinreichen können, deutli-

che Grenzen; für weniger tief in die Privatsphäre eingreifende Maßnahmen reichen die verfassungsrechtlich zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten zur Straftatenverhütung demgegenüber weiter. Bei der näheren Ausgestaltung der Einzelbefugnisse kommt es für deren Angemessenheit wie für die zu fordernde Bestimmtheit maßgeblich auf das Gewicht des jeweils normierten Eingriffs an. Je tiefer Überwachungsmaßnahmen in das Privatleben hineinreichen und berechtigte Vertraulichkeitserwartungen überwinden, desto strenger sind die Anforderungen. Besonders tief in die Privatsphäre dringen die Wohnraumüberwachung sowie der Zugriff auf informationstechnische Systeme.

a) Heimliche Überwachungsmaßnahmen müssen auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein.

Für Maßnahmen, die der Strafverfolgung dienen und damit repressiven Charakter haben, kommt es auf das Gewicht der verfolgten Straftaten an, die der Gesetzgeber insoweit in - jeweils näher bestimmte - erhebliche, schwere und besonders schwere Straftaten eingeteilt hat. [...] Für Maßnahmen, die der Gefahrenabwehr dienen und damit präventiven Charakter haben, kommt es unmittelbar auf das Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter an [...]

b) Die Erhebung von Daten durch heimliche Überwachungsmaßnahmen mit hoher Eingriffsintensität ist im Bereich der Gefahrenabwehr zum Schutz der genannten Rechtsgüter grundsätzlich nur verhältnismäßig, wenn eine Gefährdung dieser Rechtsgüter im Einzelfall hinreichend konkret absehbar ist und der Adressat der Maßnahmen aus Sicht eines verständigen Dritten den objektiven Umständen nach in sie verfangen ist [...].

Auch diese Anforderungen hängen im Einzelnen zunächst von Art und Gewicht des Eingriffs ab. Für die besonders tief in die Privatsphäre eindringenden Eingriffe der Wohnraumüberwachung verlangt Art. 13 Abs. 4 GG eine dringende Gefahr. Der Begriff der dringenden Gefahr nimmt dabei nicht nur im Sinne des qualifizierten Rechtsgüterschutzes auf das Ausmaß, sondern auch auf die Wahrscheinlichkeit eines Schadens Bezug [...].

Im Übrigen müssen die Anforderungen an eine hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage hinsichtlich der genannten Rechtsgüter im Verhältnis zur Belastung des Betroffenen bestimmt werden. Verfassungsrechtlich ausreichend sind hierfür zunächst die Anforderungen zur Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren gegenüber polizeipflichtigen Personen nach den Maßgaben des allgemeinen Sicherheitsrechts für die hier relevanten Schutzgüter. [...]

In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.

Dagegen wird dem Gewicht eines Eingriffs durch heimliche polizeirechtliche Überwachungsmaßnahmen nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn der tatsächliche Eingriffsanlass noch weiter in das Vorfeld einer in ihren Konturen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird. Eine Anknüpfung der Einschreitschwelle an das Vorfeldstadium ist verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen. [...] Nicht ausreichend für solche Maßnahmen ist insoweit etwa allein die Erkenntnis, dass sich eine Person zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis hingezogen fühlt.

Auf der Ebene der Datenerhebung ist bei verletzungsgeneigten Maßnahmen durch eine vorgelagerte Prüfung sicherzustellen, dass die Erfassung von kernbereichsrelevanten Situationen oder Gesprächen jedenfalls insoweit ausgeschlossen ist, als sich diese mit praktisch zu bewältigendem Aufwand im Vorfeld vermeiden lässt [...]. Für Gespräche mit Personen höchstpersönlichen Vertrauens kann unter Umständen, die typischerweise auf eine vertrauliche Situation hinweisen, die Vermutung geboten sein, dass sie dem Kernbereichsschutz unterfallen und nicht überwacht werden dürfen [...]. Eine solche Vermutung darf der Gesetzgeber als widerleglich ausgestalten und dabei insbesondere darauf abstellen, ob im Einzelfall Anhaltspunkte bestehen, dass in dem Gespräch Straftaten besprochen werden. Demgegenüber reicht es zur Widerlegung der Höchstvertraulichkeit eines Gespräches nicht, dass neben höchstpersönlichen Fragen auch Alltägliches zur Sprache kommen wird [...]. In jedem Fall ist der Abbruch der Maßnahme vorzusehen, wenn erkennbar wird, dass eine Überwachung in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eindringt [...] Unberührt bleibt auch die Möglichkeit des Gesetzgebers, die notwendigen Regelungen zu treffen, um den Ermittlungsbehörden für Ausnahmefälle bei Gefahr im Verzug auch kurzfristig erste Handlungsmöglichkeiten einzuräumen. [...]

2. Übergreifende Anforderungen ergeben sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Die hier ganz überwiegend in Rede stehenden eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen, bei denen damit zu rechnen ist, dass sie auch höchstprivate Informationen erfassen, und gegenüber den Betroffenen heimlich durchgeführt werden, bedürfen grundsätzlich einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer richterlichen Anordnung. Dies gilt für Maßnahmen der Wohnraumüberwachung bereits gemäß Art. 13 Abs. 3 und 4 GG und folgt im Übrigen unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

3. Neben den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen ergeben sich aus den jeweiligen Grundrechten in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG für die Durchführung von besonders eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen besondere Anforderungen an den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Der verfassungsrechtliche Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewährleistet dem Individuum einen Bereich höchstpersönlicher Privatheit gegenüber Überwachung. Er wurzelt in den von den jeweiligen Überwachungsmaßnahmen betroffenen Grundrechten in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und sichert einen dem Staat nicht verfügbaren Menschenwürdekern grundrechtlichen Schut-

zes gegenüber solchen Maßnahmen. Selbst überragende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen.

4. Eigene verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich hinsichtlich des Zusammenwirkens der verschiedenen Überwachungsmaßnahmen. Mit der Menschenwürde unvereinbar ist es, wenn eine Überwachung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil werden können [...]. Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener Ermittlungsmethoden müssen die Sicherheitsbehörden mit Rücksicht auf das dem „additiven“ Grundrechtseingriff inwohnende Gefährdungspotenzial koordinierend darauf Bedacht nehmen, dass das Ausmaß der Überwachung insgesamt beschränkt bleibt [...]. Die aus dem Gebot der Zweckbindung folgenden Grenzen für einen Austausch von Daten zwischen den Behörden bleiben hierdurch unberührt [...].

5. Eigene verfassungsrechtliche Grenzen heimlicher Überwachungsmaßnahmen können sich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gegenüber bestimmten Berufs- und anderen Personengruppen ergeben, deren Tätigkeit von Verfassungs wegen eine besondere Vertraulichkeit voraussetzt. Der Gesetzgeber muss gewährleisten, dass die Behörden bei der Anordnung und Durchführung von Überwachungsmaßnahmen solche Grenzen beachten.“

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die angegriffenen Vorschriften zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen (Wohnraumüberwachungen, Online-Durchsuchungen, Telekommunikationsüberwachungen, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebungen und Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung) ermächtigen, was zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus im Grundsatz mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar ist. Die Ausgestaltung solcher Befugnisse muss indes dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Befugnisse, die tief in das Privatleben hineinreichen, müssen auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein, setzen voraus, dass eine Gefährdung dieser Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar ist, dürfen sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte aus dem Umfeld der Zielperson erstrecken, verlangen überwiegend besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie einen Schutz von Berufsgeheimnisträgern, unterliegen Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle und müssen mit Löschungspflichten bezüglich der erhobenen Daten flankiert sein. Zu den in Rede stehenden Vorschriften des BKAG führt das BVerfG im Einzelnen aus:

(Rn. 145ff.): „Die angegriffenen polizeirechtlichen Überwachungsbefugnisse genügen den vorstehend dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen hinsichtlich ihrer jeweiligen Eingriffsvoraussetzungen in verschiedener Hinsicht nicht.

1. Nur teilweise mit der Verfassung vereinbar ist § 20g Abs. 1 bis 3 BKAG [...]

3. Verfassungsrechtlich unbedenklich ist die Regelung der Eingriffsvoraussetzungen der Rasterfahndung gemäß § 20j BKAG.

Die Regelung begründet einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Sie ist hinsichtlich ihrer Eingriffsvoraussetzungen aber hinreichend bestimmt und verhältnismäßig ausgestaltet, so dass der Eingriff gerechtfertigt ist. Insbesondere wird die Rasterfahndung für den Schutz von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern erlaubt [...] und setzt gemäß § 20j Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 20a Abs. 2 BKAG eine konkrete Gefahr voraus. Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist insoweit auch das Regelbeispiel in § 20j Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz BKAG, mit dem der Gesetzgeber die geforderte Gefahrenlage exemplarisch konkretisiert. [...]. Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die Regelung verhältnismäßig ausgestaltet, insbesondere verlangt sie die Anordnung durch einen Richter. (...) § 20k BKAG ist bei verfassungskonformer Auslegung hinsichtlich seiner allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen mit der Verfassung vereinbar. Nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen demgegenüber die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. [...] Es fehlt an flankierenden Regelungen, ohne die die Verhältnismäßigkeit dieser Eingriffe nicht gewahrt ist.“

Sind aber die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Eingriffe nur teilweise gewahrt, scheidet im Übrigen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung aus. Soweit die angegriffenen Vorschriften dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht genügen, verletzen diese das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG.

II. Des Weiteren verletzen die angegriffenen Datenerhebungsbefugnisse die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht auf Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses aus Art. 10 Abs. 1 GG sowie dem Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG). In der Gesamtschau fehlt es allen genannten Maßnahmen zudem an begleitenden Regeln zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit. Dazu das BVerfG:

(Rn. 149ff.): „ 5. Nur teilweise mit der Verfassung zu vereinbaren ist § 20l BKAG.

a) § 20l BKAG regelt die Telekommunikationsüberwachung und begründet damit Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG. An Art. 10 Abs. 1 GG ist dabei nicht nur § 20l Abs. 1 BKAG zu messen, der die herkömmliche Telekommunikationsüberwachung regelt, sondern auch § 20l Abs. 2 BKAG, der die Quellen-Telekommunikationsüberwachung erlaubt, sofern durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation erfasst wird. Zwar setzt diese technisch einen Zugriff auf das entsprechende informationstechnische System voraus. Jedoch erlaubt § 20l Abs. 2 BKAG ausschließlich Überwachungen, die sich auf den laufenden Telekommunikationsvorgang beschränken. Die Vorschrift hat damit lediglich die Aufgabe, den technischen Entwicklungen der Informationstechnik zu folgen und - ohne Zugriff auf weitere inhaltliche Informationen des informationstechnischen Systems - eine Telekommunikationsüberwachung auch dort zu ermöglichen, wo dies mittels der alten Überwachungstechnik nicht mehr möglich ist. Von daher ist sie nicht am Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und

Integrität informationstechnischer Systeme, sondern an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen [...].

Eine Überwachung der Telekommunikation begründet Eingriffe, die schwer wiegen [...]. Sie sind jedoch zur Abwehr des internationalen Terrorismus gerechtfertigt [...], sofern die Eingriffsgrundlagen im Einzelnen verhältnismäßig begrenzt sind. Dies ist durch § 20l BKAG nur teilweise sichergestellt.

6. § 20m Abs. 1, 3 BKAG teilt, soweit er sich mit § 20l BKAG deckt, dessen verfassungsrechtliche Mängel und ist insoweit auch seinerseits verfassungswidrig. Darüber hinaus ist die Vorschrift mit der Verfassung vereinbar.

a) § 20m Abs. 1, 3 BKAG, der die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten erlaubt, begründet einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis gemäß Art. 10 Abs. 1 GG. Dieses schützt nicht nur die Inhalte der Kommunikation, sondern auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs, zu denen insbesondere gehört, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist [...]. Ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG durch Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten wiegt, auch wenn hierdurch nicht unmittelbar der Inhalt der Kommunikation erfasst wird, schwer [...]. Er kann bei verhältnismäßiger Ausgestaltung zur Terrorismusabwehr jedoch gerechtfertigt sein. Wie bei § 20l BKAG ist dies auch hier nicht in jeder Hinsicht der Fall.

III. Weiterhin sind die Bestimmungen zur weiteren Datenverwendung durch das BKA selbst verfassungswidrig, soweit sie die Ausnahmeregel für Daten aus Wohnraum- und IT-Überwachung nicht berücksichtigen. Ebenfalls verfassungswidrig ist ferner eine Regel, die die Datenverwendung durch das BKA im Rahmen von Zeugen- und Personenschutz ohne jegliche Einschränkung vorsieht. Dazu das BVerfG:

(Rn. 275ff.): „Soweit sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Befugnisse zur weiteren Nutzung der Daten und zu ihrer Übermittlung an inländische und ausländische Behörden richten, greifen die Rügen gleichfalls in verschiedener Hinsicht durch.

Die Anforderungen an die weitere Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten richten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung [...].

Erlaubt der Gesetzgeber die Nutzung von Daten über den konkreten Anlass und rechtfertigenden Grund einer Datenerhebung hinaus, muss er hierfür eine eigene Rechtsgrundlage schaffen [...]. Er kann insoweit zum einen eine weitere Nutzung der Daten im Rahmen der für die Datenerhebung maßgeblichen Zwecke vorsehen; stellt er sicher, dass die weitere Nutzung der Daten den näheren verfassungsrechtlichen Anforderungen der Zweckbindung genügt, ist eine solche Regelung verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig (1). Er kann zum anderen aber auch eine Zweckänderung erlauben; als Ermächtigung zu einer Datennutzung für neue Zwecke unterliegt sie spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen (2). (...) Ausgehend von den vorstehenden Maßstäben genügt § 20v Abs. 4 Satz 2 BKAG, der die Verwendung der vom Bundeskriminalamt erhobenen Daten durch dieses selbst regelt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Die Vorschrift ist verfassungswidrig.

1. Die in § 20v Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BKAG allein zur Wahrnehmung der Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus geregelte Datennutzung ist zwar im Grundsatz mit verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar; es fehlt jedoch an einer hinreichenden Begrenzung für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen. [...]. § 20v Abs. 5 BKAG, der die Übermittlung von Daten an andere Behörden regelt, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen bezüglich verschiedener Regelungen nicht.

4. Hinsichtlich aller Übermittlungsbefugnisse fehlt es übergreifend schließlich an gesetzlichen Regelungen, die eine hinreichende aufsichtliche Kontrolle sicherstellen. Die für die Datenerhebung geltenden Anforderungen an eine sachhaltige Protokollierung und eine effektive Kontrolle durch die Bundesdatenschutzbeauftragte gelten auch hier [...].“

IV. Überdies genügt § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3, S. 2 BKAG – der die Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten regelt – in Teilen gleichfalls nicht verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dazu führt das BVerfG aus:

(Rn. 323ff.): „1. Die Übermittlung von personenbezogenen Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten ist, wie die Übermittlung an innerstaatliche Stellen auch, eine Zweckänderung. Sie ist insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen jeweils an den Grundrechten zu messen, in die bei der Datenerhebung eingegriffen wurde [...]. Für die Übermittlung ins Ausland gelten aber auch mit Blick auf die Achtung fremder Rechtsordnungen und -anschauungen eigene verfassungsrechtliche Bedingungen.“

V. Gemessen an den vorstehenden Erwägungen des BVerfG sind die in Rede stehenden Befugnisse auf den Schutz gewichtiger Rechtsgüter zu begrenzen und erweisen sich nur in den Fällen als verfassungsmäßig, in denen eine Gefährdung dieser Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar ist. Demnach sind die Regeln zur Überwachung außerhalb von Wohnungen nach § 20g BKAG, zur optischen und akustischen Wohnraumüberwachung nach § 20h BKAG, zum Eindringen in Rechner, Handys und sonstige „informationstechnische Systeme“ nach § 20k BKAG sowie zur Erfassung laufender Kommunikation und Telekommunikationsverkehrsdaten nach §§ 20l und m BKAG in ihrer derzeitigen Form verfassungswidrig. Weiterhin zu beanstanden ist die Übermittlung von Daten an andere Behörden im Inland, sofern diese unabhängig von einem konkreten Ermittlungsansatz erfolgt. Insbesondere die Übermittlung von Daten zum Zweck der Strafverfolgung ist als verfassungswidrig zu werten, da sie den vom BVerfG entwickelten Einschränkungen nicht hinreichend Rechnung trägt. Auch die Befugnisse zur Datenübermittlung an die Verfassungsschutzbehörden, den Militärischen Abschirmdienst und den Bundesnachrichtendienst erweisen sich als unverhältnismäßig. Ferner sind die Regeln zur Datenübertragung ins Ausland teilweise verfassungswidrig.

B. Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig, jedoch nur teilweise begründet. Die Verfassungsbeschwerden haben daher nur in Teilen Erfolg.

### C) Anmerkung

Die aufbereitete Entscheidung des BVerfG ist nicht nur von enormem Umfang, sondern auch inhaltlich überaus komplex. Die mittels der Verfassungsbeschwerden angegriffenen Befugnisse ermächtigen das BKA im Rahmen der Gefahrenabwehr und Straftatenverhütung zur heimlichen Erhebung personenbezogener Daten und begründen insbesondere Eingriffe in die Grundrechte der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG), des Telekommunikationsgeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) und der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG). Dabei müssen die eingeräumten Befugnisse dort, wo sie tief in die Privatsphäre des Einzelnen eingreifen, übergreifenden Anforderungen – folgend aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Ausfluss aus Art. 20 Abs. 3 GG) – an ihre Ausgestaltung unterliegen. Letztlich gelingt es dem BVerfG dabei mit seiner Wertung einen sorgsam und bedachten Ausgleich zwischen der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus und den im Grundgesetz garantierten Rechten herzustellen. Gerade aus dieser notwendigen Abwägung heraus erklären sich die differenzierten Vorgaben des BVerfG zur Zulässigkeit der Überwachungsmaßnahmen. Insofern hat das BVerfG aus Sicht der Bearbeiter eine richtige Entscheidung getroffen, wenn es für Befugnisse, die typischerweise dazu führen können in den strikt geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung einzudringen, den Bedarf besonderer Schutzregelungen fordert. Nicht nur deshalb lohnt es sich, zumindest die wesentlichen Aussagen des BVerfG nachzuvollziehen, das mit dieser Grundsatzentscheidung die Anforderungen an den Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen und Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten konkretisiert. Darüber hinaus eignet sich dieses – in der Öffentlichkeit viel beachtete – Urteil durchaus als Vorlage für öffentlich-rechtliche Klausuren im Ersten Examen und sollte den Kandidaten daher bekannt sein.

### Finn Mengler

Repetitor für Strafrecht und Strafprozessrecht  
KissAkademie

### Lorenz Bode

Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug  
(Prof. Dr. Dr. h. c. Jörg-Martin Jehle)

### ► Inhaltsverzeichnis

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Pius Dolzer  
 StA Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 RA Dr. Andreas Lohbeck  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Schriftleiter)*  
 RA Dr. Paul Popescu  
 Gabriel Schmidt  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Amela Schön  
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Philipp Trautmann  
 Betül Turgan  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

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

6. Jahrgang (2016)

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: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>  
 E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto: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

- 2/2016** | *Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst* | Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
- 1/2016** | *Torsten Noak* | Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
- 4/2015** | *Sascha Brüggemann* | Anonymität im Internet
- 3/2015** | *Patrick Christian Otto* | Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
- 3/2015** | *Christian F. Majer* | Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
- 2/2015** | *Simon Pschorr* | Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
- 2/2015** | *Arne Pautsch* | Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
- 1/2015** | *Christian Picker* | Das neue Mindestlohngesetz
- 4/2014** | *Caprice Nina Doerbeck* | Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
- 4/2014** | *Sascha Brüggemann* | Datenkrake NSA
- 3/2014** | *Alexander Bechtel* | Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
- 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 Rechtsanwälte
- 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

<b>1/2012</b>   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
<b>1/2012</b>   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
<b>1/2011</b>   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
<b>1/2011</b>   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

▶ [www.zeitschrift-jse.de](http://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](mailto: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