



### HERAUSGEBER

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

### Vereinsvorstand:

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

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
StA Dr. Ralf Dietrich  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
Prof. Dr. Volker Haas  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)  
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. Dominik Skauradzun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Prof. Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRÄGE

*Michael Hippeli*  
Smart Contracts

*Friederike Meurer*  
Arbeitsrecht in Zeiten von Corona

### KLAUSUREN

*Christian F. Majer/Nathalie Nina Fischer*  
Zivilrecht: „Unkraut, Insekten und widerspenstige Mieter“

*Michael Hippeli*  
Strafrecht: „Whoah! We’re going to Ibiza“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*  
Anspruch auf Herausgabe des überbauten Teils  
bei Grenzüberbau

*BGH*  
Gesellschafterausschluss bei nicht vollständig  
erbrachter Einlage

*BGH*  
Unterbringung in der Entziehungsanstalt  
neben Freiheitsstrafe

*BGH*  
Heimtückisches Handeln nach vorangegangener  
körperlicher Auseinandersetzung mit dem Tatopfer

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

### Beiträge

**Michael Hippeli**

Smart Contracts

Seite ▶ 90

**Friederike Meurer**

Arbeitsrecht in Zeiten von Corona

Seite ▶ 95

### Klausuren

**Christian F. Majer/Nathalie Nina Fischer**

Examensübungsklausur Zivilrecht:

„Unkraut, Insekten und widerspenstige Mieter“

Seite ▶ 103

**Michael Hippeli**

Fortgeschrittenenklausur Strafrecht:

„Whoah! We're going to Ibiza“

Seite ▶ 111

### Rechtsprechung Zivilrecht

**BGH**

Anspruch auf Herausgabe des überbauten Teils  
bei Grenzüberbau

Urteil vom 10.07.2020 (*Christian F. Majer*)

Seite ▶ 122

**BGH**

Gesellschafterausschluss bei nicht vollständig erbrachter Einlage

Urteil vom 04.08.2020 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 124

### Rechtsprechung Strafrecht

**BGH**

Unterbringung in der Entziehungsanstalt neben Freiheitsstrafe

Urteil vom 05.02.2020 (*Caprice Doerbeck*)

Seite ▶ 131

**BGH**

Heimtückisches Handeln nach vorangegangener körperlicher  
Auseinandersetzung mit dem Tatopfer

Beschluss vom 23.07.2020 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 135

---

## EDITORIAL

---

Die weiterhin anhaltende Pandemie und der mit ihr zunächst einhergehende Lockdown hat uns allen plastisch vor Augen geführt, wie sehr die Bundesrepublik über die Jahre im Bereich der Digitalisierung ins Hintertreffen geraten ist. Während beispielsweise digitale Lernplattformen und kabellose Internetzugänge in anderen Ländern seit Jahren zur Standardausstattung selbst kleinster Schulen gehören, arbeitet man sich hierzulande an der Frage ab, wie man einen Raum lüftet, dessen Fenster sich nicht öffnen lassen. Dabei hätte der Verzicht auf Präsenzlehre und zwingende körperliche Anwesenheit am Arbeitsplatz – neudeutsch „Homeschooling“ und „Homeoffice“ – den Lockdown für viele Schüler und Arbeitnehmer weit weniger einschneidend gestalten können, als diese letztlich ausfielen. Auch wenn sie freilich in vielen Fällen kein adäquater Ersatz gewesen wären. Bei den Lehren, die letztlich aus der Krise gezogen werden, sollten also neben gesundheitspolitischen Fragen vor allem auch jene der Digitalisierung im Vordergrund stehen.

Ganz in diesem Sinne befasst sich der erste **Beitrag** in dieser Ausgabe mit Rechtsfragen der Beendigung und Rückabwicklung von sog. „Smart Contracts“ (HIPPELI) und der zweite thematisiert das „Arbeitsrecht in Zeiten von Corona“ (MEURER).

Die **zivilrechtliche Klausur** in dieser Ausgabe ist sodann vornehmlich an Examenskandidaten gerichtet. Unter dem Titel „Unkraut, Insekten und Widerspenstige Mieter“ bereiten MAJER und FISCHER einige Rechtsfragen des Sachen- und Deliktsrechts didaktisch auf und widmen sich in einem zweiten Teil sodann einigen Grundfragen der zivilrechtlichen Zwangsvollstreckung.

Die **Klausur** aus dem **Strafrecht** ist demgegenüber an Studierende der Fortgeschrittenenübung gerichtet. In „Whoah! We’re going to Ibiza“ befasst sich HIPPELI mit der strafrechtlichen Aufarbeitung des österreichischen Ibiza-Skandals, wobei Fragen Bestechung und Bestechlichkeit sowie Untreue, Datendelikte und eine Strafbarkeit nach dem Parteiengesetz abgehandelt werden.

Aus dem Bereich der aktuellen **Rechtsprechung** ist zunächst das **Zivilrecht** von Bedeutung. Hier hatte der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes die Frage zu entscheiden, ob der vollständige Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück bei einem zu duldenen Überbau „nur“ dazu führt, dass die Duldungspflicht des Nachbarn entfällt oder ob auch die eigentumsrechtliche Zuordnung des auf dem Nachbargrundstück befindlichen Gebäudeteils zum Stammgrundstück unverändert bleibt (MAJER). In einer Gesellschaftsrechtlichen Entscheidung des II. Zivilsenates ging es sodann darum, ob der Gesellschafter einer GmbH, obwohl er seine bereits fällig gestellte Einlage noch nicht vollständig erbracht hat, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, ohne dass zugleich mit dem Ausschluss ein Beschluss über die Verwertung seines Geschäftsanteils gefasst werden muss (FOLLNER).

Im **Strafrecht** hatte zunächst der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofes darüber zu befinden, nach welcher Vorschrift sich die Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe richtet, wenn das Tatgericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnet und eine zeitige Freiheitsstrafe von über drei Jahren verhängt (DOERBECK). Ebenfalls der 3. Strafsenat war sodann zur Entscheidung darüber berufen, wie es sich auf die Annahme der Arglosigkeit des Opfers im Rahmen eines Heimtückemordes auswirkt, wenn Opfer und Täter unmittelbar vor den Tötungshandlungen bereits eine physische Auseinandersetzung geführt haben und ob heimtückisches Handeln ausnahmsweise auch dann angenommen werden kann, wenn die erste Angriffshandlung nur mit Körperverletzungsvorsatz geführt wurde, der Täter die so geschaffene Überraschungslage aber bewusst zur Vornahme der nachfolgenden Tötungshandlungen ausnutzt (BECHTEL).

Prof. Dr. Christian F. Majer  
Schriftleiter

Sascha Sebastian, M.mel.  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

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

### Smart Contracts

#### Rechtsfragen der Beendigung und Rückabwicklung

#### Gliederung

##### Abstract

##### A) Einführung

##### B) Was sind nun Smart Contracts?

##### C) Beispiele für Smart Contracts im Alltag

##### D) Allgemeine Folgerungen

##### E) Grundlegendes zu Beendigung und Rückabwicklung

##### F) Details zu Beendigung und Rück-abwicklung

##### G) Fazit

##### Abstract

Seit 2016 häufen sich Veröffentlichungen zu Smart Contracts. Dabei geht es vor allem um das Verhältnis zum Vertragsrecht sowie das Zustandekommen und die Durchsetzung von Smart Contracts. Rechtsfragen der Beendigung und Rückabwicklung von Smart Contracts werden dagegen bislang kaum und dann auch nur randständig diskutiert. Insoweit will der vorliegende Beitrag Abhilfe schaffen.

##### A) Einführung

Smart Contracts stellen ein Phänomen dar: Fast jeder hat schon einmal diesen Begriff gehört, nur wenige (etwa juristische oder ökonomische) Experten vermögen aber ohne weiteres zu erklären, was ein Smart Contract ist. Die Annäherung erfolgt seitens Nicht-Experten meist über den Wortlaut als Bestandteil des juristischen Auslegungskanons. Danach ist ein Contract aus dem Englischen übersetzt ein Vertrag, Smart bedeutet dagegen in der Übersetzung so viel wie geschickt, elegant, fesch, gewitzt, pfiffig, schlau, klug oder gewieft. Sind Smart Contracts also nur besonders pfiffige Verträge?

Eingebettet werden können Smart Contracts jedenfalls in den allgemeinen Digitalisierungstrend.<sup>1</sup> Im Bereich Wirtschaft und Recht ist dabei neben Smart Contracts zumeist die Rede von Blockchain, ICO, Token, Kryptowährungen wie Bitcoins, Ether oder Libra sowie Legal Tech. Zunächst einmal gilt es, hier ein Zusammenhangsverständnis herzustellen.

Blockchain<sup>2</sup> ist dabei die Technologie, welche u.a. regelmäßig hinter Smart Contracts steckt. Sie wird vom Weltwirtschaftsforum als eine der sechs weitweiten Megatrends verortet, über die bis 2025 ca. 10 % des weltweiten Bruttoinlandsprodukts generiert werden könnte.<sup>3</sup> Vereinfacht ausgedrückt geht es dabei um eine dezentrale Datenbank, die sich aus hintereinander geschalteten Datenblöcken zusammensetzt, die wie in einer Kette aneinandergereiht sind und distributiv im Netzwerk gespeichert werden.<sup>4</sup> Mit einer Blockchain können sämtliche Daten verwaltet werden, so dass nicht nur Vermögenswerte, sondern auch Computerprogramme und Register autonom und aufgrund der gegebenen Dezentralität weitestgehend fälschungssicher verwaltbar sind.<sup>5</sup>

ICO (Initial Coin Offering) meint ein Modell der Projektfinanzierung, bei der Einheiten (Token oder Coins) einer virtuellen Währung verkauft werden. Dies bzw. genauer gesagt das öffentliche Angebot hiervon ist in Deutschland ggf. erlaubnis- und prospektpflichtig, was im Einzelfall aber bis dato immer noch recht schwer zu beurteilen ist.<sup>6</sup> Konkret steht hier aber eine klare Regulierung unmittelbar bevor, was im Übrigen zugleich die Einführung von elektronischen Wertpapieren mit sich bringen dürfte.<sup>7</sup> Kryptowährungen sind virtuelle Ersatzwährungen, mit der auch die Tokens bzw. Coins bezahlt werden. Sie benötigen eine Blockchain, um die Währung einerseits erst zu generieren, andererseits um auch einzelne Transaktionen zu dokumentieren.<sup>8</sup> Dennoch werden Kryptowährungen nach hM. bis dato noch nicht als Geld eingestuft.<sup>9</sup> Auch Kryptowährungen sind in

---

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Autors an der Frankfurt University of Applied Sciences.

<sup>1</sup> Vgl. den aktuellen Koalitionsvertrag auf Bundesebene v. 12.03.2018, S. 124: „Wir erleichtern Verbraucherinnen und Verbrauchern die Rechtsdurchsetzung durch Digitalisierung, insbesondere bei Smart Contracts“. Laut der am 18.09.2019 verabschiedeten Blockchain-Strategie der Bundesregierung, S. 9, abrufbar unter [www.blockchain-strategie.de](http://www.blockchain-strategie.de), will die Bundesregierung ferner ein „Industrie 4.0 Recht-Testbed“ fördern, mit dem eine Versuchsumgebung aufgebaut wird, die es Unternehmen ermöglicht, sichere digitale Geschäftsprozesse zu entwickeln und umfangreich zu testen. Im Fokus sollen dabei rechtliche Fragen bei der Verhandlung und Abwicklung von Verträgen zwischen Maschinen über Smart Contracts stehen.

<sup>2</sup> Vgl. *Wilkens/Falk*, in: *Wilkens, Smart Contracts*, 2019, S. 7; *Kaulartz*, CR 2016, 474 ff.; *Simmchen*, MMR 2017, 162 ff.

<sup>3</sup> Survey Report September 2015, S. 5 ff., abrufbar unter: [www.3.weforum.org/docs/WEF\\_GAC15\\_Technological\\_Tipping\\_Points\\_report-](http://www.3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report-2015.pdf)

[2015.pdf](http://www.3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report-2015.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.09.2020); vgl. dazu auch *Simmchen*, MMR 2017, 162.

<sup>4</sup> *Teichmann*, ZfPW 2019, 247 (266); *Weiss*, JuS 2019, 1050 (1051).

<sup>5</sup> *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431; *Paulus*, JuS 2019, 1049; *Weiss*, JuS 2019, 1050 (1051 f.).

<sup>6</sup> Vgl. das Hinweisblatt der BaFin zur Aufsichtsrechtlichen Einordnung von sog. Initial Coin Offerings (ICOs) zugrunde liegenden Token bzw. Kryptowährungen als Finanzinstrumente im Bereich der Wertpapieraufsicht aus 2018 sowie das Zweite Hinweisschreiben der BaFin zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token aus 2019.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu die Eckpunkte des Bundesministeriums der Finanzen für die regulatorische Behandlung von elektronischen Wertpapieren und Krypto-Token vom 08.03.2019, worauf die Blockchain-Strategie der Bundesregierung vom 18.09.2019 aufsetzt, sowie nun auch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren vom 11.08.2020.

<sup>8</sup> *Kaulartz/Matzke*, NJW 2018, 3278 (3280); *Weiss*, JuS 2019, 1050 (1052).

<sup>9</sup> Vgl. ausdrücklich KG Berlin NJW 2018, 3734 (3735 f.) in Bezug auf das einzig ernsthaft in Betracht kommende E-Geld; *Grüneberg*, in: *Palandt, BGB*, 79.

Deutschland ggf. erlaubnis- und prospektspflichtig. Im Detail war hier bis zuletzt Einiges strittig. So hatte das KG Berlin 2018 entschieden, dass es sich etwa bei Bitcoins nicht um ein Finanzinstrument iSd § 1 KWG, insbesondere nicht um Rechnungseinheiten iSv. § 1 Abs. 11 KWG handelt.<sup>10</sup> Mit dem Gesetz zur Umsetzung der fünften Anti-Geldwäscherichtlinie der Europäischen Union vom 14.11.2019 sind nun Kryptowerte dennoch (wieder) als Finanzinstrument, sowie das Kryptoverwahrgeschäft als erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung und der entsprechende Handel über Online-Plattformen (Kryptobörsen) als erlaubnispflichtig eingestuft worden.

Unter Legal Tech versteht man schließlich Software und Online-Dienste, welche juristische Arbeitsprozesse unterstützen oder sogar gänzlich<sup>11</sup> automatisiert durchführen. Die vermittels Legal Tech automatisierte Dienstleistung kann nach hM eine Rechtsdienstleistung iSd. § 2 Abs. 1 RDG darstellen.<sup>12</sup> Letzter technischer Stand ist dabei Legal Tech 3.0. Hiermit wird eine maschinenlesbare Rechtssprache angestrebt, die etwa die automatisierte Vertragsgestaltung ermöglicht.

### B) Was sind nun Smart Contracts?

Das Wesen eines Smart Contract lässt sich am besten dadurch erschließen, dass die vier Phasen seines technischen Ablaufs<sup>13</sup> beleuchtet werden. In der 1. Phase (Schaffung) wird der Smart Contract definiert und in einen Code umgewandelt. In der 2. Phase (Einfrierung) wird die Code-Software eingefroren und durch einen festgelegten Konsensprozess zur Kette (Chain) hinzugefügt. In der 3. Phase (Ausführung) wird die Code-Software von den Knoten (Blocks) gelesen und implementiert. Schließlich wird der Smart Contract in der 4. Phase (Abschluss) abgeschlossen, indem die neuen Zustandsinformationen und Transaktionen in der Blockchain gespeichert und gemäß dem Konsensprotokoll bestätigt werden. Das bedeutet einer Ansicht nach, dass Smart Contracts jedenfalls regelmäßig nicht wie Verträge durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustandekommen sollen.<sup>14</sup> Fraglich ist aber dann die rechtliche Bedeutung des Konsensprotokolls, welches auch als Annahmeerklärung gewertet werden könnte. Dann könnte einer anderen Ansicht nach mitunter doch von einem Vertrag gesprochen werden.<sup>15</sup>

Wie diese vier Phasen allerdings aufzeigen, sind Smart Contracts nach ihrer Programmierung und Dateneingabe also iS. einer von menschlichen Einflüssen grundsätzlich selbstständigen Datenbankverwaltung<sup>16</sup> automatisiert und selbstdurchsetzend. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von selbst ausführenden Wenn-Dann-Bedingungen.<sup>17</sup> Leistung und Gegenleistung sind

schließlich bereits definiert. die Software kann selbständig überprüfen, ob die jeweilige Partei die vertragsmäßig geschuldete Leistung erbracht hat.<sup>18</sup> Umstritten ist in diesem Zusammenhang lediglich, ob hierdurch Verträge iSd. § 241 BGB geschaffen werden oder ob (lediglich) Computerprotokolle (Konsensprotokolle) vorliegen, die vertragsrechtliche Bedeutung iS. einer automatisierten Vertragsdurchführung aufweisen.

Offenkundig ist jedenfalls, dass Smart Contracts nach beiden Auffassungen vertragsrechtliche Bezüge zukommen. Denn ein Smart Contract funktioniert nicht in einem rechtlichen Vakuum ohne Vertragsbezug.<sup>19</sup> Oftmals handelt es sich aber, so die überwiegende Auffassung, noch nicht um Verträge iS. (eben bloßer Wenn-Dann-Vollzug als selbst ausführender Algorithmus eines nicht im, sondern neben dem Smart Contract bestehenden Vertrags<sup>20</sup>). Dieses Ergebnis lässt sich etwa aus dem Vergleich mit dem technisch wesentlich älteren Warenautomaten ableiten. Dort bedeutet die reine Mechanik<sup>21</sup> von Geldeinwurf/Warenausgabe auch noch keinen Vertragsschluss. Der Kaufvertrag über die Ware durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Antrag und Annahme) ergibt sich dort vielmehr erst aus den Begleitumständen. Das Aufstellen des Angebots ist dort regelmäßig der Antrag iSd. § 145 BGB, die ordnungsgemäße Nutzung des Warenautomaten in Form des Geldeinwurfs die Annahme iSd. § 147 BGB.<sup>22</sup> Bei Auftreten des rechtlichen Novums Warenautomat wurde seinerzeit also auch kein Zivilsonderrecht geschaffen, sondern das neue technische Phänomen wurde lediglich unter die bestehenden zivilrechtlichen Parameter subsumiert.

Je nach Ausgestaltung ist es wie bereits bezeichnet im Einzelfall aber auch möglich, dass der jeweilige Smart Contract selbst ein Vertrag ist. Algorithmen verkörpern dann ggf. zurechenbare Willenserklärungen. Vertragssprache und Vertragsform sind laut BGB grundsätzlich freigestellt, so dass eine ausnahmsweise rechtsgeschäftliche Implikation des jeweiligen Algorithmus nicht weiter stört. Insgesamt dürften also so oder so vertragsrechtliche Elemente zum Zuge kommen. Ein besonderes Bedürfnis für das Entstehen eines Sonderrechtsgebietes besteht daher an und für sich nicht.<sup>23</sup> Dafür spricht allgemein auch der Umstand, wonach sich sämtliche Aspekte der zugrundeliegenden Blockchain-Technologie sachen- und vertragsrechtlich auflösen lassen.<sup>24</sup> Vor diesem Hintergrund ist es kaum einsehbar, warum dies beim Anwendungsfall Smart Contracts – auch mit Blick auf den Referenzfall Warenautomat – anders sein sollte. Technische Regeln sollen angesichts neuer Technologien zwar bisweilen

Aufl. (2020), § 245 Rn. 6; Paulus, JuS 2019, 1049; aA. etwa Beck, NJW 2015, 580; Auffenberg, BKR 2019, 341 ff.

<sup>10</sup> KG Berlin NJW 2018, 3734 ff. entgegen der damaligen Sichtweise der BaFin in den Hinweisen zu Finanzinstrumenten nach § 1 Abs. 11 Satz 1 bis 3 KWG (Aktien, Vermögensanlagen, Schuldtitel, sonstige Rechte, Anteile an Investmentvermögen, Geldmarktinstrumente, Devisen und Rechnungseinheiten) v. 20.12.2011 idF. v. 19.07.2013.

<sup>11</sup> LG Köln K&R 2019, 812 (814); vgl. auch Tobschall/Kempe, in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, (2018), S. 25 ff.

<sup>12</sup> LG Berlin NJW-Spezial 2019, 163; Schmidt, in: Krenzler, RDG, 2. Aufl. (2017), § 6 Rn. 38; Fries, ZRP 2018, 161 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Kaulartz, InTeR 2016, 201 (202 f.); Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431 f.; Pittl/Gottardis, EuCML 2019, 205 f.

<sup>14</sup> Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431; Teichmann, ZfPW 2019, 247 (267).

<sup>15</sup> Vgl. Anzinger, in: Fries/Paal, Smart Contracts, (2019), S. 54 f.

<sup>16</sup> Paulus, JuS 2019, 1049; Schmitz/Leoni/Figlin, IRZ 2019, 369 (370).

<sup>17</sup> Simmchen, MMR 2017, 162 (164); Hohn-Hein/Barth, GRUR 2018, 1089 (1093).

<sup>18</sup> Glatz, in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, (2018), S. 110 f.; Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431.

<sup>19</sup> Szostek, Blockchain and the Law, 2019, S.

117; ähnlich Wilkens/Falk, in: Wilkens, Smart Contracts, 2019, S. 30.

<sup>20</sup> Vgl. Simmchen, MMR 2017, 162 (165); Möslin, ZHR 183 (2019), 254 (259 ff.).

<sup>21</sup> Vgl. Simmchen, MMR 2017, 162 (164).

<sup>22</sup> Bork, in: Staudinger, BGB, 2015, § 145 Rn. 8; Busche, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), § 145 Rn. 12; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 145 Rn. 7.

<sup>23</sup> AA. etwa Ernst, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), Einl. SchuldR Rn. 68.

<sup>24</sup> Vgl. Paulus, JuS 2019, 1049 (1050); Möslin, ZHR 183 (2019), 254.

rechtliche Regeln ersetzen<sup>25</sup>, dafür bedarf es jedoch eines zwingenden Erfordernisses, insbesondere einer nicht anderweitig schließbaren Regelungslücke.

### C) Beispiele für Smart Contracts im Alltag

Mittlerweile gibt es zahlreiche Praxisbeispiele für Smart Contracts, die eine Vielzahl von Personen/Verbrauchern tagtäglich betrifft oder betreffen kann. So etwa bei der Fallgruppe der sog. Smart Locks, wonach eine Hotel-Zimmerkarte den Zugang zum Zimmer ab Ende der vereinbarten Mietzeit blockiert oder Schlösser sich erst öffnen lassen, wenn eine Zahlung erfolgt ist.<sup>26</sup> Oder aber eine Software des Leasing-Wagens blockiert den Startvorgang, wenn Leasingraten mehrfach nicht gezahlt wurden.<sup>27</sup> Wesentlich älter ist der Fall, wonach eine Kreditkarte dann automatisch gesperrt wird, wenn bestimmte auffällige Aktivitäten wie z.B. häufige und kurz hintereinander geschaltete Debet-Belastungen in Entwicklungs- oder Schwellenländern auf den Plan treten.<sup>28</sup> Die Kreditkartensperre beispielsweise gab es aber auch schon vor Nutzung der Blockchain-Technologie. Je einfacher sich das Auslösemoment beschreiben lässt, desto eher kam/kommt auch der Einsatz bloßer (fortgeschrittener) IT-Programme in Betracht.

Ein weiteres Alltagsbeispiel ist die Zahlung oder Nichtzahlung bei bestimmten Auslösemomenten, etwa beim ebay-Käuferschutz.<sup>29</sup>

Schließlich zählen zu schon jetzt im Alltag vorzufindenden Smart Contracts automatisierte Warennachbestellungen etwa durch den internetfähigen Kühlschrank (Internet der Dinge) bei Verbrauch der entsprechenden Waren.<sup>30</sup>

In all diesen Fällen lösen vordefinierte Ereignisse eine automatisierte Reaktion in Bezug auf die Begründung oder Durchführung eines bestimmten Vertragsverhältnisses aus.

### D) Allgemeine Folgerungen

Insbesondere aus den vorgenannten Alltagsbeispielen wird deutlich, dass es bei Smart Contracts auf Ebene des Zivilrechts in Bezug auf das Zustandekommen und/oder die Durchführung von Verträgen jedenfalls um automatisierte Willenserklärungen geht, ganz ähnlich wie bei einem Warenautomaten. Die simple Mechanik des Warenautomats wird bei Smart Contracts lediglich durch programmierte Codes und Algorithmen ersetzt. Damit geht es also als Bezugspunkt von Smart Contracts jedenfalls um Rechtsgeschäfte iSd Vertragsrechts. Denn die automatisierte Willenserklärung eines Smart Contract bezieht sich entweder auf die Durchführung eines bereits durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen schon anderweitig geschlossenen Vertrags. Oder aber sie ist vielleicht sogar als Antrag iSd. § 145 BGB zu werten, der auf eine Annahmeerklärung iSd. § 147 BGB gerichtet ist und damit den Vertragsschluss samt Durchführung erst konstituieren soll.

Problematisch ist allerdings, dass der Begriff der automatisierten Willenserklärung ein Paradoxon ist. Denn die im BGB nicht definierte Willenserklärung wird gemeinhin als menschliches Verhalten beschrieben, durch welches nach außen erkennbar eine Rechtsfolge bewirkt werden soll.<sup>31</sup> Darin enthalten ist einerseits der objektive Tatbestand, welcher sich auf die äußeren Umstände des Setzens einer Rechtsfolge richtet. Andererseits geht es beim subjektiven Tatbestand um die innere Seite des Erklärenden, also den Handlungs-, Erklärungs- und Geschäftswillen.<sup>32</sup> Naturgemäß kann kein auf Algorithmen basierendes technisches System selbst diesen menschlichen Willen aufbauen, nicht einmal dann, wenn es zusätzlich mit künstlicher Intelligenz versehen ist.<sup>33</sup> Selbst wenn man dies im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz anders sehen und dieser einen autonomen Willen zubilligen wollte, so könnte dieser Wille dem menschlichen Schöpfer der betreffenden künstlichen Intelligenz womöglich immer noch iS. einer Kausalbetrachtung zugeordnet werden.

Bei rein automatisierten Willenserklärungen handelt sich dann bei dem technischen System aber jedenfalls um ein Aliud zum menschlichen Verhalten, welches unmittelbar zu einer Willenserklärung führt. Allerdings hatte die Rechtsprechung bereits vor dem Blockchain-Zeitalter herausgebildet, dass auch automatisierte Willenserklärungen als Willenserklärung iSd. §§ 116 ff. BGB aufgefasst werden können.<sup>34</sup> Solche Willenserklärungen sind dieser Rechtsprechung nach deshalb so zu begreifen, da eben auch ihnen ein kausales menschliches Verhalten zuzuordnen ist, etwa weil die automatisierte Willenserklärung einer EDV-Anlage oder einem Programm entstammt, welches durch einen bestimmten Menschen geschaffen wurde oder betrieben wird. Dies bedeutet letztlich nichts anderes, als dass der Rechtsprechung nach eine Vorverlagerung<sup>35</sup> menschlichen Verhaltens in Betracht kommt, sofern hierdurch mittelbar das Setzen einer Rechtsfolge bezweckt ist.

Anknüpfungspunkt für menschliches Verhalten ist somit vorliegend – den Sprung von EDV-Anlagen der 2000er Jahre zur Blockchain-Technologie bei Smart Contracts 15-20 Jahre später machend – die Definition des Smart Contracts und Wandlung in einen Code (Phase 1) als Teil einer menschlichen Programmierungsleistung. Auf die später ohne menschliches Zutun stattfindende Erzeugung einer Willenserklärung gemäß den Programmierungsparametern kommt es dann im Kern nicht mehr an.

### E) Grundlegendes zu Beendigung und Rückabwicklung

Die Frage, wie sich ein Smart Contract oder aber viel häufiger der eigentliche Vertrag, der mit einem Smart Contract verbunden ist, beenden lässt, ist nicht gerade einfach zu beantworten. Wie die genannten Alltagsbeispiele von Smart Contracts zeigen, führt der Smart Contract teilweise ja bereits dazu, dass das Vertragsverhältnis bezogen auf den Leistungsaustausch ohne weiteres endet. Dann ist keine weitere Gestaltungserklärung in Form

<sup>25</sup> Vgl. *Spindler/Bille*, WM 2014, 1357 (1358); *Weiß*, JuS 2019, 1050.

<sup>26</sup> *Simmchen*, MMR 2017, 162 (164); *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431.

<sup>27</sup> *Pittl/Gottardis*, EuCML 2019, 205 (208); *Möslein*, ZHR 183 (2019), 254 (262).

<sup>28</sup> Vgl. im Ansatz *Möslein*, ZBB 2018, 504 (505).

<sup>29</sup> Vgl. *Koch*, Internet-Recht, 2. Aufl. (2015), S. 100 ff.; *Schurr*, ZVGRWiss 118 (2019), 257 (262); *Kipker/Birreck/Niewöhner/Schnorr*, MMR 2020, 509 (510).

<sup>30</sup> *Simmchen*, MMR 2017, 162 (164); *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431 (439 ff.); *Paulus*, JuS 2019, 860 (961).

<sup>31</sup> *Schack*, BGB AT, 16. Aufl. (2019), § 17 I Rn. 403; wohl ebenso *Hefermehl*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. (2010), vor § 116 Rn. 4.

<sup>32</sup> Vgl. *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB, 79. Aufl. (2020), § 116 Rn. 2/3; *Paulus*, JuS 2019, 960 (961).

<sup>33</sup> *Söbbing*, Fundamentale Rechtsfragen zur künstlichen Intelligenz, 2019, S. 191; vgl. auch *Borges*, NJW 2018, 977 (978).

<sup>34</sup> *BGH NJW* 2002, 363 (364); *OLG Hamm NJW* 2001, 1142 f.

<sup>35</sup> So wohl auch *Paulus*, JuS 2019, 960 (962); *Lupu*, CR 2019, 631.

der unter F) noch zu nennenden Optionen mehr erforderlich. Denn der Vertrag ist in diesem Fall nicht mehr weiter durchführbar und auch der Smart Contract hat sich durch Zweckerfüllung erledigt. Dies wird als Beendigungsautomatismus entgegen dem im deutschen Recht an und für sich vorgesehenen Gestaltungswillen der Vertragspartner in der Rechtsdurchsetzung bei Leistungsstörungen bisweilen kritisiert.<sup>36</sup> Ebenso wird kritisiert, dass mitunter Konfliktlösungsmechanismen vor oder im Umfeld der Rechtsdurchsetzung verunmöglicht werden.<sup>37</sup>

Dagegen steht ein Smart Contract allerdings der Beendigung und Rückabwicklung eines Vertrags grundsätzlich nicht im Wege. Die Beendigung und Rückabwicklung kann durch die detaillierten Festlegungen im Code vielmehr sogar erleichtert werden, etwa durch eine etwaig programmierte Art Treuhänderfunktion des Smart Contracts.<sup>38</sup>

Parameter zu Beendigung und Rückabwicklung sind allgemein möglich und vorstellbar aufgrund 1) einer Festlegung im Code, 2) einer vertraglichen Festlegung, wenn der Smart Contract ausnahmsweise der Vertrag selbst ist, oder 3) einer gesetzlichen Festlegung. Grundsätzlich gilt dabei der Vorrang des Rechts in Form gesetzlicher Festlegungen. Die „Code is Law“-These<sup>39</sup>, wonach die Festlegungen im Code rechtsetzenden Charakter aufweisen, ist dagegen in Deutschland kaum vertretbar. Schließlich ist nicht einsehbar, warum das geltende Recht wie etwa das Leistungsstörungenrecht durch neuartige technische Entwicklungen umgehbar sein sollte.<sup>40</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die weltweite Blockchain-Vernetzung zumeist ohnehin nicht der deutschen Jurisdiktion unterliegt, so dass im Konfliktfall womöglich gänzlich andere Wertungsmaßstäbe greifen.

#### F) Details zu Beendigung und Rückabwicklung

Die Beendigung von Verträgen kann grundsätzlich durch zahlreiche Gestaltungserklärungen erfolgen, und zwar (1) im Rahmen einer Anfechtung der entsprechend zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung (ex tunc), (2) im Rahmen eines Rücktritts vom Vertrag (ex nunc), (3) im Rahmen der Kündigung des Vertrags (ex nunc) oder aber (4) im Rahmen eines möglichen Widerrufs des Vertrags (ex nunc).

Die Besonderheit liegt bei Smart Contracts eben darin, dass diese zumeist keinen Vertrag i.e.S., sondern flankierend hierzu automatisierte Geschäftsabläufe darstellen. Bezugspunkt ist daher selten die automatisierte Willenserklärung oder der Vertrag selbst. Vielmehr muss dann regelmäßig auf den Code abgestellt werden. Die Rechtsprechung wendet für automatisierte Willenserklärungen seit langem die einschlägigen Regelungen etwa zur Anfechtung entsprechend an. Gleiches muss dann auch für den Code gelten.

Möglich ist danach in Bezug auf eine Anfechtung, dass die fehlerhafte Programmierung, welche sich in einem falschen Code niederschlägt und in der automatisierten Willenserklärung fort-

setzt, einen Erklärungsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Var. 2 BGB bedeutet.<sup>41</sup> Die fehlerhafte Programmierung lässt sich dabei technisch als Lücke im Quelltext oder als Programmierfehler verstehen. Auch an dieser Stelle wird der Anknüpfungspunkt vorverlagert: Denn an die Stelle der Abgabe der Willenserklärung tritt bereits die Erzeugung des Codes, mit welchem die automatisierten Willenserklärungen erst in Gang gesetzt werden. Ein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB, bei dem sich der Erklärende, also nach den genannten Maßstäben letztlich der menschliche Erschaffer des Codes, über die Tragweite der finalen Willenserklärung irrt, dürfte dagegen kaum ernsthaft in Betracht kommen. Folge der Anfechtung ist jedenfalls eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht (§ 812 ff. BGB), also rein nach gesetzlichen Maßstäben

Bei Rücktritt und Widerruf treten mit den §§ 346 und 357 ff. BGB ebenfalls gesetzliche Maßstäbe in Kraft, mit Hilfe derer die Verträge rückabgewickelt und die gewährten Leistungen zurückerstattet werden. Bei Rücktritt und Widerruf einerseits sowie bei Anfechtung andererseits gibt es also für den eigentlichen Zweck von Smart Contracts, der Durchführung von Verträgen auch im Rückabwicklungsstadium, bereits rechtliche Regelungen. Folge hiervon wäre, dass sich der jeweilige Smart Contract dann rein auf die technische Durchführung der Gesetzeslage zu beschränken hätte. In diesem Fall wäre der Smart Contract bezogen auf Beendigung/Rückabwicklung somit ein reines Statusabbild der gesetzlichen Regelungen.<sup>42</sup> Zwar kann bei den gesetzlichen Rechtsfolgen grundsätzlich zwischen den Vertragsparteien Abweichendes vereinbart werden, auch im oder mithilfe des Smart Contracts. Dies stößt jedoch seinerseits teilweise an gewisse rechtliche Grenzen, insoweit z.B. § 361 Abs. 2 BGB für die Rechtsfolgen des Widerrufs explizit festlegt, dass nicht zu Lasten eines Verbrauchers von den gesetzlichen Regelungen abgewichen werden darf. Demgegenüber können die Parteien auf Rückgewähransprüche in Bezug auf den Rücktritt vor der einmal vorgenommenen Rücktrittserklärung (auch konkludent) verzichten.<sup>43</sup> Dies ist ebenfalls bei der Anfechtung der Fall.<sup>44</sup> Wenn aber auf die einzelnen Tatbestände bzw. deren Ausübung verzichtet werden kann, wird dies als Teilverzicht auch rein in Bezug auf die gesetzliche Rechtsfolge der Fall sein können. Das teilweise so gesehene reine Statusabbild der gesetzlichen Rechtsfolgen bei Anfechtung, Rücktritt oder Widerruf gilt somit doch nur bedingt. Denn es ist möglich, dass die Festlegungen im Code einen ausdrücklichen oder konkludenten Verzicht auf die gesetzlichen Rechtsfolgen bedeuten, so dass dann die Regelungen des Smart Contracts gelten.

Schwieriger zu bemessen ist die Rechtslage im Zusammenhang mit der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen. So hält etwa die Kündigung aus wichtigem Grund i.S.d. § 314 BGB keine gesetzlichen Rechtsfolgen bereit, diese ergeben sich vielmehr aus dem Inhalt und dem Wesen der Beendigung des jeweiligen Vertrags. Zwar sind bei bestimmten Dauerschuldverhältnissen indes ausdrücklich die Rechtsfolgen einer Kündigung geregelt. So

<sup>36</sup> Matzke, in: Fries/Paal, Smart Contracts, (2019), S. 99; Schurr, ZVglRWiss 118 (2019), 257 (263).

<sup>37</sup> Glatz, in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, (2018), S. 117.

<sup>38</sup> Vgl. Linardatos, K&R 2018, 85 (90); Paulus/Matzke, ZfPW 2018, 431 (461).

<sup>39</sup> Vgl. Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, (1999), S. 89.

<sup>40</sup> Kaulartz/Heckmann, CR 2016, 618 (624); Möslin, ZHR 183 (2019), 254 (268); Schurr, ZVglRWiss 118 (2019), 257 (281).

<sup>41</sup> BGH NJW 2005, 976 (977); OLG Hamm NJW 2001, 1142 f.; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 119 Rn. 10.

<sup>42</sup> Paulus/Matzke, ZfPW 2018, 431 (461).

<sup>43</sup> Kaiser, in: Staudinger, BGB (2015), § 346 Rn. 177, 301; wohl auch Lobinger, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. (2010), vor § 346 Rn. 37.

<sup>44</sup> Hefermehl, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. (2010), § 119 Rn. 73; Arnold, in: Erman, BGB, 15. Aufl. (2017), § 119 Rn. 47.

verankert bspw. § 546 BGB die Rückgabepflicht des Mieters nach Beendigung des Mietvertrags (durch Kündigung). Diese Rückgabepflicht ist allerdings eine Pflicht vertraglicher Natur, auch wenn sie gesetzlich fixiert wurde.<sup>45</sup> Auf derartige Rückgewähransprüche kann stets verzichtet werden. Damit geht auch die Möglichkeit einer Modifizierung durch Festlegungen im Code einher.

Die einzelnen Modalitäten der Rückabwicklung können indes so oder so (reines Statusabbild einer gesetzlichen/vertraglichen Rechtslage oder Modifizierung im Code, falls ein Verzicht auf die in der Rechtslage abgebildeten Ansprüche möglich ist) im Smart Contract angelegt werden. Bspw. finden automatische Rückzahlungen aus dem Vertragsverhältnis statt, wenn entweder der Auslöser der Rückzahlung klar definiert ist und als solcher vorliegt oder aber wenn eine gesonderte Anweisung durch einen Treuhänder<sup>46</sup> erfolgt. Das grundsätzliche Problem ist jedenfalls immer der Umstand, ob der Code des Smart Contracts den Auslöser (Trigger) auch der Beendigung des jeweiligen Vertrags erkennen kann.<sup>47</sup> Praktisch dürfte eine Vollautomatisierung durch Smart Contracts aufgrund der Vielgestaltigkeit der Triggereffekte für Vertragsbeendigungen unmöglich sein, so dass menschliche Korrekturen und Ergänzungen bis dato unumgänglich erscheinen.<sup>48</sup> Zudem ist daran zu denken, dass es zahlreiche Fälle mit Wertungsspielraum gibt, wobei sich ohne den Einsatz künstlicher Intelligenz die Wertungsspielräume bis dato noch nicht in Codes wandeln lassen und damit einen effektiven Trigger darstellen können.<sup>49</sup>

## G) Fazit

Beendigung und Rückabwicklung von Smart Contracts folgen keinem Sonderrecht, sondern sind allgemein nach zivilrechtlichen Maßstäben des BGB aufzulösen. Zwar führt der Begriff Contract (= Vertrag) in die Irre, denn regelmäßig sind Smart Contracts keine Verträge iSd. § 241 BGB, sondern technische Parameter zur Vertragsdurchführung eines anderweitig zustande gekommenen Vertrags. Dennoch wirken Smart Contracts dann zumindest auf den Vertrag ein.

Konkret was Beendigung und Rückabwicklung von Smart Contracts anbelangt geht es also zumeist nicht um die Anfechtung, den Rücktritt, den Widerruf oder die Kündigung des Smart Contracts selbst, sondern die Regelungen des einschlägigen Codes für diese Optionen bilden entweder die technische Durchführung der gesetzlichen oder vertraglich fixierten Rechtsfolgen nach Ausübung dieser Optionen bezogen auf den eigentlichen Vertrag ab oder können diese Rechtsfolgen mitunter dann modifizieren, wenn oder soweit auf diese verzichtet werden kann. Dann muss dem Code des jeweiligen Smart Contracts aber auch ein solcher Verzichtswille entnommen werden können. Womöglich liegt in der Fixierung abweichender Regelungen im Einzelfall zumindest ein konkludenter Verzicht vor.

Wieder anders ist die Lage, sofern der Smart Contract ausnahmsweise zugleich der eigentliche Vertrag selbst ist. Dann kann unmittelbar auf die genannten Beendigungsmöglichkeiten für Verträge zurückgegriffen werden. Im Übrigen gilt dasselbe wie für die vorgenannte Konstellation, wonach der Smart Contract neben dem eigentlichen Vertrag als Ausführungsbestimmung für diesen existiert.

## ► Inhaltsverzeichnis



<sup>45</sup> Lützenkirchen, in: Erman, BGB, 15. Aufl. (2017), § 546 Rn. 3; Rolfs, in: Staudinger, BGB, 2012, § 546 Rn. 1.

<sup>46</sup> Paulus/Matzke, ZfPW 2018, 431 (461).

<sup>47</sup> Vgl. Wilkens/Falk, in: Wilkens, Smart Contracts, (2019), S. 4.

<sup>48</sup> Wilkens/Falk, in: Wilkens, Smart Contracts, 2019, S. 39; Kaulartz/Heckmann, CR 2016, 618 (623); Jacobs/Lange-Hausstein, ITRB 2017, 10 (14).

<sup>49</sup> Kaulartz/Heckmann, CR 2016, 618 (620 ff.); Bertram, MDR 2018, 1416 (1420).

---



---

**BEITRAG**


---



---

Prof. Dr. Friederike Meurer \*

**Arbeitsrecht in Zeiten von Corona****Homeoffice, Kurzarbeit und andere Herausforderungen rund um das Lohnrisiko****Gliederung****Abstract****A) Lohnrisiko bei Corona-bedingtem Arbeitsausfall**

## I. Verschiedene Corona-Konstellationen

1. Betriebsschließung
2. Quarantäne
3. Kinderbetreuung

## II. Staatliche Erstattungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz

**B) Kurzarbeit als (vorübergehende) Lösung****C) Homeoffice: eine arbeitsrechtliche Gratwanderung****D) Weitere arbeitsrechtliche Aspekte der Corona-Krise****E) Fazit****Abstract**

Die Corona-Krise hat in besonderem Maße das Arbeitsleben in Deutschland beeinflusst. Ganze Wirtschaftszweige wurden geschlossen, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verlagerten ihre Tätigkeit ins Homeoffice und/oder gingen in Kurzarbeit. Eltern konnten ihrer Arbeitsverpflichtung wegen der fehlenden Betreuungsmöglichkeiten ihrer Kinder nicht oder jedenfalls nicht umfassend nachkommen. Die Reaktionen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern<sup>1</sup> waren zunächst pragmatisch und von der Schnelligkeit der Situation geprägt. Arbeitsrechtliche Zweifel mussten – so wie auch in anderen Rechtsgebieten – dem Pragmatismus und der Notwendigkeit des Handelns weichen. Mittlerweile hat sich die Situation beruhigt; das Wirtschafts- und Arbeitsleben hat weitgehend eine – wenn auch oft neue – Normalität gefunden. So manche Zweifelsfrage ist jedoch geblieben. Der folgende Beitrag soll dazu beitragen, die Geschehnisse der letzten Monate arbeitsrechtlich einzuordnen und aufzuarbeiten, um so für zukünftige Pandemiefälle und/oder die (befürchtete) „zweite Welle“ gewappnet zu sein. Die Ausführungen konzentrieren sich dabei auf die arbeitsrechtlichen Kernfragen rund um das Lohnrisiko. Weitere – insbesondere arbeitsschutzrechtliche – Aspekte werden am Ende nur gestreift.

**A) Lohnrisiko bei Corona-bedingtem Arbeitsausfall**

Die umfangreichen staatlichen Eingriffe zur Abwehr der Corona-Gefahren haben dazu geführt, dass zahlreiche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihrer Leistungspflicht nicht mehr (vollumfänglich) nachkommen konnten. Zentrale arbeitsrechtliche (und wohl auch wirtschaftliche) Frage war und ist daher, wer das Lohnrisiko für diese Ausfälle zu tragen hat; ob also der Arbeitgeber das Gehalt weiterzahlen muss, obwohl der Beschäftigte seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Die Antwort ist nicht immer eindeutig und ergibt sich aus einem komplexen Zusammenspiel von zivil-, arbeits-, sozial- und gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften.<sup>2</sup> Ausgangspunkt ist die – eigentlich schon lange für abgeschlossen erachtete – Debatte rund um das Verhältnis der allgemeinen zivilrechtlichen Unmöglichkeitsvorschriften zu den besonderen Regelungen des Dienst- und Arbeitsrechts in §§ 615, 616 BGB.<sup>3</sup> Hintergrund dieser – teilweise als „meistdiskutierte Problematik des Zivil- und Arbeitsrechts“ bezeichneten<sup>4</sup> – Diskussion ist der folgende Grundsatz des allgemeinen Schuldrechts: Kommt ein Arbeitnehmer seiner Arbeitsleistung nicht zum vereinbarten Zeitpunkt nach, wird die Leistungserbringung aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Dies bedeutet bekanntlich aber auch, dass der Arbeitgeber gem. § 326 Abs. 1 BGB von seiner Gegenleistung – also der Lohnzahlungspflicht – befreit wird. Dieser zivilrechtliche Grundsatz – im Arbeitsrecht prägnant mit „kein Lohn ohne Arbeit“ zusammengefasst – findet im Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer indes zahlreiche Ausnahmen.<sup>5</sup> Das wohl bekannteste Beispiel ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im Krankheitsfall eines Beschäftigten gem. § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG). Das BGB selbst enthält in § 615 und § 616 BGB insgesamt drei Ausnahmen von dem genannten Grundsatz. So ist der Arbeitgeber trotz fehlender Arbeitsleistung zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn er mit der Annahme der Leistung in Verzug gerät (§ 615 S. 1 BGB). Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitsleistung infolge von Gründen nicht erbracht werden kann, die – wie etwa der Stillstand des Betriebs infolge eines Stromausfalls – vom Arbeitgeber zwar nicht verschuldet, aber seinem Betrieb zuzuordnen sind (§ 615 S. 3 BGB).<sup>6</sup> Gem. § 616 BGB trifft den Arbeitgeber

\* Die Autorin ist Professorin für Arbeits- und Zivilrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

<sup>1</sup> Im Folgenden wird überwiegend die vom Gesetz verwendete Bezeichnung „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ verwendet (vgl. § 611a BGB). Selbstverständlich soll dies keinesfalls eine Geschlechterdiskriminierung oder eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes zum Ausdruck bringen.

<sup>2</sup> Siehe etwa den Überblick von *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 ff.; eine Aufarbeitung für mögliche Klausurbearbeitungen findet sich zB. von *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zB. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 615 BGB, Rn. 3-7.

<sup>4</sup> So *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 (413).

<sup>5</sup> Siehe zB. die Zusammenfassung im Lehrbuch von *Maties*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. (2017), S. 53 ff.

<sup>6</sup> Die Notwendigkeit dieser (erst im Jahr 2002 ins BGB eingefügten) Vorschrift wird teilweise mit der Begründung in Frage gestellt, dass es sich auch hierbei um einen Fall des Annahmeverzugs handele, der über § 615 S. 1 BGB geregelt werden könne (zB. *Fischinger/Hengstberger*, NZA 2020, 559 mwN.). Die Rechtsprechung sah vor Einführung des § 615 S. 3 BGB eine Lücke im Gesetz, weil es sich in solchen Fällen um eine (weder von Arbeitgeber noch von Arbeitnehmer zu vertretene) Unmöglichkeit handele, die den Eintritt des Annahmeverzugs ausschließe (BAG v. 8.2.1957 AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 2).

schließlich auch dann eine Lohnfortzahlungspflicht, wenn der Arbeitnehmer für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ aus persönlichen Gründen (die nicht von ihm verschuldet sind) seine Arbeit nicht erbringen kann. Anerkannte Beispiele für diese sehr weit gefasste Ausnahmenorm sind etwa die Lohnfortzahlung trotz fehlender Arbeitsleistung beim Tod eines nahen Angehörigen oder bei der Übernahme staatsbürgerlicher Pflichten.<sup>7</sup>

## I. Verschiedene Corona-Konstellationen

Vor dem soeben skizzierten rechtstheoretischen Hintergrund sei nun ein Blick auf die verschiedenen Corona-bedingten Konstellationen des (unfreiwilligen) Arbeitsausfalls geworfen.

### 1. Betriebsschließung

Die behördliche Schließung von Betrieben – wie sie auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes (ISchG) bzw. der hierauf gestützten sog. Corona-Verordnungen der Länder erfolgte und weiterhin erfolgen kann<sup>8</sup> – stellt auf den ersten Blick ein neues „Paradebeispiel“ für die vom Gesetzgeber in § 615 S. 3 BGB geregelte Zuweisung des Lohnrisikos dar. Mit dieser Vorschrift, die erst im Jahr 2002 im Zuge der Schuldrechtsreform ergänzend an § 615 angefügt wurde, wurde die sog. „Betriebsrisikolehre“ des Bundesarbeitsgerichts (BAG) in das Gesetz übernommen.<sup>9</sup> Diese Lehre, die auch nach Änderung des Gesetzes weiterhin zur Konkretisierung der Norm herangezogen wird, wurde anhand verschiedener Präzedenzfälle entwickelt, die zumeist betriebliche Stilllegungen infolge von Naturkatastrophen (z.B. Stromausfall) betrafen.<sup>10</sup> Solche Risiken, die vom Arbeitgeber nicht verschuldet sind und daher nach h.M. nicht zum Annahmeverzug führen<sup>11</sup>, sollen dennoch vom Arbeitgeber zu tragen sein, wenn sie dem Betrieb zugeordnet werden können. Nach allgemeiner Ansicht kann auch die Betriebsschließung eines einzelnen Betriebes infolge behördlicher Anordnungen ein solches Betriebsrisiko darstellen, welches der Arbeitgeber zu tragen hat.<sup>12</sup> Zur Begründung wird – zumeist ohne weitere Erläuterung – regelmäßig auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) verwiesen.<sup>13</sup>

Tatsächlich hat sich das BAG – soweit ersichtlich – nur ein einziges mal mit einer Betriebsschließung infolge behördlichen Anordnung befasst.<sup>14</sup> In dem Fall aus dem Jahr 1963 ging es um das Verbot von „öffentlichen Tanzveranstaltungen und anderen Vergnügungen nicht ernsten Charakters“, welches durch Landesverordnung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren für drei Tage im Januar 1962 angeordnet wurde. Hintergrund des Verbots war ein schweres Brandunglück in Nürnberg. Die zum

Gedenken an die zahlreichen Todesopfer angesetzte Staats Trauer sollte durch das „Verbot von öffentlichen Lustbarkeiten“ unterstrichen werden. Der Kläger des Verfahrens war Leiter einer Tanz- und Schaukapelle und konnte infolge des Verbots seiner Tätigkeit bei der Beklagten – der Betreiberin eines Tanz- und Unterhaltungslokals – nicht nachkommen. Inhalt des Rechtsstreits war nunmehr die Frage, ob die Beklagte dem Kläger sein Entgelt für die Zeit des Verbots zahlen musste.<sup>15</sup>

Das BAG bejahte den Lohnanspruch des Kapellmeisters mit der Begründung, dass die Beklagte in dem Fall das Betriebsrisiko zu tragen habe.<sup>16</sup> Interessanterweise betonte das Gericht allerdings, dass dies nur deshalb gelte, weil sich die Beklagte mit ihrem Betrieb deshalb in eine besondere Risikosphäre begeben habe, weil sie – „nicht dagegen andere Bürger und Unternehmen schlechthin“ – von dahingehenden behördlichen Maßnahmen möglicherweise betroffen sei.<sup>17</sup> Wörtlich heißt es weiter:

*„Dies ist aber ein Risiko des Betriebes der Beklagten, das sie deshalb tragen muss, weil es durch die besondere Art des Betriebes bedingt ist. Die Einkalkulierbarkeit eines solchen Ereignisses und das Erfordernis, dass der Arbeitgeber solche nicht gänzlich unvorhersehbaren Ereignisse in seine kaufmännischen Berechnungen aufnehmen [...] kann, verbietet es [...], auch nur einen Teil dieses Risikos auf den Arbeitnehmer in Form einer Minderung seiner Einkünfte abzuwälzen.“<sup>18</sup>*

Das BAG geht also im Ergebnis keineswegs davon aus, dass jede mögliche Art der behördlichen Betriebsschließung automatisch ein vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko darstellt. Vielmehr muss dieses Risiko jedenfalls durch die „Art des Betriebes“ bedingt sein und darf nicht „gänzlich unvorhergesehen“ sein.

Dieses – mehr als 50 Jahre alte – Urteil mag rechtshistorisch anmuten. Es ist jedoch – ebenso wie die sonstigen Entscheidungen zur Betriebsrisikolehre – weiterhin zur Konkretisierung des § 615 S. 3 heranzuziehen.<sup>19</sup> Dementsprechend betonte etwa das Landessozialgericht Hessen im Jahr 2010 unter Hinweis auf die Entscheidung des BAG, dass das Risiko einer behördlichen Schließung als bankaufsichtsrechtliche Maßnahme insbesondere deshalb vom Arbeitgeber zu tragen sei, weil sich hier ein „spezifisches Risiko“ für Banken verwirklicht habe.<sup>20</sup>

Überträgt man nun diese Grundsätze auf die Betriebsschließungen im Rahmen der Corona-Krise wird man bei *individuellen* Betriebsschließungen oftmals begründen können, dass diese durch die „Art des Betriebes bedingt“ waren. Dies gilt insbesondere,

<sup>7</sup> Aufgrund der vagen Formulierung im Gesetz werden die Anwendungsfälle des § 616 BGB oftmals im Arbeits- und/oder Tarifvertrag konkretisiert (so z.B. in § 29 TVöD).

<sup>8</sup> Vgl. zur rechtlichen Grundlage solcher Betriebsschließungen und den bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken z.B. ▶ *Pautsch, JSE 2020, S. 1 ff.; Maßß NVwZ 2020, 589 ff.*

<sup>9</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) v. 26.11.2001, BGBl. I S. 3138. Einen Überblick über die Entwicklung der Betriebsrisikolehre findet sich z.B. bei *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 615 BGB, Rn. 120-127.

<sup>10</sup> Vom Betriebsrisiko erfasst werden regelmäßig Unterbrechungen der Strom- und Gasversorgung, Mangel an Rohstoffen, Brand einer Fabrik, Überschwemmung oder übermäßiger Frost; vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 615 BGB, Rn. 130 mwN.

<sup>11</sup> Siehe dazu bereits die Anmerkung oben in Fn. 6.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 615 BGB, Rn. 132; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl.

(2019), § 101 Betriebsrisiko, Rn. 7; *Henssler*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 615 BGB, Rn. 108; *Tillmanns*, in: MüKo-Arbeitsrecht, 4. Aufl. (2018), § 76 Annahmeverzug und Betriebsrisiko, Rn. 83.

<sup>13</sup> So *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 615 BGB, 132; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. (2019), § 101 Betriebsrisiko, Rn. 7; *Henssler*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 615 BGB, Rn. 108.

<sup>14</sup> BAG v. 30.5.1963, Az.: 5 AZR 282/62, BeckRS 1963, 00001.

<sup>15</sup> *Ibid.*, Rn. 132.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Rn. 8-10.

<sup>17</sup> *Ibid.*, Rn. 10.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 615 BGB, 122; *Joussen*, in: BeckOK Arbeitsrecht (Stand: 1.6.2020), § 615 BGB, Rn. 88.

<sup>20</sup> LSG Hessen v. 20.8.2010, Az.: L 7 AL 165/06, openJur 2012, 33370, Rn. 43.

wenn die Betriebsschließung Unternehmen betrifft, bei denen bereits Infektionen aufgetreten sind.<sup>21</sup> Von der *individuellen Betriebsschließung* zu unterscheiden ist allerdings das Szenario landes- oder sogar europaweiter *Betriebsschließungen ganzer Wirtschaftszweige*, wie sie zur Zeit des „Lockdowns“ zu beobachten waren. Für diesen Fall lässt sich nur schwer argumentieren, dass sich ein Risiko verwirklicht hat, welches durch die Art des Betriebes bedingt ist. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil es sich um ein Risiko handelt, welches in diesem Ausmaß schwerlich vorhersehbar war. Die eindeutige Zuweisung des Lohnrisikos gem. § 615 S. 3 BGB kann also durchaus unter Hinweis auf die Entscheidung des BAG angezweifelt werden.<sup>22</sup>

Solche Zweifel an der Anwendbarkeit des § 615 S. 3 BGB bei flächendeckenden Betriebsschließungen werden darüber hinaus auch mit einem generellen Hinweis auf die von § 615 S. 1 und S. 3 BGB bezweckte gerechte Risikoverteilung erhoben<sup>23</sup>: Der Arbeitgeber soll das Lohnrisiko deshalb tragen, weil er den Arbeitnehmer vertraglich gebunden hat und ihm deshalb die Möglichkeit genommen hat, die Arbeitskraft anderswo zu erbringen.<sup>24</sup> Bei flächendeckenden Betriebsschließungen entfällt jedoch diese theoretische Möglichkeit des Arbeitseinsatzes an anderer Stelle.

Die Frage der gerechten Verteilung des Lohnrisikos hat also durchaus seine Berechtigung. Angesichts der umfangreich gewährten staatlichen Unterstützungsleistungen und insbesondere der Möglichkeit zur Vereinbarung von Kurzarbeit, mag die Debatte rechtstheoretisch erscheinen. Dennoch legt sie zu Recht einen Finger in die Wunde der weiterhin mangelnden Trennschärfe des § 615 S. 3 BGB.

## 2. Quarantäne

Im Fall des Arbeitsausfalls infolge einer Quarantäne-Anordnung gegenüber einem (individuellen) Arbeitnehmer sieht die rechtliche Bewertung anders aus: Dem Arbeitnehmer ist es gem. § 30 Abs. 1 S. 2 ISchG bzw. § 31 ISchG verboten, seiner Arbeit im Betrieb nachzukommen. Anders als bei Betriebsschließungen handelt es sich um ein Risiko, welches die *Person* des Arbeitnehmers und nicht den gesamten Betrieb betrifft. Sofern der Arbeitnehmer während der Quarantäne nicht erkrankt, steht ihm kein Lohnfortzahlungsanspruch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz zu. Es stellt sich aber die Frage, ob der Lohnanspruch gem. § 616 BGB aufrechterhalten wird. Problematisch ist insbesondere, ob es sich bei einem Arbeitsausfall von in der Regel 14 Tagen noch um eine – von § 616 BGB zur Voraussetzung gemachte – „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ der Verhinderung handelt.<sup>25</sup> Wann ein Zeitraum als verhältnismäßig erheblich oder

nicht erheblich anzusehen ist, ist gesetzlich nicht definiert. Die Rechtsprechung ist stark von Kasuistik geprägt und orientiert sich vor allem an der Ausgestaltung des individuellen Arbeitsverhältnisses, insbesondere dessen Dauer.<sup>26</sup> Bei der Pflege erkrankter Kinder hält das BAG bereits wenige Tage für erheblich<sup>27</sup>; der BGH hat in einer – allerdings viele Jahre zurückliegenden – Entscheidung die allgemein für Erkrankungen geltende sechs-Wochen-Frist als Höchstgrenze angesehen.<sup>28</sup> Eine pauschale Übertragung der sechs-Wochen-Frist erscheint angesichts des unbestimmten Wortlauts der Norm allerdings sehr weitreichend und wird daher überwiegend abgelehnt<sup>29</sup>; dies insbesondere auch deshalb, weil es sich bei § 616 um eine Ausnahmenvorschrift handelt, die nicht weitreichend für Zwecke des Sozialstaats herangezogen werden könne. Bei einer Quarantänezeit von 14 Tagen wird man die Anwendbarkeit des § 616 BGB in der Regel daher verneinen müssen.<sup>30</sup>

Der hierdurch eintretende (unverschuldete) Lohnausfall des Arbeitnehmers wird indes durch einen staatlichen Entschädigungsanspruch nach dem Infektionsschutzgesetz abgedeckt, auf den sogleich noch einzugehen sein wird.

## 3. Kinderbetreuung

Ähnlich stellt sich die rechtliche Bewertung bei Arbeitnehmern dar, die wegen Kita- und Schulschließungen die Kinderbetreuung selbst übernehmen müssen und daher Ihrer Arbeit nicht nachkommen können. In diesen Fällen kann die Arbeitsleistung zwar theoretisch noch erbracht werden, so dass kein Fall der (rechtlichen) Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB vorliegt. Kann die Kinderbetreuung jedoch anderweitig nicht sichergestellt werden, ist die Leistungserbringung gem. § 275 Abs. 3 BGB unzumutbar mit der Rechtsfolge, dass der Arbeitnehmer auch in diesem Fall von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit ist. Da es an einer spezialgesetzlichen Regelung – anders als bei der Betreuung *erkrankter* Kinder – fehlt, stellt sich auch hier die Frage, ob die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers über § 616 BGB erhalten bleibt. Handelt es sich um einen Ausfall von wenigen Tagen wird man dies durchaus bejahen können.<sup>31</sup> Da dieses Leistungshindernis jedoch zumeist über mehrere Wochen andauert(e), kann eine Lohnfortzahlungspflicht über § 616 S. 1 BGB in der Regel nur schwer begründet werden.<sup>32</sup>

Der hierdurch eintretende (unverschuldete) Lohnausfall des Arbeitnehmers wird ebenfalls durch einen (neu eingeführten) staatlichen Entschädigungsanspruch ausgeglichen.<sup>33</sup> Die Frage der Anwendbarkeit des § 616 S. 1 BGB verliert dadurch allerdings

<sup>21</sup> So auch *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 f., die ebenfalls zwischen individuellen und flächendeckenden Betriebsschließungen differenzieren.

<sup>22</sup> So auch *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112 (1116); *Bonanni*, ArbRB 2020, 110 (115 f.); *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 f.; aA.: *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017 (1019); *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 559 ff.; *Benkert*, NJW-Spezial 2020, 306.

<sup>23</sup> *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 f.

<sup>24</sup> So *Ibid.* unter Hinweis auf den von *Canaris* gebildeten (damals künstlichen) Beispielsfall, dass eine deutschsprachige Bühnenschauspielerin wegen eines Aufführungsverbots für den gesamten deutschsprachigen Raum nicht arbeiten kann (*Canaris*, in: FS Prölss (2009), 21 (34 f)).

<sup>25</sup> Vgl. etwa die Darstellung des Streitstands bei *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 (414) oder *Meßling*, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19-Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 1. Aufl. (2020), § 19 Rn. 9 ff.

<sup>26</sup> Siehe zB. die Übersicht bei *Joussen*, in: BeckOK Arbeitsrecht (Stand: 1.6.2020), § 616 BGB, Rn. 45 oder *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 (415 f.) jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>27</sup> So das BAG bei Pflege eines kranken Kindes: BAG NJW 1978, 2316.

<sup>28</sup> BGH NJW 1979, 422 ff.; Das Urteil betraf ein Beschäftigungsverbot nach dem damals noch geltenden Bundesseuchengesetz (BSeuchG) und kann daher durchaus für Beschäftigungsverbote im Rahmen der Corona-Krise herangezogen werden.

<sup>29</sup> *Meßling*, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19-Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 1. Aufl. (2020), § 19 Rn. 9 ff.; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 (417);

<sup>30</sup> So auch *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 (417); aA. bei einem drei Jahre andauernden Arbeitsverhältnis *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465.

<sup>31</sup> So zB. *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 (348).

<sup>32</sup> *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 (348); *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 (417); *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561 (564 f.); *Benkert*, NJW-Spezial 2020, 306 (307).

<sup>33</sup> § 56 Abs. 1a ISchG; siehe dazu sogleich unter II.

keineswegs an praktischer Bedeutung, wie die folgenden Darlegungen zeigen werden.

## II. Staatliche Erstattungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz

Gesetzliche Grundlage für die staatlichen „Corona-Maßnahmen“ ist das – hierdurch hinreichend bekannt gewordene – Infektionsschutzgesetz (ISchG) und die hierauf beruhenden sogenannten Corona-Verordnungen der Länder. Dieses Gesetz hat – neben den Ermächtigungsgrundlagen für die behördlichen Maßnahmen – auch das mit diesen Maßnahmen einhergehende Lohnausfallrisiko im Blick.<sup>34</sup> Schon vor der Corona-Pandemie hatten Erwerbstätige, die wegen einer angeordneten Quarantäne oder eines Berufsverbots einen Verdienstaustausfall erlitten, nach § 56 Abs. 1 ISchG einen Anspruch auf finanzielle Entschädigung. Von dieser Anspruchsgrundlage waren allerdings diejenigen Verdienstaustausfälle nicht erfasst, die als mittelbare Folge der Kita- und Schulschließungen für (berufstätige) Eltern eintraten, die aufgrund der wegfallenden Betreuungsmöglichkeit ihrer Tätigkeit nicht nachgehen konnten. Der Gesetzgeber hat diese Lücke mit dem „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 27. März 2020 geschlossen und mit § 56 Abs. 1a eine neue Anspruchsgrundlage in das ISchG aufgenommen.<sup>35</sup> Dieser Anspruch, welcher zunächst eine Entschädigung für einen Zeitraum von 6 Wochen vorsah, wurde im Mai 2020 im Zuge einer weiteren Gesetzesänderung auf 10 Wochen ausgeweitet.<sup>36</sup>

Um eine schnelle und pragmatische Abwicklung zu gewährleisten, verpflichtet das ISchG zunächst die Arbeitgeber zur Auszahlung des Entschädigungsanspruchs. Diese erhalten im Nachgang dann auf Antrag bei der zuständigen Behörde den verausgabten Betrag erstattet.

Beiden Ansprüchen gemeinsam ist, dass sie den Erwerbstätigen nur dann zustehen, wenn dieser einen „Verdienstaustausfall“ erleidet. Dies bedeutet, dass eine Entschädigung nur subsidiär für den Fall zur Auszahlung gelangt, dass den Arbeitgeber keine Pflicht zur Lohnzahlung trifft. Eine staatliche Entschädigung scheidet also u.a. dann aus, wenn eine Pflicht zur Lohnfortzahlung gem. § 616 BGB anzunehmen wäre. Der – zunächst zivil- und arbeitsrechtlich geführte – Streit um die Zuweisung des Lohnrisikos zwischen den Arbeitsvertragsparteien<sup>37</sup> erfährt durch das Tatbestandsmerkmal des „Verdienstaustausfalls“ also eine Verzahnung mit dem Ordnungsrecht. Zudem verlagert er sich aufgrund des geschilderten Verfahrens, wonach der Arbeitgeber den Anspruch zunächst „vorstreckt“, letztlich auf die Ebene zwischen Arbeitgeber und Behörde.<sup>38</sup> Der Arbeitgeber, der zu einer schnellen und pragmatischen Handhabung aufgerufen ist, setzt sich bei einer vorschnellen Prüfung dem Risiko aus, dass ihm im

Rahmen des behördlichen Erstattungsverfahrens eine unzutreffende Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen vorgeworfen und der Antrag negativ beschieden wird.<sup>39</sup>

Der so entstandenen rechtlichen Unsicherheit kann seitens des Arbeitgebers dadurch begegnet werden, dass er mit dem Arbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Ausschluss der Ansprüche nach § 616 BGB vereinbart. Da die Vorschrift des § 616 BGB dispositiv ist, dürfte dies grundsätzlich zulässig sein.<sup>40</sup> Allerdings erscheint es fragwürdig, wenn die Durchsetzbarkeit des Erstattungsanspruchs in der Praxis dazu führt, dass Arbeitnehmer zu einem Verzicht auf ihnen grundsätzlich zustehende Schutzvorschriften gedrängt werden. Zielführender wäre eine explizite Klarstellung bzw. Konkretisierung der Subsidiarität im Rahmen des Infektionsschutzgesetzes.

Die Entschädigungsansprüche des § 56 ISchG stehen dem klaren Wortlaut nach ausschließlich den Erwerbstätigen zu, gegenüber denen Maßnahmen gem. §§ 28 ff. ISchG verhängt wurden. Ansprüche für Arbeitgeber bzw. Unternehmer, die infolge von Betriebsschließungen das Lohnrisiko tragen (siehe oben) sieht das ISchG nicht vor. Dennoch werden teilweise Erstattungsansprüche im Wege einer analogen Anwendung des § 56 ISchG auch für betroffene Unternehmen gefordert.<sup>41</sup> Die Durchsetzbarkeit solcher Forderungen erscheint angesichts des ausdrücklichen Wortlauts und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers aber unwahrscheinlich.<sup>42</sup> So hat auch das LG Heilbronn in einer ersten hierzu ergangenen Entscheidung eine analoge Anwendung unter Hinweis auf die fehlende Regelungslücke abgelehnt.<sup>43</sup>

Eine anerkannte staatliche Absicherung des Lohnzahlungsrisikos von Arbeitgebern, die von Betriebsschließungen betroffen sind, stellt hingegen die im Zuge der Corona Krise ausgeweitete Möglichkeit zur Vereinbarung von Kurzarbeit und Beantragung des entsprechenden Kurzarbeitergeldes dar.

### B) Kurzarbeit als (vorübergehende) Lösung

Im Rahmen von Kurzarbeit wird die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit vorübergehend reduziert und zugleich das Arbeitsentgelt entsprechend gemindert. Hierdurch wird das vom Arbeitgeber zu tragende Wirtschaftsrisiko ganz oder teilweise auf den Arbeitnehmer verlagert. Für den Arbeitnehmer reduziert sich das Risiko einer andernfalls ggf. drohenden betriebsbedingten Kündigung. Werden Wochenarbeitszeit und Arbeitsentgelt um 100 Prozent reduziert, spricht man von sog. „Kurzarbeit Null“.<sup>44</sup>

Da die Kurzarbeit arbeitsmarktpolitisch (gerade in Krisenzeiten) zur Vermeidung von Kündigungen gewünscht ist, wird sie sozi-

<sup>34</sup> Siehe zB. die ausführliche Darstellung bei Stöß/Putzer, NJW 2020, 1465 ff.

<sup>35</sup> BGBl. 2020 I 587 – Bevölkerungsschutzgesetz I.; zu den Voraussetzungen dieses neuen Anspruchs im Einzelnen zB. Eckert, DStR 2020, 987 (989).

<sup>36</sup> Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 19.5.2020, BGBl. 2020 I 1018 – Bevölkerungsschutzgesetz II.

<sup>37</sup> Siehe oben unter I.

<sup>38</sup> Vgl. zu diesem Aspekt zB. Meßling, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19-Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 1. Aufl. (2020), § 19 Rn. 17 f.

<sup>39</sup> Auf dieses verbleibende Risiko weisen zu Recht auch Geulen/Sothmann, ArbRAktuell, 2020, 217 (218) hin.

<sup>40</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 616 BGB, Rn. 13; Temming, in: Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 1. Aufl. 2020, § 16 Infektionsschutzrechtliche Implikationen auf das Arbeitsrecht, Rn. 13.

<sup>41</sup> ZB. Dörrenbacher, JuWissBlog Nr. 55/2020 v. 9.4.2020; Rommelfanger, COVuR 2020, 178, (180).

<sup>42</sup> So auch Eibenstein, NVwZ 2020, 930 (932); Stöß/Putzer, NJW 2020, 1465 (1466).

<sup>43</sup> LG Heilbronn, Urt. v. 29.4.2020, Az.: I 4 O 82/20, NVwZ 2020, 975.

<sup>44</sup> Siehe zB. Bertz, NJW-Spezial 2020, 242; Zieglmeier, DStR 2020, 729.

altersversicherungsrechtlich durch den Anspruch des Arbeitnehmers auf Kurzarbeitergeld gem. § 95 SGB III flankiert.<sup>45</sup> Die Voraussetzungen für diesen Anspruch wurden im März 2020 im Rahmen eines Eilverfahrens wesentlich erleichtert.<sup>46</sup> Insbesondere genügt es nun für die Beantragung, dass 10 % der Belegschaft eines Betriebes vom Arbeitsausfall betroffen sind. Zudem erstattet die Bundesagentur für Arbeit sämtliche Sozialversicherungsbeiträge, welche nach der bisherigen Konzeption des Gesetzes insgesamt vom Arbeitgeber zu tragen waren.<sup>47</sup> Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Arbeitgeber, wenn er mit allen Mitarbeitenden in vollem Umfang Kurzarbeit vereinbart, überhaupt keine Lohnkosten mehr hat. Die Arbeitnehmer erhalten hingegen keinen vollen Lohnersatz, sondern Kurzarbeitergeld in Höhe von zunächst 60 % bzw. 67 % des bisherigen Lohns.<sup>48</sup>

Die Vorschriften über das Kurzarbeitergeld regeln allein die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der genannten Ersatzleistungen durch die Bundesagentur für Arbeit. Eine wichtige Voraussetzung für den sozialversicherungsrechtlichen Anspruch ist allerdings, dass die Kurzarbeit zunächst *arbeitsrechtlich* wirksam vereinbart wurde.<sup>49</sup> Es kommt also auch hier zu einer Verzahnung zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.

Erforderlich für die arbeitsrechtliche Einführung von Kurzarbeit ist eine Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien oder eine besondere kollektivrechtliche Grundlage. Eine einseitige Anordnung von Kurzarbeit im Wege des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts ist unzulässig, da es grundlegend in die Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses eingreifen würde.<sup>50</sup> Auch die Wirksamkeit von sog. „Kurzarbeitsklauseln“ – also eine vorab in den Arbeitsvertrag aufgenommene Klausel, die den Arbeitgeber zur *einseitigen* Anordnung von Kurzarbeit berechtigt –, ist im Hinblick auf die strengen Vorgaben der AGB-Kontrolle zumindest zweifelhaft und wurde vom BAG bislang nicht abgesegnet.<sup>51</sup> Die in der allgemeinen Berichterstattung oftmals kolportierte Möglichkeit des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer „in Kurzarbeit zu schicken“, ist rechtlich also schlicht unzutreffend.

Ist der Arbeitgeber an einen Tarifvertrag gebunden, kann sich die Befugnis des Arbeitgebers allerdings aus einer tariflichen Kurzarbeitsklausel ergeben.<sup>52</sup> Regelmäßig sind hier aber bestimmte (strenge!) formale Voraussetzungen einzuhalten und – sofern ein Betriebsrat vorhanden ist – mit diesem eine Betriebsvereinbarung abzuschließen. Eine solche kollektivrechtliche Einführung durch Betriebsvereinbarung ist auch in nicht tarifgebundenen Unternehmen mit Betriebsräten grundsätzlich

möglich.<sup>53</sup> In der Praxis kann allerdings die Verhandlung mit dem Betriebsrat einen nicht unerheblichen Zeitverlust darstellen. Zumeist dürften im Rahmen solcher Verhandlungen seitens des Betriebsrats auch weitere Zugeständnisse des Arbeitgebers – wie z.B. eine Aufstockung des Kurzarbeitergeldes oder ein Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen – gefordert werden.

In Unternehmen, in denen kein Betriebsrat gewählt wurde und/oder in denen Tarifverträge zur Anwendung kommen, die keine Kurzarbeitsregelung enthalten, bleibt dem Arbeitgeber nur die Einführung durch Änderungsvertrag mit jedem einzelnen Arbeitnehmer. Diese beschränkte Möglichkeit zur Einführung von Kurzarbeit betrifft insbesondere sämtliche Arbeitgeber im öffentlichen Dienst, da die einschlägigen Tarifverträge keine Möglichkeit zur Einführung von Kurzarbeit vorsehen.<sup>54</sup> Hinzu kommt, dass das hier anzuwendende Personalvertretungsrecht – anders als das für die Privatwirtschaft geltende Betriebsverfassungsrecht<sup>55</sup> – keine Mitbestimmungsmöglichkeit der Personalräte zur Einführung von Kurzarbeit enthält.<sup>56</sup> Dementsprechend hat das BAG ausdrücklich entschieden, dass eine Einführung von Kurzarbeit durch Dienstvereinbarung im öffentlichen Dienst nicht zulässig ist.<sup>57</sup> Es bleibt also nur die Möglichkeit des Abschlusses von einzelvertraglichen Vereinbarungen mit jedem einzelnen Arbeitnehmer.

Stimmen in einer solchen Konstellation Arbeitnehmer der Einführung von Kurzarbeit nicht zu, muss der Arbeitgeber ggf. über die zwangsweise Durchsetzung im Wege der Änderungskündigung nachdenken. Die Voraussetzungen an die Wirksamkeit einer Änderungskündigung gem. § 2 KSchG sind allerdings sehr streng. Dies gilt in besonderem Maße, wenn es sich um eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung handelt. Das BAG fordert unter anderem die Vorlage eines umfassenden Sanierungsplans, der detailliert darlegen muss, dass der Arbeitgeber alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausgeschöpft hat.<sup>58</sup> Es spricht indes einiges dafür, dass dieser strenge Maßstab im Falle einer Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit nicht anzulegen ist.<sup>59</sup> So wird hier – anders als bei einer einseitigen Entgeltreduzierung – nicht in das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingegriffen. Vielmehr werden Vergütung und Arbeitszeit gleichermaßen verringert. Zudem ist die Reduzierung nur auf eine vorübergehende Dauer angelegt.

Bejaht man die – wenn auch mit rechtlicher Unsicherheit behaftete – grundsätzliche Möglichkeit einer Änderungskündigung,

<sup>45</sup> Einen ausführlichen Überblick über die sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen der Kurzarbeit gibt zB. Voelzke, in: Küttner, Personalbuch 2020, Kurzarbeit, Rn. 29 ff.

<sup>46</sup> „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“ v. 13.3.2020, BGBl. I 2020, 493. Aufgrund dieser gesetzlichen Änderungen hat die Bundesregierung am 23.3.2020 eine entsprechende Rechtsverordnung verabschiedet, die rückwirkend zum 1.3.2020 in Kraft getreten ist (Kurzarbeitergeld-Verordnung - KugV).

<sup>47</sup> Siehe zB. Geulen/Vogt, ArRAktuell 2020, 181; Zieglmeier, DStR 2020, 729; Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 345.

<sup>48</sup> Arbeitnehmer mit mindestens einem Kind erhalten zunächst 67%, alle übrigen nur 60%. Befristet bis zum 31.12.2021 erhöht sich das Kurzarbeitergeld ab dem 4. Bezugsmonat auf 77% für Beschäftigte mit Kind und 70% für alle Übrigen; ab dem 7. Bezugsmonat erhöht es sich (ebenfalls befristet bis zum 31.12.2020) auf 87% (mit Kind) bzw. 80% für alle Übrigen; berücksichtigt wird jeweils allerdings nur das beitragspflichtige Entgelt, so dass Arbeitnehmern

mit einem Einkommen oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze eine größere Gehaltseinbuße droht.

<sup>49</sup> Vgl. Bertz, NJW-Spezial 2020, 242; Zieglmeier, DStR 2020, 729.

<sup>50</sup> Bauer/Günter, NZA 2020, 419; Voelzke, in: Küttner, Personalbuch 2020, Kurzarbeit, Rn. 2.

<sup>51</sup> Bertz, NJW-Spezial 2020, 242 mwN.

<sup>52</sup> Voelzke, in: Küttner, Personalbuch 2020, Kurzarbeit, Rn. 3 mwN.

<sup>53</sup> Voelzke, in: Küttner, Personalbuch 2020, Kurzarbeit, Rn. 4 mwN.; Kania, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 87 BetrVG, Rn. 35 f.

<sup>54</sup> Hierzu zB. Schmeisser/Fauth, COVuR 2020, 363 (366).

<sup>55</sup> § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

<sup>56</sup> Vgl. § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG bzw. die entsprechenden Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen der Länder.

<sup>57</sup> BAG NZA 2007, 637.

<sup>58</sup> BAG NZA 2006, 92.

<sup>59</sup> So Bauer/Günther, NZA 2020, 419 (420 f).

gilt es, ein weiteres Hindernis zu überwinden: im Falle einer *ordentlichen* Änderungskündigung muss der Arbeitgeber die ungekürzte Vergütung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzahlen. Insbesondere bei längeren Kündigungsfristen oder der – z.B. im öffentlichen Dienst oft anzutreffenden – *ordentlichen* Unkündbarkeit, führt dies dazu, dass die angestrebte sofortige Erleichterung bei den laufenden Lohnkosten nicht erreicht werden kann. Es muss also über die Möglichkeit einer *außerordentlichen* Änderungskündigung nachgedacht werden. Der hierfür zusätzlich erforderliche wichtige Grund iSd. § 626 BGB liegt dann vor, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen dem Arbeitgeber unzumutbar und die kurzfristige Änderung der Arbeitsbedingungen notwendig ist. Das Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes wird man im Falle der Corona-Krise wohl grundsätzlich mit guten Argumenten begründen können.<sup>60</sup> Ob dies von den Gerichten letztlich mitgetragen wird, ist jedoch derzeit noch vollkommen offen.

Es bleibt im Ergebnis bei erheblichen (rechtlichen und wirtschaftlichen) Risiken, die der Arbeitgeber zu tragen hat. Dies gilt nicht nur für die Unwägbarkeiten im Hinblick auf die Möglichkeit einer Änderungskündigung, sondern auch dann, wenn grundsätzlich eine Vereinbarung über die Kurzarbeit – sei es durch Betriebsvereinbarung oder durch Änderungsvertrag – zustande kommt. Stellt sich nämlich heraus, dass diese Vereinbarung unwirksam ist, entfällt die Grundlage zur Einführung von Kurzarbeit. Dies hat zur Folge, dass die Beschäftigten ihren vollen Lohn verlangen können und die Bundesagentur für Arbeit ggf. die Auszahlung des Kurzarbeitergelds verweigern bzw. bereits ausgezahltes Kurzarbeitergeld zurückverlangen kann.<sup>61</sup>

### C) Homeoffice: eine arbeitsrechtliche Gratwanderung

Neben der Kurzarbeit wurde und wird die Verlegung von Arbeit ins „Home-Office“ als Paradelösung zur Vermeidung von Corona-bedingten Gesundheitsgefahren und Arbeitsausfällen gehandelt. Ging der Wunsch nach häuslicher Tätigkeit in der Vergangenheit zumeist auf Wünsche der Arbeitnehmer zurück, haben jetzt Arbeitgeber ein großes Interesse daran, die Tätigkeit aus den (oft engen) Büros in die Privatsphäre des Arbeitnehmers zu verlagern.

Diskutiert wird daher insbesondere, ob Arbeitgeber einseitig kraft Ausübung ihres Direktionsrechts zur Anordnung von Home-Office berechtigt sind.<sup>62</sup> Rechtsprechung und Literatur verneinen dies bislang ganz überwiegend vor allem unter Hinweis auf die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG).<sup>63</sup> In der aktuellen Krisensituation mehrten sich indes Stimmen, die eine Ausweitung des Direktionsrechts unter bestimmten Voraussetzungen für möglich und zulässig halten.<sup>64</sup> Überzeugend

ist dies vor allem dann, wenn die Anordnung zeitlich befristet erfolgt, z.B. für den Zeitraum einer angeordneten Betriebsschließung oder zur Vermeidung einer erhöhten Gefährdungslage für die Gesundheit der Belegschaft. Die Arbeitnehmer trifft in diesen Fällen eine Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, die zu einer entsprechenden Verpflichtung der Verlagerung der Tätigkeit nach Hause führen kann.<sup>65</sup>

Spiegelbildlich stellt sich ebenso die Frage, ob der Arbeitgeber dem Wunsch des Arbeitnehmers auf Home-Office nachkommen muss. Ein allgemeines Recht auf Home-Office wird zwar bereits seit einiger Zeit politisch diskutiert<sup>66</sup>, ist bislang aber gesetzlich nicht vorgesehen.<sup>67</sup> Auch die Rechtsprechung war diesbezüglich in der Vergangenheit sehr zurückhaltend.<sup>68</sup>

Entsprechend zu den Überlegungen zur Reichweite des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts sind aber auch hier die Besonderheiten der aktuellen Krisensituation in die Erwägungen einzubeziehen. Ein besonderes Interesse des Arbeitnehmers an der Erbringung von Home-Office kann etwa dann bestehen, wenn eine körperliche Vorbelastung vorliegt oder Kinder aufgrund der Schul- und KiTa-Schließungen zu Hause betreut werden müssen. Hier kann durchaus argumentiert werden, dass der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht zu einem entsprechenden (vorübergehenden) Entgegenkommen verpflichtet ist.<sup>69</sup> Das Arbeitsgericht Augsburg hat in einer ersten Entscheidung ein solches Recht auf Home-Office für einen vorerkrankten Kläger allerdings abgelehnt.<sup>70</sup> Begründet wird dies vor allem damit, dass es alleine dem Arbeitgeber obliege, zu entscheiden, wie er seiner Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen gem. § 618 BGB nachkomme.

Idealerweise erfolgt die Verlagerung der Arbeit ins Home-Office indes einvernehmlich. Da die wenigsten Arbeitsverträge eine entsprechende Möglichkeit/Regelung enthalten dürften, bedarf es hierzu einer entsprechenden Home-Office Vereinbarung.<sup>71</sup> Eine solche Vereinbarung kann – wie wohl in der akuten Corona-Situation oftmals geschehen – auch konkludent abgeschlossen werden.<sup>72</sup> Dies birgt jedoch einige Risiken. So ist der Arbeitgeber auch bei einer häuslichen Tätigkeit zur Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften verpflichtet.<sup>73</sup> Insbesondere ist eine Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen und der Arbeitnehmer auf bestehende Risiken hinzuweisen.<sup>74</sup> Auch die Einhaltung der Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) ist sicherzustellen.<sup>75</sup> Letzteres wird dem Arbeitgeber letztlich nur durch eine Delegation der Dokumentationspflicht auf den Arbeitnehmer möglich sein, die idealerweise in der Home-Office Vereinbarung festzuhalten ist. Inwiefern dies allerdings – insbesondere im

<sup>60</sup> So Bauer/Günther, NZA 2020, 419 (421 f.).

<sup>61</sup> Schmeisser/Fauth, CoVuR 2020, 363.

<sup>62</sup> Vgl. Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186; Krieger/Rudnik/Peramato, NZA 2020, 473 (474 f.); Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1114); Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 345 (348).

<sup>63</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. (2020), § 106 GewO, Rn. 28a; Richter, ArbR Aktuell 2019, 142; Benkert, NJW-Spezial 2019, 306; LAG Berlin Brandenburg, Urt. v. 14.11.2018, Az. 17 Sa 562/18, ArbRAktuell 2019, 47.

<sup>64</sup> Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1114); Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 345 (348).

<sup>65</sup> Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186.

<sup>66</sup> Vgl. Picker, ZRP 2020, 167.

<sup>67</sup> Benkert, NJW-Spezial 2019, 306; Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186 mwN.

<sup>68</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18.12.2014, Az.: 5 Sa 378/14, ArbRAktuell 2015, 158.

<sup>69</sup> So Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186 (187); Krieger/Rudnik/Peramato, NZA 2020, 473 (477).

<sup>70</sup> ArbG Augsburg, Urt. v. 7.5.2020, Az.: 3 Ga 9/20, COVuR 2020, 332.

<sup>71</sup> Röller, in: Küttner, Personalbuch 2020, Homeoffice, Rn. 7-10; zu den regelungsbedürftigen Inhalten einer solchen Vereinbarung ausführlich Richter, ArbRAktuell 2019, 166.

<sup>72</sup> Röller, in: Küttner, Personalbuch 2020, Homeoffice, Rn. 6.

<sup>73</sup> Schwede, ArbRAktuell 2020, 160; Krieger/Rudnik/Peramato, NZA 2020, 473-480; Richter, ArbRAktuell 2019, 142 (143).

<sup>74</sup> Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186 (188).

<sup>75</sup> Zu diesem Aspekt Benkert, NJW-Spezial 2019, 306.

Hinblick auf die vom EuGH jüngst aufgestellten strengen Anforderungen an die Arbeitszeitdokumentation<sup>76</sup> – möglich und zulässig ist, wird sich erst noch zeigen müssen.

Wie diese Schwierigkeiten bei Einführung des bereits länger angekündigten und aktuell wieder diskutierten „Rechts auf Home-Office“ gelöst werden sollen, ist bislang ebenfalls noch offen. Vieles spricht dafür, dass die neue Arbeitswelt insgesamt einer Neujustierung und Überarbeitung des Arbeitsschutzrechts bedarf.

#### D) Weitere arbeitsrechtliche Aspekte der Corona-Krise

Da die Corona-Krise nahezu sämtliche Bereiche des (Arbeits-)Lebens betrifft, können auch die meisten arbeitsrechtlichen Themen unter diesem neuen Aspekt beleuchtet werden. Neben den hier im Vordergrund stehenden Fragen betreffend das Lohnrisiko gehören hierzu vor allem Fragen rund um den Arbeitsschutz.<sup>77</sup> Angesichts der akut bestehenden Gesundheitsgefahren und der Notwendigkeit, durch entsprechende strenge Hygienemaßnahmen zur Prävention beizutragen, haben die arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen von Arbeitgebern (aber auch Arbeitnehmern) erheblich an Bedeutung gewonnen. Von zentraler Bedeutung ist die bereits erwähnte Gefährdungsbeurteilung gem. § 5 Abs. 1 ArbSchG, die für jeden Arbeitsplatz oder jede Tätigkeitsgruppe regelmäßig anzupassen ist.<sup>78</sup> Darüber hinaus ist z.B. fraglich, ob Arbeitgeber berechtigt sind, den Gesundheitszustand der Beschäftigten zu überprüfen.<sup>79</sup> Überwiegend bejaht wird jedenfalls die Verpflichtung des Arbeitnehmers, eine COVID 19 Erkrankung dem Arbeitgeber mitzuteilen, damit dieser entsprechende Maßnahmen ergreifen kann.<sup>80</sup>

Weitere Fragen stellen sich im Zusammenhang mit dem Arbeitszeitrecht. Während die überwiegende Zahl der Arbeitgeber infolge der Corona-Krise mit Betriebsschließungen und damit einhergehendem Auftragsrückgang zu kämpfen hatten, bestand und besteht insbesondere im Gesundheitswesen ein Mangel an Arbeitskräften. Um die Gesundheitsversorgung dennoch sicherstellen zu können, wurde das Arbeitszeitgesetz kurzfristig geändert.<sup>81</sup> Der – zunächst befristet bis Ende des Jahres – eingefügte § 14 Abs. 4 ArbZG ermächtigt das Ministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Ministerium für Gesundheit Abweichungen von den gesetzlichen vorgesehenen Arbeitszeitgrenzen anzuordnen. Die daraufhin am 7.4.2020 erlassene - bis zum 31.7.2020 befristete - Covid-19-Arbeitszeitverordnung wurde indes heftig kritisiert und zunächst nicht verlängert.<sup>82</sup> Man darf gespannt sein, ob die Ermächtigungsgrundlage in § 14 Abs. 4 ArbZG über den 31.12.2020 hinaus Bestand haben wird.

Schließlich bleibt insbesondere auch das Mitbestimmungsrecht nicht von Corona-Fragen verschont. Im Zentrum steht der neue § 129 BetrVG, der aufgrund der Corona-Krise am 20.5.2020 in das

Gesetz eingefügt wurde.<sup>83</sup> Danach ist es Betriebsräten und anderen Mitbestimmungsgremien nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, ihre Sitzungen und Beschlüsse per Telefon- oder Videokonferenz abzuhalten. Die Zulässigkeit solcher virtuellen Sitzungen und Beschlüsse war zuvor kontroverse diskutiert und wohl überwiegend abgelehnt worden.<sup>84</sup> Die dringende Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung ergab sich vor allem daraus, dass zahlreiche – insbesondere zur Einführung von Kurzarbeit erforderliche – Betriebsvereinbarungen andernfalls nicht wirksam abgeschlossen werden konnten bzw. ihre Wirksamkeit jedenfalls fragwürdig war. Die Regelung gilt ebenfalls zunächst nur befristet bis zum 31.12.2020, so dass die diesbezüglichen Diskussionen nicht beendet sein dürften.

#### E) Fazit

Die Corona-Krise hat (nicht nur) im Arbeitsrecht dazu geführt, dass zahlreiche - für gefestigt erachtete - Rechtsgrundsätze neu erörtert und in Frage gestellt werden. Hierzu gehört insbesondere die Debatte rund um die Zuweisung des Lohnrisikos und die Reichweite von §§ 615, 616 BGB. Im Dreiecksverhältnis Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Staat ist das letzte Wort noch nicht gesprochen, wer in welcher Konstellation die Lohnkosten am Ende des Tages tragen müssen. Vielmehr ist zu erwarten, dass diese Fragen die Gerichte im Nachhinein noch lange beschäftigen werden. Kurzarbeit und Homeoffice weisen zwar teilweise einen Weg aus der Zwangslage und sorgen – insbesondere durch die Aufstockung des Kurzarbeitergeldes – für (vorübergehende) Entspannung. Auch hier bestehen jedoch Unsicherheiten und Risiken, die zumeist vom Arbeitgeber zu tragen sind. Es gilt also, genau hinzusehen und im Gewirr der zahlreichen alten und neuen – die verschiedenen Rechtsmaterien übergreifenden - Vorschriften nicht den Überblick zu verlieren. Der vorliegende Beitrag stellt den Versuch dar, zur Entwirrung beizutragen und zum Nachfragen anzuregen.

#### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>76</sup> EuGH, Urt. v. 14.5.2019, Az.: C-55/18, EuZW 2019, 476.

<sup>77</sup> Siehe dazu im Detail zB. *Steinau-Steinrück/Joris*, NJW-Spezial 2020, 370; *Sander/Hilberg/Bings*, COVuR 2020, 347.

<sup>78</sup> Im Einzelnen *Steinau-Steinrück/Joris*, NJW-Spezial 2020, 370;

<sup>79</sup> Zurückhaltend und allenfalls für anlassbezogene Kontrollen zB. *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112.

<sup>80</sup> Anders als bei anderen Erkrankungen, bei denen regelmäßig keine Pflicht zur Mitteilung der Art der Erkrankung besteht; vgl. *Eckert*, DStR 2020, 987 (992); *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112.

<sup>81</sup> Art. 11 II des Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des

Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket), BGBl. I 2020, 578.; dazu etwa *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 (346 f.).

<sup>82</sup> Verordnung zu Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz infolge der COVID-19-Epidemie (COVID-19-Arbeitszeitverordnung), Banz AT 9.4.2020 V 2.;

<sup>83</sup> Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung v. 20.5.2020, BGBl. I, 1044.

<sup>84</sup> *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 (349); *Eckert*, DStR 2020, 987 (992); ausführlich *Müller*, ArbR Aktuell 2020, 247.



# KÖPFE

# GESUCHT

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

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

---

## KLAUSUR – ZIVILRECHT

---

Prof. Dr. Christian F. Majer<sup>\*</sup>/Referendarin Nathalie Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)\*\*

### „Unkraut, Insekten und widerspenstige Mieter“ Examensübungsklausur

#### Sachverhalt

E ist Eigentümer eines bebauten Grundstücks auf dem Gebiet der Gemeinde E. Angrenzend zu seinem Grundstück befindet sich eine zu allen anderen Seiten von hohen Bäumen umgebene und mit Rasen bewachsene Fläche, welche im Eigentum der Gemeinde steht. Der frühere Eigentümer (F) hatte mit der Gemeinde vereinbart, dass er den Rasen nutzen darf, er ihn dafür aber regelmäßig mähen und pflegen soll. Er hatte E von dieser Vereinbarung berichtet. E ging daraufhin zum Rathaus, um bezüglich der Vereinbarung zwischen F und der Gemeinde G in die Rechte und Pflichten des F einzutreten; die Bedienstete der Gemeinde teilte ihm mit, es werde sich jemand vom Liegenschaftsamt melden. E wartete mehrere Monate, ohne dass etwas passiert war. Der Rasen wurde weder gepflegt noch benutzt. Infolgedessen verwilderte das Grundstück mit dem Rasen immer mehr, sodass die Benutzung unmöglich wurde und eine Entfernung des Wildwuchses mit Kosten verbunden ist. E beschwert sich nun, vom Rasen gelangten ständig Insekten und (durch Vermehrung) Unkraut auf sein Grundstück. Er möchte, dass die Gemeinde etwas dagegen unternimmt und verlangt Entschädigung. Die Gemeinde wiederum fragt nach ihren Rechten gegen F und E.

#### Bestehen die geltend gemachten Ansprüche?

Auch mit seinem ehemaligen Untermieter hat E Schwierigkeiten. Dieser (U) lebt zusammen mit seiner Ehefrau F, sie betreiben mehrere Restaurants. Inhaber ist F, U arbeitet ohne Arbeitsvertrag als faktischer Geschäftsführer (als Arbeitnehmer mit vergleichbaren Aufgaben würde er 4000 EUR netto verdienen). F hat ein Einkommen von durchschnittlich 6000 EUR netto. U ist Eigentümer eines wertvollen (ca 3000 EUR) von seinen Vorfahren geerbten Gebetsteppichs, den er als praktizierender Moslem zum Beten benutzt. E erwirkt vor dem AG einen Titel auf Zahlung des Unterhalts.

#### Wie kann E den Titel vollstrecken?

#### Wie könnten F und U sich jeweils wehren?

---

<sup>\*</sup> Der Autor ist Inhaber einer Professur an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg und Direktor des dortigen Instituts für Internationales und ausländisches Privat- und Verfahrensrecht.

<sup>\*\*</sup> Die Autorin ist Referendarin im Bezirk des OLG Stuttgart (zZt. LG Rottweil) und wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Angewandte Forschung (IAF) der der Hochschule für Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

## Gliederung

### Aufgabe 1

A) Anspruch der Gemeinde gegen F auf Schadensersatz

I. Schadensersatz aus Vertrag

1. Anspruch entstanden
2. Anspruch untergegangen

II. Ergebnis

B) Anspruch der Gemeinde gegen E

I. Anspruch auf Schadensersatz

1. Auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB
  - a) Schuldverhältnis
  - b) Ergebnis
2. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB
  - a) Eigentum der G
  - b) Besitz des E
  - c) Ergebnis
3. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB
  - a) Anwendbarkeit
  - b) Rechtsverletzung
  - c) Verkehrssicherungspflicht des E – subjektive Korrektur
  - d) Ergebnis

II. Ansprüche auf Nutzungsersatz

1. Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB
  - a) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
  - b) Gezogene Nutzungen
  - c) Schuldhaftes Unterlassen der Nutzziehung
  - d) Ergebnis
2. Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB
  - a) Anwendbarkeit
  - b) Etwas erlangt
  - c) Ergebnis
3. Zwischenergebnis

C) Anspruch des E gegen die Gemeinde

I. Anspruch des E gegen die Gemeinde

gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf Unterlassung der Immissionen

1. Beeinträchtigung
2. Störereigenschaft
3. Ergebnis

II. Anspruch des E gegen die Gemeinde

analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf Entschädigung

1. Immissionen iSd. § 906 BGB
2. Duldungspflicht gem. § 906 Abs. 2 S. 1 BGB
  - a) Wesentlichkeit der Beeinträchtigung
  - b) Ortsüblichkeit der Beeinträchtigungen
  - c) Unzumutbarkeit der Nutzung
  - d) Ergebnis

D) Ergebnis zu Aufgabe 1

### Aufgabe 2

I. Möglichkeiten der Vollstreckung für E: Vollstreckung wegen Geldforderungen

1. Us verschleiertes Arbeitseinkommen gem. § 850h Abs. 2 ZPO
2. Taschengeldanspruch
3. Pfändung des Gebetsteppichs gem. § 808 Abs. 1 ZPO
  - a) Gewahrsam
  - b) Pfändungsverbote
  - c) Zwischenergebnis
  - d) Austauschpfändung
  - e) Ergebnis

II. Rechtsschutz des U gegen die Vollstreckung?

1. Erinnerung gem. § 766 ZPO
  - a) Statthaftigkeit
  - b) Erinnerungsbefugnis
  - c) Zuständigkeit: Vollstreckungsgericht
  - d) Zwischenergebnis
  - e) Begründetheit
2. Ergebnis

III. Rechtsschutz der F

1. Erinnerung gem. § 766 ZPO
  - a) Statthaftigkeit
  - b) Erinnerungsbefugnis
2. Ergebnis

## Gutachten

### Aufgabe 1

#### A) Anspruch der Gemeinde gegen F auf Schadensersatz

Fraglich ist, ob die Gemeinde einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den früheren Eigentümer F hat.

##### I. Schadensersatz aus Vertrag

In Betracht kommt ein vertraglicher Schadensersatzanspruch. Hierfür müsste im Zeitpunkt der schädigenden Handlung zwischen F und der Gemeinde G ein Schuldverhältnis gem. § 280 Abs. 1 BGB vorliegen.

##### 1. Anspruch entstanden

Das Schuldverhältnis ist eine Rechtsbeziehung zwischen (mindestens) zwei Personen, auf Grund dessen der Gläubiger von dem Schuldner eine Leistung fordern kann.<sup>1</sup> Indem F und die Gemeinde vereinbart hatten, dass F den Rasen nutzen darf, er ihn dafür aber regelmäßig mäht und pflegt, entstand ein Schuldverhältnis iSd. § 280 Abs. 1 BGB mit gegenseitigen Rechten und Pflichten.

##### 2. Anspruch untergegangen

Fraglich ist, ob dieses Schuldverhältnis durch die Veräußerung des Grundstücks an E erloschen ist. Dies ist zu bejahen, ist das Schuldverhältnis doch erkennbar durch die Eigentümerstellung am Nachbargrundstück zeitlich begrenzt. Weder war vereinbart, dass das Schuldverhältnis über die Zeit des Eigentums hinaus fortbestehen sollte noch, dass jeder spätere Eigentümer automatisch in das Schuldverhältnis eintreten sollte. Ein bereits erloschenes Schuldverhältnis kann nur durch den Abschluss eines neuen Vertrages wiederbegründet werden<sup>2</sup> – dies ist mangels Vereinbarung zwischen der Gemeinde und E nicht geschehen.

Jedenfalls kann F, mangels fortbestehender Eigentümerstellung, die geschuldete Leistung, Pflege des Rasens, in rechtlicher Hinsicht dauerhaft nicht erbringen – sie ist ihm unmöglich.<sup>3</sup> Diese Unmöglichkeit führt ohne Weiteres zum Ausschluss der Leistungspflicht, sie ist somit gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen.

## II. Ergebnis

Die Gemeinde hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB gegen den früheren Eigentümer F.

#### B) Anspruch der Gemeinde gegen E

Fraglich ist, ob die Gemeinde Ansprüche gegen E, den neuen Eigentümer, hat.

##### I. Anspruch auf Schadensersatz

Die Gemeinde könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegen E haben, weil dieser das Grundstück mitsamt Rasen nicht gepflegt hatte und dieses infolgedessen immer mehr verwilderte.

##### 1. Auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Gemeinde könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB gegen den neuen Eigentümer E wegen der Verwilderung des Grundstücks haben.

##### a) Schuldverhältnis

Hierfür müsste ein Schuldverhältnis zwischen der Gemeinde und E bestehen.

aa) Dies wäre dann jedenfalls zu bejahen, wenn der neue Eigentümer E und die Gemeinde einen (eigenen) Vertrag geschlossen hätten. Hierzu müssten zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, die in Bezug aufeinander abgegeben worden sind und inhaltlich übereinstimmen, Angebot und Annahme<sup>4</sup> gem. §§ 145 ff. BGB. Indem E zum Rathaus ging, um in die Rechte und Pflichten des F einzutreten und die Vereinbarung damit aufrecht zu erhalten, hat er der Gemeinde ein Angebot i.S.v. § 145 BGB gemacht. Dieses Angebot müsste die Gemeinde auch angenommen haben. Die Annahmeerklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>5</sup> Indem sich jedoch über Monate hinweg kein Gemeindebediensteter vom Liegenschaftsamt meldete, hat die Gemeinde das Angebot des E nicht angenommen.

Damit ist mangels Vertragsschlusses keine Vereinbarung zur Rasenpflege und -nutzung zwischen der Gemeinde und E zustande gekommen

bb) Die mit dem früheren Eigentümer F geschlossene Vereinbarung könnte jedoch auf den neuen Eigentümer E durch die Übereignung des Grundstücks gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB übergegangen sein. Die Vereinbarung zwischen Alteigentümer F und der Gemeinde begründet (ohne die Eintragung in das Grundbuch) lediglich ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht. Dieses erlischt jedoch, sobald das Eigentum übertragen wird, denn der Rechtsnachfolger tritt nicht ohne weiteres durch in frühere Vereinbarungen schuldrechtlich wirkender Sondernutzungsrechte ein.<sup>6</sup>

Daher ist allein mit der Übereignung des Grundstücks gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB die Vereinbarung zwischen G und F nicht automatisch auf E übergegangen.

##### b) Ergebnis

Folglich hat die Gemeinde keinen Anspruch gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB gegen E auf Schadensersatz wegen der Verwilderung des Grundstücks.

##### 2. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob der Gemeinde ein Anspruch gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB gegen E wegen der Verwilderung des Grundstücks zusteht. Hierfür müsste zwischen G und E ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Zeitpunkt der schädigenden Handlung, dem Verwildern-Lassen des Rasens, bestanden haben.

<sup>1</sup> Sutschet, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 55. Ed. (01.08.2020), § 241 Rn. 2.

<sup>2</sup> Schulze, in: Schulze/Dörner u.a., HK BGB, 10. Aufl. (2019), § 311 Rn. 4.

<sup>3</sup> Ernst, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2019), § 275 Rn. 11-12; Schulze, in: Schulze/Dörner u.a., HK BGB, 10. Aufl. (2019), § 275 Rn. 2-5.

<sup>4</sup> Möslein, in: BeckOKG BGB (1.5.2019), § 145 Rn. 4; Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), §§ 145 - 157, Vorbemerkungen, Rn. 2.

<sup>5</sup> Dörner, in: Schulze/Dörner u.a., HK BGB, 10. Aufl. (2019), § 147 Rn. 2f.; Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 147 Rn. 1 ff.

<sup>6</sup> Siehe auch bei Eintritt in die Wohnungseigentümergeinschaft: Ein ohne Eintragung in das Grundbuch begründetes (schuldrechtliches) Sondernutzungsrecht erlischt, wenn ein neuer Wohnungseigentümer in die Gemeinschaft eintritt, welcher der bisherigen schuldrechtlichen Vereinbarung nicht beitrifft, vgl. OLG Köln ZMR 2002, 73.

**a) Eigentum der G**

Die Gemeinde G ist laut Sachverhalt Eigentümerin der Rasenfläche.

**b) Besitz des E**

Fraglich ist, ob E Besitzer des Grundstücks ist. Unmittelbarer Besitzer ist entsprechend § 854 Abs. 1 BGB, wer die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache hat, es kommt gerade nicht auf ein Recht zum Besitz an.<sup>7</sup> Dafür, dass E Besitz an der Rasenfläche hat, streitet, dass E tatsächlich die Zugriffsmöglichkeit auf das ihn zu allen Seiten angrenzende Grundstück hat. Im Grundfall des unmittelbaren Besitzes ist jedoch die rein tatsächliche – im Gegensatz zum Eigentum also nicht rechtliche – auf einem Herrschaftswillen beruhende Beziehung einer Person zu einer Sache maßgeblich. Für eine Verneinung des Besitzes seitens E spricht daher, dass kein Willensakt des E nach außen hin erkennbar ist, dahingehend, dass er das Grundstück vor dem Abschließen einer neuen – oder dem Eintritt in die damals zwischen F und G bestehenden – Vereinbarung nutzen und im Gegenzug pflegen möchte. Würde man Sachherrschaft trotz fehlenden Herrschaftswillens seitens E annehmen, so würde es sich um eine Art aufgedrängte Sachherrschaft handeln und widerspräche somit der Systematik und dem Telos der Besitzbegründungsvorschriften.

**c) Ergebnis**

Der Gemeinde steht kein Anspruch gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB gegen E wegen der Verwilderung des Grundstücks zu.

**3. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB**

Fraglich ist, ob der Gemeinde ein deliktischer Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB gegen E wegen der Verwilderung des Grundstücks zusteht.

**a) Anwendbarkeit**

Bevor die Voraussetzungen eines solchen Anspruches geprüft werden, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Deliktsrechts neben den Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Wie oben festgestellt, hat E mangels Herrschaftswillens keine tatsächliche Sachherrschaft an dem Grundstück, sodass mangels Besitzes an der Rasenfläche ein Vorrang der Regelungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis entsprechend § 993 Abs. 1 aE. BGB ausscheidet. Die Regelungen des Deliktsrechts sind anwendbar.

**b) Rechtsverletzung**

Voraussetzung für den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist, dass E widerrechtlich und schuldhaft ein durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut der Gemeinde verletzt hat. In Betracht kommt eine Eigentumsverletzung. Eine Eigentumsverletzung ist gegeben, wenn in die durch § 903 BGB zum Ausdruck kommende Herrschaftsbefugnis des Berechtigten eingegriffen wird.<sup>8</sup> Neben der Entziehung und Belastung liegt daher auch in sonstigen Störungen der Nutzbarkeit der Sache eine Eigentumsverletzung. Indem E es unterließ das Grundstück der G zu pflegen und dadurch der das Grundstück immer weiter verwilderte, kann –

zumindest objektiv betrachtet – mittelbar eine Eigentumsverletzung der G durch Unterlassen seitens E angenommen werden.

**c) Verkehrssicherungspflicht des E – subjektive Korrektur**

Eine Verletzung ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn E rechtlich dazu verpflichtet wäre, das Grundstück der Gemeinde zu pflegen und Verletzungen jedweder Art von dem Grundstück der G abzuwenden, sprich, wenn E eine Verkehrssicherungspflicht hätte. Die Verkehrssicherungspflicht lässt sich in ihrem Grundtatbestand als allgemeine Rechtspflicht umschreiben, wonach derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich Gefahren schafft oder andauern lässt, alle geeigneten, erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen treffen muss, um Gefahren von einem anderen Rechtsgutträger abzuwenden. Eine solche Pflicht kann jedoch nur dann angenommen werden, soweit sich nach sachkundigem Urteil die naheliegende Möglichkeit der Schädigung von Rechtsgütern anderer ergibt.<sup>9</sup> Dies ist insbesondere dann abzulehnen, wenn ein nicht zu erwartender Eingriff seitens Dritter vorliegt.<sup>10</sup> Nachbarliche Grundstückseigentümer trifft in der Regel keine ipso iure Verpflichtung, andere Nachbargrundstücke zu pflegen. Es wäre vielmehr ein unzulässiger Eingriff in die Grundstücksgestaltungsfreiheit der Nachbarn. Damit liegt ein nicht zu erwartender Eingriff seitens E vor. E hat demnach keine Verkehrssicherungspflicht bezüglich des Grundstücks der G.

**d) Ergebnis**

Die Gemeinde hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen E gem. § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verwilderung des Grundstücks.

**II. Ansprüche auf Nutzungersatz**

Fraglich ist, ob die Gemeinde gegen E einen Anspruch auf Nutzungersatz wegen der Verwilderung des Grundstücks hat.

**1. Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB**

Die Gemeinde könnte einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 S. 1 BGB wegen der Verwilderung des Grundstücks haben.

**a) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis**

Hierfür müsste zwischen der Gemeinde und E ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Zeitpunkt der schädigenden Handlung bestanden haben. Wie oben bereits geprüft, hat E keinen Besitz am Grundstück der Gemeinde, sodass ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht vorliegt und ein Anspruch ausscheidet.

**b) Gezogene Nutzungen**

Zudem wäre des Weiteren fraglich, ob Nutzungen gezogen worden sind. Nutzungen sind bei § 987 BGB in direkter Anwendung nur Sachnutzungen, also unmittelbare, § 99 Abs. 1 BGB, und mittelbare, § 99 Abs. 3 BGB, Sachfrüchte sowie die Vorteile aus dem Sachgebrauch, § 100 BGB.<sup>11</sup> Laut Sachverhalt ist dahingehend nichts ersichtlich, E hat keine Nutzungen aus dem Grundstück gezogen.

<sup>7</sup> Berger, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 854 Rn. 1-7; Götz, in: BeckOGK BGB (1.7.2019), § 854 Vorbem.

<sup>8</sup> Wagner, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 823 Rn. 213-214; Staudinger, in: Schulze/Dörner u.a., HK BGB, 10. Aufl. (2019), § 823 Rn. 12; 60.

<sup>9</sup> BGH NJW 2007, 1683 ff.

<sup>10</sup> OLG Hamm VersR 2008, 1273.

<sup>11</sup> Raff, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 987 Rn. 6; Berger, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 987 Rn. 1f.

### c) Schuldhaftes Unterlassen der Nutzziehung

E könnte jedoch schuldhaft keine Nutzungen gezogen haben, § 987 Abs. 2 BGB. Zusätzliche Voraussetzungen hierfür sind, dass die Nutzziehung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft möglich gewesen sein müsste, sie aber schuldhaft iSd. §§ 276, 278 BGB unterlassen worden sind.<sup>12</sup>

Nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft war es auf der Rasenfläche der Gemeinde nicht möglich, etwaige Nutzungen in Form von Sachfrüchten oder ähnlichem zu ziehen.

### d) Ergebnis

Die Gemeinde G hat demnach weder einen Anspruch auf Nutzungsersatz nach § 987 Abs. 1 BGB noch einen Anspruch auf Ersatz schuldhaft nicht gezogener Nutzungen nach § 987 Abs. 2 BGB.

## 2. Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen gem. § 812 I 1 Var. 2 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch der Gemeinde gegen E auf Herausgabe etwaiger Nutzungen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB wegen der Verwilderung des Grundstücks.

### a) Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob der bereicherungsrechtliche Anspruch neben dem Anspruch aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gem. §§ 987, 990 BGB bestehen kann. Wie oben festgestellt, hat E mangels Herrschaftswillen keine tatsächliche Sachherrschaft an dem Grundstück, sodass mangels Besitzes an der Rasenfläche ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und damit ein Vorrang der Regelungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis entsprechend § 993 Abs. 1 aE. BGB ausscheidet. Die Regelungen des Bereicherungsrechts sind anwendbar.

### b) Erlangtes

E müsste in sonstiger Weise auf Kosten der Gemeinde ohne rechtlichen Grund etwas erlangt haben. Als Bereicherungsgegenstand kommt die Nutzungsmöglichkeit der Rasenfläche in Betracht.

„Etwas erlangt“ bezeichnet jedwede Verbesserung der Vermögenslage des Bereicherungsschuldners, womit auch Gebrauchsvorteile oder sonstige Nutzungen gemeint sein können.<sup>13</sup> Danach würde E mit der Nutzungsmöglichkeit etwas erlangt haben, denn allein die potenzielle Nutzungsmöglichkeit ist an und für sich kommerzialisierbar. Systematisch betrachtet widerspricht solch eine Auslegung jedoch dem Telos des § 818, der festlegt, dass nur tatsächlich gezogene Nutzungen herauszugeben sind.<sup>14</sup> Die allein potenzielle Nutzungsmöglichkeit ist daher kein tauglicher Bereicherungsgegenstand (aA. vertretbar).

### c) Ergebnis

Die Gemeinde hat demnach auch keinen Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB wegen der Verwilderung des Grundstücks.

<sup>12</sup> Berger, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 987 Rn. 5; Schulte-Nölke, in: Schulze/Dörner u.a., HK BGB, 10. Aufl. (2019), § 987 Rn. 4.

<sup>13</sup> Wiese, in: Schulze/Dörner u.a., HK BGB, 10. Aufl. (2019), § 812 Rn. 3-4; Schwab, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 812 Rn. 1, 2.

<sup>14</sup> Wendehorst, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 55. Ed. (01.08.2020), § 812 Rn. 58; Schwab, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 818 Rn. 32-35.

## 3. Zwischenergebnis

Die Gemeinde hat gegen E wegen der Verwilderung des Grundstücks keinerlei Ansprüche, weder auf Schadensersatz noch auf Nutzungsersatz.

## C) Anspruch des E gegen die Gemeinde

Fraglich ist, ob E wegen der Verwilderung des Grundstücks einen Anspruch gegen die Gemeinde hat.

## I. Anspruch des E gegen die Gemeinde gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf Unterlassung der Immissionen

In Betracht kommt ein Anspruch des E gegen die Gemeinde auf Unterlassung der Immissionen in Form der Insekten und Unkraut auf seinem Grundstück gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.

### 1. Beeinträchtigung

Hierfür müsste eine Beeinträchtigung vorliegen. Grundsätzlich ist diese Voraussetzung weit zu verstehen und erfasst alle positiven Einwirkungen auf das Grundstück, insbesondere solche, die in § 906 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt sind.<sup>15</sup>

Hier ist das Grundstück für den Eigentümer E in seiner Nutzbarkeit durch die Insekten und das überwachsene Unkraut betroffen. Es liegt eine Immission iSd. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

### 2. Störereigenschaft

Der Anspruchsgegner muss zudem Störer gewesen sein. Störer ist, wem die Beeinträchtigung zugerechnet werden kann. Unterschieden werden Handlungs- und Zustandsstörer. Während Letztere kraft Ihrer Verantwortlichkeit für die eine Störung verursachende Sache (grundsätzlich) haften, haben Handlungsstörer die Beeinträchtigung durch eine Handlung oder pflichtwidrige Unterlassung adäquat verursacht und haften daher.<sup>16</sup> Die Störung in Form von Insekten und Unkraut geht von der verwilderten Rasenfläche der Gemeinde aus. Die Gemeinde ist für diese Rasenfläche verantwortlich; sie könnte also Zustandsstörer sein. Zwar ist das Willenskriterium unklar, also ob die Gemeinde tatsächlich Zustandsstörer sein möchte, stattdessen ist auf die hypothetische Kausalität zurückzugreifen: Hätte die Gemeinde ihre Rasenfläche gepflegt oder aber mit dem neuen Eigentümer E kooperiert und eine Pflegevereinbarung geschlossen, so wäre die Rasenfläche nicht dergestalt verwildert, dass das Unkraut und die Insekten auf das Grundstück des E imitieren. Andererseits hat die Gemeinde das Grundstück nicht willentlich genutzt, sondern es sozusagen brach liegen lassen. Das Eigentum an der störenden Sache oder Anlage begründet allein noch keine Haftung,<sup>17</sup> daher besteht keine Zurechenbarkeit der Beeinträchtigung. Die Gemeinde ist nicht als Störer anzusehen (aA. sehr gut vertretbar).

### 3. Ergebnis

E hat demnach keinen Anspruch auf Unterlassung der Immissionen gegen die Gemeinde gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>15</sup> Berger, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 1004 Rn. 4-5; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB (1.8.2020), § 1004 Rn. 70-70.2.

<sup>16</sup> Schulte-Nölke, in: Schulze/Dörner u.a., HK BGB, 10. Aufl. (2019), 1004 Rn. 5; Berger, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 1004 Rn. 15-17.

<sup>17</sup> BGH NJW 1985, 1774; So jetzt auch der BGH: Bäume nur bei Verletzung des Grenzabstandes NZM 2019, 890.

## II. Anspruch des E gegen die Gemeinde

### analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf Entschädigung

Fraglich ist, ob E gegen die Gemeinde einen Anspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf Entschädigung wegen des Unkrautes und der Insekten hat. Der Bundesgerichtshof hat den Anwendungsbereich des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in den letzten Jahrzehnten in mehreren Richtungen durch Analogien deutlich erweitert und einen allgemeinen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch kreiert.<sup>18</sup>

#### 1. Immissionen iSd. § 906 BGB

Hierfür müssten zunächst unwägbar Stoffe iSd. § 906 BGB vorliegen. Dabei ist der Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB nicht beschränkt auf Fälle der Zuführung unwägbarer Stoffe, sondern findet auch auf „ähnliche Einwirkungen“ Anwendung. Welche Einwirkungen „ähnlich“ sind, lässt sich dem Gesetz nicht direkt entnehmen. Der Bundesgerichtshof sieht die Übereinstimmung der von § 906 BGB erfassten Einwirkungen darin, dass sie in ihrer Ausbreitung weitgehend unkontrollierbar und unbeherrschbar sind, in ihrer Intensität schwanken und damit andere Grundstücke überhaupt nicht, unwesentlich oder wesentlich beeinträchtigen können. Insoweit muss eine „ähnliche“ Einwirkung mit den Imponderabilien vergleichbar sein.<sup>19</sup> „Feste Körper nicht unerheblichen Umfangs“ gelten als Grobimmissionen und werden von § 906 BGB erfasst.<sup>20</sup> Dies ist bei Pflanzensamen, insbesondere bei Unkrautsamen wohl zu bejahen,<sup>21</sup> diese stellen sog. Grobimmissionen dar. Auch Insekten können auch als ähnliche Einwirkungen angesehen werden, wenn deren Fernhaltung vom Nachbargrundstück ohnehin tatsächlich nicht möglich ist.<sup>22</sup> Folglich sind sowohl das Unkraut als auch die Insekten (aA. vertretbar) als Immissionen anzusehen.

#### 2. Duldungspflicht gem. § 906 Abs. 2 S. 1 BGB

E könnte jedoch eine Duldungspflicht gem. § 906 Abs. 2 S. 1 BGB treffen. Den Grundstückseigentümer trifft ggü. Immissionen iSd. § 906 I BGB dann eine Duldungspflicht, wenn die Beeinträchtigung durch die Immissionen zwar wesentlich ist, aber auf einer ortsüblichen Benutzung des anderen Grundstücks beruht und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann.

#### a) Wesentlichkeit der Beeinträchtigung

Fraglich ist, ob die Beeinträchtigung durch das Unkraut und die Insekten wesentlich sind. Durch vermehrtes Unkraut- und Insektenaufkommen entsteht für E als Eigentümer eine erhebliche Mehrarbeit dahingehend sein eigenes Grundstück davon zu befreien. Zudem stellt sowohl das Unkraut als auch die Insekten eine Belästigung dar, E möchte weder Unkraut noch Insekten vom Nachbargrundstück auf seinem eigenen Grundstück. Des Weiteren können auch Gesundheitsgefahren durch Insektenstiche verstärkt werden. Die Beeinträchtigungen sind als wesentlich zu qualifizieren.

#### b) Ortsüblichkeit der Beeinträchtigungen

Zudem müsste die Beeinträchtigung ortsüblich sein. Das verstärkte Aufkommen von Unkraut und Insekten ist insbesondere bei verwilderten Rasengrundstücken üblich. Die Beeinträchtigung ist ortsüblich.

#### c) Unzumutbarkeit der Nutzung

Die Nutzung des Grundstücks des E müsste durch die Beeinträchtigung unzumutbar sein. Hier entsteht zwar durch die Unkrautbeseitigung auf seinem eigenen Grundstück sowie die ständige Anwesenheit der übermäßigen Insekten ein erheblicher Mehraufwand und eine Belästigung, es ist aber nicht ersichtlich, dass die Nutzung über Gebühr beeinträchtigt werden würde.

#### d) Ergebnis

E hat damit auch keinen Anspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf Entschädigung wegen des Unkrautes und der Insekten gegen die Gemeinde.

#### D) Ergebnis zu Aufgabe 1

Weder die Gemeinde hat Ansprüche gegen F und E noch hat E Ansprüche gegen die Gemeinde.

#### Aufgabe 2

##### I. Möglichkeiten der Vollstreckung für E:

##### Vollstreckung wegen Geldforderungen

Fraglich ist, welche Möglichkeiten E für eine Vollstreckung wegen nicht getilgter Mietforderung gegen seinen Untermieter U zustehen.

U arbeitet ohne Arbeitsvertrag als faktischer Geschäftsführer und hat kein reguläres Einkommen, welches gepfändet werden könnte.

In Betracht kommt jedoch eine Pfändung von:

##### 1. Us verschleiertes Arbeitseinkommen gem. § 850h Abs. 2 ZPO

U arbeitet ohne Arbeitsvertrag als faktischer Geschäftsführer in den Restaurants seiner Frau. Ein Arbeitnehmer mit vergleichbaren Aufgaben würde 4.000 EUR netto verdienen. E könnte daher in das hypothetische (verschleierte) Einkommen des U vollstrecken. Dem Vermieter E ist zu raten den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu beantragen.

##### 2. Taschengeldanspruch

E könnte des Weiteren in den Taschengeldanspruch des U vollstrecken. Der Taschengeldanspruch ist nach ständiger Rechtsprechung<sup>23</sup> ein zur freien Verfügung für persönliche Zwecke stehender Anspruch des Ehepartners als Bestandteil des Unterhalts iHv. 5% des Nettoeinkommens als Teil des Unterhalts in einer intakten Ehe.

E könnte somit in den Taschengeldanspruch des U vollstrecken. E ist zu raten den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu beantragen.

<sup>18</sup> Katzenstein, in: FS Picker (2010), 425; Berger, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 906 Rn. 15.

<sup>19</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 1389 für Bienenflug und dadurch verursachte Blütenbefruchtung; BGH NJW 2004, 1037 (1039) für Laub, Nadeln, Blüten und Zapfen; OLG Karlsruhe NJOZ 2009, 4548; LG Berlin GE 2010, 62.

<sup>20</sup> Brückner, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 906 Rn. 47; BGHZ 157, 188 (190); BGHZ 185, 371 (376).

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1231 (1232); Horst, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2. Aufl. (2007), passim.; siehe auch: pflanzliche Einwirkungen wie Blüten, Laub, Nadeln, Zapfen von Bäumen und Sträuchern BGH NJW 2020, 607 (Rn. 15-30); OLG Hamm NZM 2009, 335 mwN.

<sup>22</sup> S.RGZ 160, 381 (383); BGH NJW 1992, 1389; LG Coburg NJW-RR 1991, 716; LG Lüneburg DAR 2000, 271 (272).

<sup>23</sup> BGH NJW 2013, 686 (Rn. 26); 2004, 674 (677); 1998, 1553 (1554).

### 3. Pfändung des Gebetsteppichs gem. § 808 Abs. 1 ZPO

Fraglich ist, ob E des Weiteren in den Gebetsteppich des U vollstrecken könnte.

#### a) Gewahrsam

Der Gebetsteppich ist eine bewegliche Sache iSd. § 90 BGB. § 808 Abs. 1 ZPO setzt nicht voraus, dass der Schuldner auch Eigentümer der zu pfändenden Sache ist. Der Gerichtsvollzieher prüft nur den Gewahrsam, d. h. die tatsächliche Gewalt über die Sache. Der Gebetsteppich ist im Gewahrsam des U.

#### b) Pfändungsverbote

Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in körperliche Sachen setzt voraus, dass keine Unpfändbarkeit nach § 811 ZPO gegeben ist. § 811 Abs. 1 Nr. 10 erklärt solche Bücher für unpfändbar, die zum Gebrauch des Schuldners und seiner Familie in Kirche, Schule oder sonstiger Unterrichtsanstalt oder bei der häuslichen Andacht bestimmt sind, wie z.B. die Bibel oder ein Gebet-/Gesangbuch. In Betracht kommt das Pfändungsverbot des § 811 Abs. 1 Nr. 10 ZPO lediglich analog, weil es sich bei dem Gebetsteppich nicht um ein Buch, jedoch auch um einen Gegenstand zur Religionsausübung handelt. Dagegen spricht der abschließende Wortlaut der Norm. Neben Büchern dürften nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift höchstens andere Lehrmedien erfasst sein.<sup>24</sup> Für eine analoge Anwendung spricht jedoch die gebotene verfassungskonforme Auslegung des Pfändungsverbotes nach Art. 4 GG, welche aus Pietätsgründen auch sonstige Gegenstände der Religionsausübung, somit auch Gebetsteppiche,<sup>25</sup> vom Schutzzumfang des § 811 Abs. 1 Nr. 10 ZPO umfasst sieht.<sup>26</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Es liegt ein Pfändungsverbot analog § 811 Abs. 1 Nr. 10 ZPO vor.

#### d) Austauschpfändung

Fraglich ist, ob eine Austauschpfändung gem. § 811a ZPO möglich ist. Diese ist gem. des eindeutigen Wortlautes des § 811a Abs. 1 ZPO auf Pfändungsverbote nach § 811 Abs. 1 Nr. 10 ZPO nicht anwendbar.<sup>27</sup> Fraglich ist, ob eine analoge Anwendung der Norm möglich ist. Dem widerspricht der abschließende Wortlaut der Norm. Nur die Pfändung einer nach § 811 Abs. 1 Nr. 1, 5 und 6 unpfändbaren Sache kann zugelassen werden. Andererseits könnte für eine analoge Anwendung die ratio legis der Norm streiten. § 811 ZPO bewahrt den Schuldner vor der Pfändung von Sachen, die er notwendig braucht. Das kann zu einer übermäßigen Benachteiligung des Gläubigers führen, wenn unpfändbare Sachen hochwertig sind und der Schutz des Schuldners durch Austausch gegen geringerwertige zu erreichen ist. Die Austauschpfändung nach § 811a ZPO dient mithin dem Vollstreckungsinteresse des Gläubigers, ohne den Schuldnerschutz nach § 811 ZPO aufzuheben.<sup>28</sup> Im Rahmen der Abwägung ist zu entscheiden, ob eine Austauschpfändung angemessen erscheint. Einerseits hat der Gebetsteppich einen sehr hohen Wert – 3.000 EUR. Dem Vollstreckungsinteresse des Gläubigers E wäre damit wohl zumindest zum Teil Genüge getan. Andererseits handelt es sich bei dem Gebetsteppich um ein Familienerbstück, U hat

möglicherweise ein affektives Interesse daran, die Glaubensausübung durch das Beten auf dem Familienerbstück zu praktizieren.

#### e) Ergebnis

Eine Austauschpfändung gem. § 811a ZPO ist nicht möglich (aA. vertretbar).

## II. Rechtsschutz des U gegen die Vollstreckung?

Fraglich ist, wie U sich gegen die bevorstehende Vollstreckung seitens E wehren kann.

### 1. Erinnerung gem. § 766 ZPO

Als Rechtsbehelf kommt zunächst eine Vollstreckungserinnerung des U gem. § 766 Abs. 1 ZPO in Betracht.

Hierfür müsste die Vollstreckungserinnerung zulässig sein.

#### a) Statthaftigkeit

Der Rechtsbehelf der Vollstreckungserinnerung ist stets statthaft gegen Pfändungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers im Vollstreckungsverfahren. Die Vollstreckungserinnerung gegen die Pfändung des Gebetsteppichs ist somit statthaft.

#### b) Erinnerungsbefugnis

Fraglich ist, ob U erinnerungsbefugt ist. Erinnerungsbefugt können Vollstreckungsgläubiger und -schuldner sein sowie auch jeder Dritte, der geltend machen kann, durch die Art und Weise der Zwangsvollstreckung beschwert zu sein. U ist Vollstreckungsschuldner und damit erinnerungsbefugt.

#### c) Zuständigkeit: Vollstreckungsgericht

Zuständig für die Vollstreckung ist gem. § 766 Abs. 1 ZPO das Vollstreckungsgericht. Das ist gem. § 764 ZPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Vollstreckungsmaßnahme stattgefunden hat.

#### d) Zwischenergebnis

Die Vollstreckungserinnerung ist zulässig.

#### e) Begründetheit

Die Vollstreckungserinnerung müsste begründet sein. Sie ist dann begründet, wenn ein Verfahrensfehler vorliegt. Es liegt ein Pfändungshindernis analog § 811 Abs. 1 Nr. 10 ZPO und damit ein Verfahrensfehler vor.

### 2. Ergebnis

Die Vollstreckungserinnerung ist hinsichtlich des Gebetsteppichs zulässig und begründet.

## III. Rechtsschutz der F

Fraglich ist, wie F sich gegen die bevorstehende Vollstreckung seitens E wehren kann.

### 1. Erinnerung gem. § 766 ZPO

F könnte sich ebenfalls mit einer Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO wehren.

<sup>24</sup> Gruber, in: MüKo ZPO, 5. Aufl. (2020), § 811 Rn. 46.

<sup>25</sup> AG Hannover DGVZ 1987, 31; Flockenhaus, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. (2020), § 811 Rn. 25.

<sup>26</sup> Wacke, DGVZ 1986, 161 (164); Würdinger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. (2015), § 811 Rn. 66.

<sup>27</sup> AG Bremen DGVZ 1984, 157; Brock, DGVZ 1997, 65 (66); Noack, JurBüro 1969, 97 (98); Ziege, NJW 1955, 48 (49).

<sup>28</sup> Gruber, in: MüKo ZPO, 5. Aufl. (2020), § 811a Rn. 1; Flockenhaus, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. (2020), § 811a Rn. 1.

### a) Statthaftigkeit

Der Rechtsbehelf der Vollstreckungserinnerung ist stets statthaft gegen Pfändungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers im Vollstreckungsverfahren. Die Vollstreckungserinnerung gegen die Pfändung des Arbeitseinkommens und des Taschengeldes ist statthaft.

### b) Erinnerungsbefugnis

Fraglich ist, ob F Erinnerungsbefugt ist. Erinnerungsbefugt können nicht nur Vollstreckungsgläubiger und -schuldner sein, sondern auch jeder Dritte, der geltend machen kann, durch die Art und Weise der Zwangsvollstreckung beschwert zu sein. Hinsichtlich des Arbeitseinkommens und des Taschengeldes ist F Erinnerungsbefugt, sie ist Drittschuldnerin.

Problematisch ist die Erinnerungsbefugnis der F hinsichtlich des Gebetsteppichs.

F könnte als mutmaßliche (Mit-)Gewahrsamsinhaberin die Verletzung des § 809 ZPO als einer auch drittschützenden Norm rügen und wäre damit Erinnerungsbefugt. Zu prüfen ist demnach, ob der Gerichtsvollzieher durch die Pfändung des Gebetsteppichs § 809 ZPO verstoßen hat. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass F an dem gepfändeten Gebetsteppich (Mit-)Gewahrsam hatte. Der Gebetsteppich befand sich wohl in der gemeinsamen Wohnung von F und U, so dass von (Mit-)Gewahrsam der F auszugehen ist. Dem könnte allerdings die Gewahrsamsvermutung des § 739 ZPO entgegenstehen. Danach gilt bei Eheleuten der Vollstreckungsschuldner gegenüber seinen Gläubigern als alleiniger Gewahrsamsinhaber, sofern der schuldende Ehegatte nach der Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB als Eigentümer der betroffenen Sache anzusehen ist.

F und U sind verheiratet und führen einen gemeinsamen Hausstand. Der Gebetsteppich befand sich wohl in der gemeinsamen Wohnung und somit im Besitz beider Ehegatten. Bezüglich der gepfändeten Gegenstände greift die Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB demnach ein, so dass die Voraussetzung für die Gewahrsamsvermutung des § 739 ZPO gegeben ist.

Etwas anderes könnte sich aber aus § 1362 Abs. 2 BGB ergeben. Bei ausschließlich zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten bestimmten Gegenständen wird vielmehr vermutet, dass sie im Eigentum dieses Ehegatten stehen. Vorliegend wird der Gebetsteppich ausschließlich von U als praktizierendem Muslim zum Beten verwendet. Es ist nicht ersichtlich, dass F auch Muslimin ist und den Gebetsteppich (mit)verwendet. Demnach hat F keinen Mitgewahrsam am Gebetsteppich und ist hinsichtlich desselben nicht Erinnerungsbefugt.

## 2. Ergebnis

Die Vollstreckungserinnerung der F ist zum Teil zulässig und begründet, nicht jedoch hinsichtlich des Gebetsteppichs, hier ist die Vollstreckungserinnerung unzulässig und unbegründet.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



## KLAUSUR – STRAFRECHT

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

### „Whoah! We're going to Ibiza“ Fortgeschrittenenklausur

#### Sachverhalt

2020 gärt es in der deutschen Parteienlandschaft. Die als Dauerschleife empfundene GroKo missfällt mittlerweile sowohl CDU/CSU als auch der SPD. Insbesondere die Konservativen schauen sich nach neuen Mehrheiten nach der nächsten Bundestagswahl 2021 um. Da 2020 ein neuer CDU-Vorsitzender gewählt werden soll, der wahrscheinlich auch Kanzlerkandidat der CDU/CSU sein dürfte, liegen je nach Ausrichtung des dann neuen Vorsitzenden neuartige Koalitionsmodelle auf Bundesebene wie schwarz-grün (CDU/CSU und Bündnis 90/Die Grünen) und schwarz-blau (CDU/CSU und AfD) auf dem Tisch. Beides wäre womöglich 2021 rechnerisch möglich. Die CDU/CSU steht derzeit ausweislich der Kandidaten für den Vorsitz sowieso im Zentrum eines innerparteilichen Richtungsstreits.

Jedenfalls bereitet sich die AfD erwartungsfroh auf die nächste Bundestagswahl 2021 vor. Sollte es ihr weiterhin gelingen, rechtsextreme Personen in ihren Reihen auszuschließen und davon loszukommen, teilweise ein Prüffall für den Bundesverfassungsschutz zu sein, wäre sie womöglich bald koalitionsfähig. Man rechnet jedenfalls auf der Führungsebene mit einer ersten schwarz-blauen Koalition im Bund in 2021. Einer der beiden AfD-Vorsitzenden (A) ist Bundestagsabgeordneter und leidenschaftlicher Sylt-Urlauber. Im Sommer 2020 ist er wieder einmal dort. Zeitgleich ist auch einer der beiden AfD-Fraktionsvorsitzenden im Bundestag (B), der als politischer Zögling und bester Freund von A gilt, auf der Insel. A trifft sich auf Betreiben von B mit einer vermeintlichen russischen Oligarchen-Nichte (O) in deren Strandhaus in Rantum. O und ihr Begleiter C (ein Münchener Detektiv) verbringen mit A, B und B's Ehefrau T einen Samstag von 17 bis 24 Uhr im Strandhaus mit Sushi, Champagner und Wodka Red Bull. A scherzt noch, dass er der „Red Bull brother from Germany“ sei.

O erklärt A und B an diesem Abend, dass sie nach Deutschland ziehen und hier 300 Mio. Euro investieren wolle. Sie stellt in Aussicht, dass sie dafür ja Springer-Anteile an der Bild-Zeitung kaufen könne. Allerdings brauche es dann natürlich „Kompensation“. A ist begeistert. Wenn O das mache, dann müsse man sich zusammensetzen und könne über alles reden. Drei, vier Mann aus der Bild-Redaktion müsse man abservieren. Zack, zack, zack. Drei, vier Mann müsse man pushen. Außerdem müsse man vier, fünf Leute in die Bild-Redaktion reinholen und sie aufbauen. Dann habe die AfD, wenn sie von der O mit einer solchen Bild-Zeitung gepusht werde, bei der Bundestagswahl 2021 nicht wie 2017 nur 13%, sondern 20%. Denn dann passiere ja ein Effekt, den die anderen nicht kriegten. Und das erste, was

er der O dann bei einer Regierungsbeteiligung der AfD versichern könne: Hochtief kriege keine Aufträge mehr beim Autobahnbau. Da gebe es ja ein Riesenvolumen an Infrastrukturmaßnahmen. Wenn die O dann eine Firma wie Hochtief mit einer Qualität gründe, dann bekomme sie alle Aufträge anstelle von Hochtief. Aber es müsse natürlich alles legal sein und im Einklang mit der Rechtsordnung und den Zielen der Partei stehen. Natürlich könne sich die O auch finanziell engagieren. Es gebe in Deutschland ja ein paar Vermögende, denen Politik ein wirkliches Anliegen sei, die also Steuersenkung wollten. Die zahlten zwischen 0,5 und 2 Mio. Euro. Die AfD habe jedenfalls viele Spender. So etwa eine reiche Kaufhaus-Erbin, einen renommierten Waffenhersteller und einen bekannten Immobilienfinanzierer (der aber auch die CDU bezahle). Die Lottogesellschaften zahlten sowieso an alle. Was sie machen könne – ohne dass der Bundestag etwas mitbekomme – sei die Unterstützung eines parteinahen gemeinnützigen Vereins. Aber natürlich müsse alles legal bleiben. Seine Stärke sei eben, dass er anders als Viele bei den Roten und Schwarzen nicht korrumpierbar sei. B's Rolle beschränkt sich an diesem Abend auf das Übersetzen und ein mit hin peinliches Gestikulieren. Im Zuge dessen, T schweigt meistens, fragt aber A und B, als sie einmal kurz zu dritt alleine im Raum sind, ob A und B den Ausweis von O gesehen hätten und ob das hier eine Falle sein könne. B beschwichtigt sie aber, das sei keine Falle. A erklärt, dass er die O sehr attraktiv finde. Ihre nicht manikürten Fußnägel seien aber bei einer Russin in dieser Liga ungewöhnlich.

Nach diesem Abend fahren A und B erst einmal in die bekannte Sansibar. Von O hören sie in der Folge nichts mehr. Bei der Bundestagswahl 2021 erzielt die AfD auch ohne Hilfe der O 20 % und bildet zusammen mit der CDU/CSU eine Regierung. In dieser schwarz-blauen Regierung wird A Minister für den öffentlichen Dienst und Sport sowie Vizekanzler. Im Mai 2022 veröffentlichen die Kronen-Zeitung und Der Falter aus Österreich zusammen mit dem Spiegel aus Hamburg ein Worst-Of Video von jenem Sylt-Abend aus 2020. Das Video war zuvor der Kronen-Zeitung zugespielt worden. Offenbar wurde der Sylt-Abend heimlich (ohne Wissen von A, B und T) aufgenommen. Das sog. Sylt-Video führt nach Massenprotesten um den Reichstag zum Zerbrechen der ersten schwarz-blauen Koalition. In der Folge gibt es staatsanwaltliche Ermittlungen und einen Parlamentarischen Untersuchungsausschuss. A und B treten sofort von allen Ämtern zurück. Während sich B dauerhaft aus der Politik zurückzieht, macht A später eine Rolle rückwärts. Als er wegen seiner ständigen Wortmeldungen aus dem Off aus der AfD ausgeschlossen wird, gründet er die „Liste Team A – Die Allianz für Deutschland“ und erklärt, mit dieser neuen „Bürgerbewegung“

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

zur nächsten Wahl des Berliner Abgeordnetenhauses antreten zu wollen. Er sei schließlich völlig unschuldig. Der ganze Abend 2020 sei ja absurd gewesen, er könne ja gar keine Springer-Anteile an der Bild-Zeitung verkaufen. Das im Sylt-Video sei jedenfalls nicht er gewesen, so kenne man ihn nicht. Er habe im Video peinlich übersteigert wie ein Teenager agiert. Es war eben, ja, eine besoffene Geschichte, wo er wahrscheinlich, ja, auch die attraktive Gastgeberin („eine echt scharfe Russin“) habe beeindruckt wollen. Er gehe im Übrigen davon aus, dass man ihm im Sushi-Reis „flüssige Wahrheitsdrogen“ (Kokain oder Ecstasy) verabreicht habe, denn so sei er einfach nicht.

Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Berlin ergeben in der Folge, dass O eine wohl lettische Studentin ist, die von C und D (einem Münchener Rechtsanwalt) als Schauspielerin engagiert wurde. D hat zusammen mit C den Plan geschmiedet und die erforderlichen finanziellen Mittel bereitgestellt. C fertigte die Aufnahmen über eine von ihm über sein Smartphone bediente Fernsteuerung für die im Sommerhaus versteckten Kameras und Mikrofone mit Wissen von O und D. Ob hinter C und D noch weitere Auftraggeber stehen (zB. aus dem auf Konkurrenz bedachten Führungszirkel der AfD, aus dem Koalitionspartner CDU/CSU, aus der linksliberalen Ecke, aus der Mafia zwecks späterer Erpressung von A, aus einem Geheimdienst der BRD oder eines ausländischen Staates) bleibt im Dunkeln, insbesondere da die mittlerweile nach Österreich ausgewanderten C und D von ihrem Schweigerecht als Beschuldigte einer Straftat Gebrauch machen. D erklärt einzig, es habe sich um „ein zivilgesellschaftliches Projekt“ gehandelt. Jedenfalls steht fest, dass Kronen-Zeitung, Falter und Spiegel für das Video nichts bezahlt haben. Auch diese Zeitungen machen keine näheren Angaben, von wem sie das Video erlangt haben und berufen sich auf die Pressefreiheit und Quellenschutz. Die O bleibt jedenfalls unauffindbar.

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von A, C, D und O in Bezug auf den Inhalt bzw. die Erstellung des Sylt-Videos!**

## Auszüge aus dem Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz – PartG)

### § 25 Spenden

(1) Parteien sind berechtigt, Spenden anzunehmen. Bis zu einem Betrag von 1.000 Euro kann eine Spende mittels Bargeld erfolgen. Parteimitglieder, die Empfänger von Spenden an die Partei sind, haben diese unverzüglich an ein für Finanzangelegenheiten von der Partei satzungsmäßig bestimmtes Vorstandsmitglied weiterzuleiten. Spenden sind von einer Partei erlangt, wenn sie in den Verfügungsbereich eines für die Finanzangelegenheiten zuständigen Vorstandsmitglieds oder eines hauptamtlichen Mitarbeiters der Partei gelangt sind; unverzüglich nach ihrem Eingang an den Spender zurückgeleitete Spenden gelten als nicht von der Partei erlangt.

(2) Von der Befugnis der Parteien, Spenden anzunehmen ausgeschlossen sind:

1. Spenden von öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Parlamentsfraktionen und -gruppen sowie von Fraktionen und Gruppen von kommunalen Vertretungen;

2. Spenden von politischen Stiftungen, Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 AO);

3. Spenden von außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes, es sei denn, dass

a) diese Spenden aus dem Vermögen eines Deutschen im Sinne des Grundgesetzes, eines Bürgers der Europäischen Union oder eines Wirtschaftsunternehmens, dessen Anteile sich zu mehr als 50 vom Hundert im Eigentum von Deutschen im Sinne des Grundgesetzes oder eines Bürgers der Europäischen Union befinden oder dessen Hauptsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, unmittelbar einer Partei zufließen,

b) es sich um Spenden an Parteien nationaler Minderheiten in ihrer angestammten Heimat handelt, die diesen aus Staaten zugewendet werden, die an die Bundesrepublik Deutschland angrenzen und in denen Angehörige ihrer Volkszugehörigkeit leben oder

c) es sich um eine Spende eines Ausländers von nicht mehr als 1.000 Euro handelt;

4. Spenden von Berufsverbänden, die diesen mit der Maßgabe zugewandt wurden, sie an eine politische Partei weiterzuleiten;

5. Spenden von Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, sofern die direkte Beteiligung der öffentlichen Hand 25 vom Hundert übersteigt;

6. Spenden, soweit sie im Einzelfall mehr als 500 Euro betragen und deren Spender nicht feststellbar sind, oder bei denen es sich erkennbar um die Weiterleitung einer Spende eines nicht genannten Dritten handelt;

7. Spenden, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt werden;

8. Spenden, die von einem Dritten gegen ein von der Partei zu zahlendes Entgelt eingeworben werden, das 25 vom Hundert des Wertes der eingeworbenen Spende übersteigt.

(3) Spenden, Mitgliedsbeiträge und Mandatsträgerbeiträge an eine Partei oder einen oder mehrere ihrer Gebietsverbände, deren Gesamtwert in einem Kalenderjahr (Rechnungsjahr) 10.000 Euro übersteigt, sind unter Angabe des Namens und der Anschrift des Zuwenders sowie der Gesamthöhe der Zuwendung im Rechenschaftsbericht zu verzeichnen. Spenden, die im Einzelfall die Höhe von 50.000 Euro übersteigen, sind dem Präsidenten des Deutschen Bundestages unverzüglich anzuzeigen. Dieser veröffentlicht die Zuwendung unter Angabe des Zuwenders zeitnah als Bundestagsdrucksache.

(4) Nach Absatz 2 unzulässige Spenden sind von der Partei unverzüglich, spätestens mit Einreichung des Rechenschaftsberichts für das betreffende Jahr (§ 19a Abs. 3) an den Präsidenten des Deutschen Bundestages weiterzuleiten.

### § 26 Begriff der Einnahme

(1) Einnahme ist, soweit für einzelne Einnahmearten (§ 24 Abs. 4) nichts besonderes gilt, jede von der Partei erlangte Geld- oder geldwerte Leistung. Als Einnahmen gelten auch die Freistellung von üblicherweise entstehenden Verbindlichkeiten, die Übernahme von Veranstaltungen und Maßnahmen durch andere, mit denen ausdrücklich für eine Partei gewonnen wird, die Auflösung von Rückstellungen sowie Wertaufholungen im Anlagevermögen.

(2) Alle Einnahmen sind mit ihrem vollen Betrag an der für sie vorgesehenen Stelle einzusetzen und in der Vermögensbilanz zu berücksichtigen.

(3) Wirtschaftsgüter, die nicht in Geld bestehen, sind mit den im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für gleiche oder vergleichbare Leistungen üblicherweise zu zahlenden Preisen anzusetzen [...].

### § 31d Strafvorschriften

(1) Wer in der Absicht, die Herkunft oder die Verwendung der Mittel der Partei oder des Vermögens zu verschleiern oder die öffentliche Rechenschaftslegung zu umgehen,

1. unrichtige Angaben über die Einnahmen oder über das Vermögen der Partei in einem beim Präsidenten des Deutschen Bundestages eingereichten Rechenschaftsbericht bewirkt oder einen unrichtigen Rechenschaftsbericht beim Präsidenten des Deutschen Bundestages einreicht oder [...]

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Nach Satz 1 wird nicht bestraft, wer unter den Voraussetzungen des § 23b Abs. 2 eine Selbstanzeige nach § 23b Abs. 1 für die Partei abgibt oder an der Abgabe mitwirkt [...].

## Gliederung

### A) Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A aus §§ 331, 332 StGB

1. Tatbestand
  - a) Objektiver Tatbestand
  - b) Zwischenergebnis

2. Ergebnis

#### II. Strafbarkeit des A aus § 108e Abs. 1 StGB

1. Tatbestand
  - a) Objektiver Tatbestand
  - b) Zwischenergebnis

2. Ergebnis

#### III. Strafbarkeit des A aus §§ 339, 22, 23 Abs. 1 StGB

1. Vorprüfung
2. Tatbestand
  - a) Tatentschluss
  - b) Unmittelbares Ansetzen
  - c) Zwischenergebnis

3. Ergebnis

#### IV. Strafbarkeit des A aus § 266 Abs. 1 StGB

#### V. Strafbarkeit des A aus § 266 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

#### VI. Strafbarkeit des A aus § 31d PartG

#### VII. Ergebnis

### B) Strafbarkeit des C

#### I. Strafbarkeit des C aus § 201 Abs. 1 StGB

1. Tatbestand
  - a) Objektiver Tatbestand
  - b) Subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

3. Schuld

4. Ergebnis

5. Strafantrag

#### II. Strafbarkeit des C aus § 201a Abs. 1 StGB

1. Tatbestand
  - a) Objektiver Tatbestand
  - b) Subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

3. Schuld

4. Ergebnis

5. Strafantrag

### C) Strafbarkeit des D

#### I. Strafbarkeit des D aus §§ 201 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

#### II. Strafbarkeit des D aus §§ 201a Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

### D) Strafbarkeit der O

#### I. Strafbarkeit der O aus §§ 201 Abs. 1, 27 StGB

#### II. Strafbarkeit der O aus §§ 201a Abs. 1, 27 StGB

### E) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

## Gutachten

**Hinweis**

Der Fall ist natürlich eine Hommage an die Ibiza-Affäre rund um den früheren Vizekanzler der Republik Österreich und Ex-FPÖ-Vorsitzenden Heinz-Christian „HC“ Strache und den Ex-FPÖ-Klubobmann im Nationalrat Johann „Joschi“ Gudenus. Der Wiedererkennungswert ergibt sich alleine schon aus der Verwendung der legendären Wortfetzen im Wiener Dialekt von HC Strache „es woar a b'soffene G'schicht“ und „bist du deppert, die is schoaf“. Jedenfalls ist die Betrachtung interessant, wie dieser Fall strafrechtlich in Deutschland zu bewerten wäre. Dafür wurde die Ibiza-Affäre in humoristischer Weise auf CDU/CSU und AfD umgemünzt, was jedoch reine Fiktion ist. Diesen jeweiligen deutschen Schwesterparteien von ÖVP und FPÖ soll tatsächlich nichts in Richtung Ibiza-Kriminalität unterstellt werden.

**Hinweis**

Im Gutachten geht es dabei wie in der Ibiza-Affäre auch um zwei verschiedene strafrechtliche Handlungsstränge. Einerseits den womöglich strafrechtlich relevanten Inhalt des Videos, der dann A betrifft. Andererseits die Erstellung des Videos, wo es um Strafbarkeiten von C, D und O geht.

**A) Strafbarkeit des A****I. Strafbarkeit des A aus §§ 331, 332 StGB**

A könnte sich dadurch, dass er im Sommer 2020 von der O Parteipenden in Millionenhöhe für die AfD forderte und ihr im Gegenzug für den Fall einer Regierungsbeteiligung der AfD Staatsaufträge in beträchtlicher Höhe in Aussicht stellte, wegen Bestechlichkeit in einem besonders schweren Fall iSd. §§ 331, 332 StGB strafbar gemacht haben.

Es liegt dabei auch kein bloßer Versuch vor, denn in der vorliegend in Rede stehenden Handlungsvariante des Forderns ist die Tat bereits dann vollendet, wenn das Verlangen der Amtsperson zur Kenntnis der anderen Seite gelangt ist.<sup>1</sup>

**1. Tatbestand**

A müsste zunächst iSd. §§ 331, 332 StGB tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**a) Objektiver Tatbestand**

Sodann müsste A den gesamten objektiven Tatbestand verwirklicht, somit den objektiven Tatbestand der Vorteilsannahme iSd. 331 Abs. 1 StGB als Grundtatbestand sowie denjenigen der Qualifikation als Bestechlichkeit iSd. § 332 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

Zunächst müsste A als Amtsträger, Europäischer Amtsträger oder eine für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Person zu verstehen sein, die für die Dienstausbübung einen Vorteil

für sich oder einen Dritten gefordert, sich hat versprechen lassen oder angenommen hat.

In Betracht kommt dabei, dass A Amtsträger ist. Amtsträger ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB wer nach deutschem Recht Beamter oder Richter ist, in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen. Bundesminister stehen jedenfalls in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis (vgl. § 1 BMinG), fallen also unter das Merkmal des Amtsträgers.<sup>2</sup> Das Amt des Vizekanzlers stellt darüber hinaus – anders als in Österreich – keine gesonderte Funktion dar. Art. 69 Abs. 1 GG regelt lediglich, dass der Bundeskanzler einen Bundesminister zu seinem Stellvertreter ernennt, weitere Bestimmungen hierzu gibt es nicht. Diese Stellvertretereigenschaft wird lediglich vom Volksmund als Vizekanzler bezeichnet. Typischerweise wird der Vizekanzler in einer Koalitionsregierung zumeist vom Juniorpartner gestellt und war in der Geschichte der Bundesrepublik meistens personell identisch mit dem Bundesaußenminister. Insgesamt wird der A also in den Jahren 2021 – 2022 als Amtsträger einzustufen sein.

Problematisch daran ist aber, dass A zum Zeitpunkt der Absprachen auf Sylt im Sommer 2020 noch kein Bundesminister war. Echte Amtsdelikte wie § 331 StGB verlangen aber gerade, dass die Amtsperson ihre Stellung zur Zeit der Tat innehat.<sup>3</sup> Bezogen auf die sog. Vorkorruption bedeutet dies, dass gerade auch solche Handlungen nicht tatbestandsmäßig sind, die vor Begründung der Amtsstellung, jedoch bereits mit Blick auf diese vorgenommen wurden.<sup>4</sup> Im Ergebnis kann also nicht an die künftige Amtsträgereigenschaft des A als Bundesminister angeknüpft werden.

**Hinweis**

In Deutschland besteht also die exakt identische Gesetzeslücke wie in Österreich. Wer ein Amt noch nicht hat, es aber dennoch wahrscheinlich bald bekommen wird, kann alles Mögliche im Hinblick auf eine künftige Korruption im Zusammenhang mit diesem Amt fordern, es fällt jedenfalls nicht unter die §§ 331, 332 StGB.

Fraglich ist aber, ob nicht – gewissermaßen als Auffangtatbestand – zumindest darauf abgestellt werden kann, dass A im Sommer 2020 zumindest Bundestagsabgeordneter war. Denn auch diese Eigenschaft als Mandatar könnte womöglich die Amtsträgereigenschaft begründen. Allerdings stellt sich prima vista schon ein Kausalitätsproblem, denn A hatte das Entgegenkommen gegen Spendenbereitschaft ja nicht in Bezug auf seine Abgeordneteneigenschaft zugesagt. Ein Bundestagsabgeordneter hat im Geschäftsbereich des Bundesverkehrsministeriums und dessen Vergabepaxis auch keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten, zumal wenn dieser Abgeordnete (noch) in keiner Regierungspartei angesiedelt ist.

<sup>1</sup> BGHSt NJW 1957, 1078 (1079); v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 331 Rn. 51; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 331 Rn. 68.

<sup>2</sup> BGH NJW 2006, 2050 (2052); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 11 Rn. 5; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 11 Rn. 18.

<sup>3</sup> BGH wistra 2007, 17; v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 331 Rn. 10;

<sup>4</sup> Sowada, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2015), § 331 Rn. 4; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 331 Rn. 70.

Das vorige Problem muss allerdings gar nicht weiter vertieft werden. Denn es ergibt sich, dass einfache Bundestagsabgeordnete mit lediglich legislativen Aufgaben – anders aber der Parlamentspräsident oder der Vorsitzende eines Untersuchungsausschusses, die ausnahmsweise mit exekutiven Befugnissen versehen sind – keine Amtsträger sind.<sup>5</sup> Da A im Sommer 2020 offensichtlich nur ein einfacher Bundestagsabgeordneter war, fehlt es hierauf bezogen somit in jedem Falle an einer Amtsträgereigenschaft.

### b) Zwischenergebnis

Bereits der objektive Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB ist somit nicht erfüllt.

### 2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des A wegen Bestechlichkeit in einem besonders schweren Fall iSd. §§ 331, 332 StGB kommt daher nicht in Betracht.

## II. Strafbarkeit des A aus § 108e Abs. 1 StGB

A könnte sich aber im Sommer 2020 wegen seiner Forderung nach Parteispenden gegen künftige Staatsaufträge für O im Fall einer Regierungsbeteiligung der AfD wegen Bestechlichkeit von Mandatsträgern iSd. § 108e Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

Dann müsste A den Tatbestand des § 108e Abs. 1 StGB erfüllt haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

Damit käme es zunächst auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestands an.

Hierfür müsste A als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür gefordert haben, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandats eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornimmt oder unterlässt.

A war zum Tatzeitpunkt Mitglied des Deutschen Bundestags und damit Mitglied einer Volksvertretung des Bundes.

Er hat mit dem Hinweis darauf, dass andere Personen auch zwischen 0,5 und 2 Mio. Euro an die AfD bzw. parteinahe gemeinnützige Vereine spenden würden, um etwas dafür zu erhalten, unzweifelhaft einen ungerechtfertigten Vorteil für Dritte gefordert.

Fraglich ist vorliegend allein das Merkmal der Gegenleistung für die Spenden im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seines Mandats als Abgeordneter. Hierzu zählen schließlich nur Handlungen, die der Mandatsträger gerade auf Basis des Mandats vornehmen oder unterlassen soll.<sup>6</sup> Das heißt im Umkehrschluss nichts anderes, als dass jede Entscheidung, die i.e.S. nichts mit

dem Mandat, sondern lediglich mit einem anderen Amt im Umfeld dessen zu tun hat (einem Regierungsamt), nicht von § 108e Abs. 1 StGB erfasst ist.

### b) Zwischenergebnis

Daher hat A bereits den objektiven Tatbestand des § 108e Abs. 1 StGB nicht verwirklicht.

### 2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des A wegen Bestechlichkeit von Mandatsträgern iSd. § 108e Abs. 1 StGB scheidet daher aus.

## III. Strafbarkeit des A aus §§ 339, 22, 23 Abs. 1 StGB

A könnte sich aber dadurch, dass er im Sommer 2020 das Zuschancen von Staatsaufträgen an O in Aussicht gestellt hat, wegen versuchter Rechtsbeugung iSd. §§ 339, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Vorprüfung

Die Rechtsbeugung dürfte noch nicht vollendet und der Versuch müsste seinerseits strafbar sein.

Vollendet ist die Rechtsbeugung mit dem Eintritt des Erfolgs, mithin der Besser- oder Schlechterstellung einer Partei durch den Erlass der rechtlich unvertretbaren Entscheidung.<sup>7</sup> Daran gemessen lässt sich feststellen, dass die O bzw. ein noch zu gründendes Unternehmen der O noch keine Staatsaufträge auf Basis von gouvernementalen Entscheidungen auch des A erhalten hat. Damit liegt jedenfalls noch keine vollendete Rechtsbeugung vor.

Der Versuch der Rechtsbeugung ist aufgrund des Verbrechenscharakters der Rechtsbeugung auch nach § 23 Abs. 1 StGB strafbar.

### 2. Tatbestand

A müsste dann zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben.

#### a) Tatentschluss

Dabei müsste A mit Tatentschluss hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. Tatentschluss meint die Verwirklichung des gesamten subjektiven Unrechtstatbestands des betreffenden Delikts.

Dies bedeutet in Bezug auf § 339 StGB, dass der Täter zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der tauglichen Täterstellung, dem Handeln bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache und der Verletzung einer Rechtsnorm sowie der Zufügung eines Vor- oder Nachteils einer Partei aufweisen muss.<sup>8</sup>

Tauglicher Täter iSd. § 339 StGB sind per se nur Richter, andere Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2) oder Schiedsrichter. A ist als Bundesminister im Zeitraum 2021 – 2022 wie bereits geprüft auch als Amtsträger iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen. Bei einem solchen Amtsträger muss aber iSd. § 339 StGB hinzukommen, dass er wie ein Richter Verfahren leiten und Entscheidungen treffen kann.<sup>9</sup> Nach Art. 65 Satz 2 GG leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung.

<sup>5</sup> Radtke, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 11 Rn. 81; Tsambikakis, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 11 Rn. 28; Deiters, NStZ 2003, 453; Heinrich, NStZ 2005, 197 (202).

<sup>6</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 108e Rn. 20; Sinner, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 108e Rn. 16.

<sup>7</sup> Bange, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 339 Rn. 22; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 339 Rn. 45.

<sup>8</sup> Vgl. BGH NStZ 1988, 218 ff; Bange, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 339 Rn. 18; Sinner, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 339 Rn. 37.

<sup>9</sup> Vgl. BGHSt 34, 146 (147); Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 339 Rn. 2; Mückenberger, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 339 Rn. 10.

In Stellvertretung des Bundeskanzlers kann ein Vizekanzler zudem nach Art. 69 Abs. 1 iVm. Art. 65 Satz 1 GG die Richtlinien der Bundespolitik bestimmen. Außerdem wird der Parteivorsitzende einer Koalitionspartei allein schon über die Festlegung bestimmter Eckpunkte der Koalition etwa im Koalitionsausschuss Entscheidungen treffen. Nach alledem ist davon auszugehen, dass A als Amtsträger iSd. § 339 StGB anzusehen ist.

Weiterhin ist in Bezug auf die Tathandlung festzuhalten, dass maßgebliche Rechtssachen alle Rechtsangelegenheiten sind, die zwischen mehreren Beteiligten mit – mindestens möglicherweise – entgegenstehenden rechtlichen Interessen in einem rechtlich vollständig geregelten Verfahren nach Rechtsgrundsätzen verhandelt und entschieden werden.<sup>10</sup> Dabei kann es sich nach wohl hM. auch um staatliche Vergabeverfahren handeln.<sup>11</sup> Dafür spricht, dass beim Autobahnbau Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden, wobei vor dem entscheidenden Zuschlag in jedem Fall Bewertungen des öffentlichen Auftraggebers erfolgen (vgl. § 127 Abs. 1 GWB). Über politische Entscheidungen im Kabinett und ministerielle Entscheidungs- und Durchgriffsrechte innerhalb des ministeriellen Zuschnitts entlang von Weisungsketten bestehen natürlich entsprechende Entscheidungsrechte eines Bundesministers. Dies gilt zumal, da Beamte einer allgemeinen Folgepflicht unterliegen (vgl. § 62 BBG).

Zudem müsste dann das Recht gebeugt werden. Hierzu dürften jedenfalls massive Eingriffe in Vergabeverfahren zulasten des an sich besten (wirtschaftlichsten) Bieters und zugunsten etwa einer Korruptionspartnerin des A zählen.

Daran gemessen lässt sich feststellen, dass A jedenfalls Tatenschluss hatte.

### b) Unmittelbares Ansetzen

Ferner müsste A zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt haben.

In objektiver Hinsicht setzt der Versuch nach § 22 StGB schließlich voraus, dass der Täter nach seiner individuellen Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Unmittelbares Ansetzen ist dabei mit der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie als die Aufnahme einer Handlung zu verstehen, die nach dem Plan des Täters ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmündet, wobei der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschreitet.

Allerdings gab es bezüglich einer Rechtsbeugung durch A durch Steuerung der Vergabeverfahren wohl im Geschäftsbereich des Bundesverkehrsministeriums noch wesentliche Zwischenschritte ab der Abrede mit O. So musste A seiner Vorstellung nach erst noch tauglicher Amtsträger werden, O musste erst noch ein Bauunternehmen wie Hochtief errichten und auf noch unbestimmte Vergabeverfahren des Autobahnbaus musste erst noch eingewirkt werden. Auch waren für das letztgenannte Einwirken noch weitere Zwischenschritte auf kleinerer Ebene erforderlich (Verhandlungen innerhalb der Koalition; ggf. Besetzung des Bundesverkehrsministeriums durch einen Verkehrsminister

der AfD, konkrete Einflussnahme insbesondere des Bundesverkehrsministers innerhalb seines Verantwortungsbereichs auf die einzelnen Vergabeverfahren). Damit war A bei der Abrede im Sommerhaus der O noch viel zu weit weg von der Tatbestandsverwirklichung, so dass er zu diesem Zeitpunkt auch seiner Vorstellung nach noch nicht unmittelbar zur Tat ansetzen konnte.

### c) Zwischenergebnis

A hat bereits den Tatbestand der §§ 339, 22, 23 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

### 3. Ergebnis

A hat sich daher nicht wegen versuchter Rechtsbeugung iSd. §§ 339, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht

### IV. Strafbarkeit des A aus § 266 Abs. 1 StGB

A könnte sich ferner dadurch, dass er im Sommer 2020 in Aussicht gestellt hat, der O gegen Spenden an parteinahe gemeinnützige Vereine Staatsaufträge zuzuschancen, wegen Untreue iSd. § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Allerdings ergibt sich im Hinblick auf eine vollendete Untreue, dass A im Sommer 2020 noch keinerlei Vermögensbetreuungspflicht für Staatsgelder als Teil der Exekutive hatte.

Ferner ist auch nicht bekannt, dass während der Regierungszeit der AfD in der schwarz-blauen Koalition 2021 – 2022 tatsächlich Staatsaufträge verschoben wurden, zumal nicht an die O bzw. ein Unternehmen der O. Daher kann hieraus auch kein für eine vollendete Untreue iSd. § 266 Abs. 1 StGB erforderlicher Vermögensnachteil auf Ebene des Bundes vorliegen.

Im Ergebnis hat sich A nicht wegen Untreue iSd. § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### V. Strafbarkeit des A aus § 266 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

Letztlich scheidet auch eine versuchte Untreue iSd. § 266 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB aus, da vorliegend noch zu viele Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich waren, so dass zumindest noch kein unmittelbares Ansetzen des A vorliegt.

### VI. Strafbarkeit des A aus § 31d PartG

Womöglich könnte die Forderung des A an O, dass diese zwischen 0,5 und 2 Mio. Euro an parteinahe gemeinnützige Vereine spenden solle, um später im Gegenzug Staatsaufträge zu erhalten, aber eine Strafbarkeit des A iSd. § 31d PartG bedeuten.

Allerdings ergibt sich, dass dieses Abfordern noch nicht iSd. § 31d PartG strafbar ist. Strafbar würde erst die spätere Falschdeklaration der Spende/Einnahme im Rechenschaftsbericht der AfD an den Bundestag zum Zwecke der Verschleierung der Mittelherkunft sein, vgl. § 31d Abs. 1 Nr. 1 PartG. Schließlich ist dem Sachverhalt nach damit zu rechnen, dass die Mittel dann über den entsprechenden parteinahen Verein über die Nutzung des Privilegs aus § 25 Abs. 2 Nr. 2 PartG an die AfD weitergeleitet würden, ohne dass die wahre Mittelherkunft offengelegt wird. Möglich wäre auch, dass der entsprechende Verein das Geld der O behält und hierfür etwa Veranstaltungen oder Wahlwerbung

<sup>10</sup> BGH NJW 1960, 253; BGH NJW 1972, 1059 (1060); BGH NStZ 2016, 351 (352); Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 339 Rn. 2.

<sup>11</sup> Vgl. Uebele, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 339 Rn. 13; Mückenberger, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 339 Rn. 16; aA. Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 111 Rn. 24.

finanziert (vgl. § 26 Abs. 1 PartG), ohne dass dies entsprechend als Einnahme der Partei offengelegt wird.

#### Hinweis

Dies waren wohl auch die FPÖ-Schlupflöcher. In den entsprechenden Vereinen waren/sind bestimmte FPÖ-Funktionäre jeweils Vereinsvorstände, der nach österreichischem Recht illegale Mittelfluss dann weiter an die FPÖ konnte bislang aber nicht nachgewiesen werden, die Ermittlungen hierzu sind daher eingestellt worden. Legal ist in Österreich – anders als in Deutschland – aber seit jeher eine Mittelverwendung eines Vereins zugunsten einer Partei, was natürlich ein enormes Umgehungspotenzial eröffnet. Es macht schließlich wirtschaftlich betrachtet keinen Unterschied, ob zB. Veranstaltungen oder Wahlwerbung durch Parteispenden von der Partei selbst bezahlt werden oder ob die Rechnungen von einem parteinahen Verein beglichen werden. Diese Gesetzeslücke gibt es in Deutschland so nicht.

Im Ergebnis hat sich A noch nicht iSd. § 31d PartG strafbar gemacht. Dies gilt zumal, da es von Seiten der O ohnehin zu keinen Spenden gekommen ist, die hätten falsch deklariert werden können.

#### VII. Ergebnis

A hat sich durch den Inhalt des Sylt-Videos nicht strafbar gemacht.

#### Hinweis

Mit demselben Ergebnis bezogen auf den Inhalt des Ibiza-Videos ist wohl auch in Österreich bei den Ermittlungen gegen HC Strache zu rechnen. Derzeit geht es dort wohl nur noch um den Untreuevorwurf und die Frage, ob ein möglicher Verstoß gegen die Angelobungsformel von Abgeordneten zum Nationalrat, wonach „unverbrüchliche Treue zur Republik, stete und volle Beobachtung der Verfassungsgesetze und aller anderen Gesetze und gewissenhafte Erfüllung der Pflichten“ gelobt werden muss (vgl. § 4 Abs. 1 ÖGOG-NR), einen solchen Untreuevorwurf stützen kann. Allerdings verlangt auch die Untreue nach § 153 öStGB eine Art Vermögensbetreuungspflicht und einen Vermögensschaden, was sich bislang nicht aufdrängt. Unabhängig vom vss. zu erwartenden rechtlichen Freibeweis von HC Strache in allen Punkten in dieser Causa wiegen die im Ibiza-Video getätigten Äußerungen allerdings zumindest in moralischer Hinsicht schwer, auch wenn zuletzt weitere Minuten des Videos mit teilweise entlastenden Sequenzen aufgetaucht sind.

#### B) Strafbarkeit des C

##### I. Strafbarkeit des C aus § 201 Abs. 1 StGB

C könnte sich durch den heimlichen Tonbandmitschnitt der im Sommerhaus der O gesprochenen Worte von A, B und T wegen Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes iSd. § 201 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestand

Dann müsste C den Tatbestand des § 201 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

##### a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

Den objektiven Tatbestand erfüllt, wer unbefugt 1. das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt oder 2. eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

Für die Variante des Gebrauchs oder einem Dritten zugänglich Machens ergeben sich vorliegend keinerlei Erkenntnisse. Denn in Anbetracht der bisherigen Ermittlungsergebnisse ist einzig erwiesen, dass die Aufnahme an die Presse gelangt ist. Nicht erwiesen ist dagegen, dass C diese Aufnahme in irgendeiner Form gebraucht oder der Presse zugänglich gemacht hat.

In Betracht kommt jedoch, dass C unbefugt das nichtöffentlich gesprochene Wort von A, B und T auf einem Tonträger aufgenommen hat. Gesprochenes Wort meint dabei eine unmittelbare, akustisch wahrnehmbare Äußerung von Gedankeninhalten mittels lautbarer Zeichen.<sup>12</sup> Nichtöffentlich ist das gesprochene Wort, wenn es nicht für einen größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder nicht durch persönliche oder sachliche Beziehungen miteinander verbundenen Personenkreis bestimmt oder unmittelbar verstehbar ist.<sup>13</sup> Das gesprochene Wort ist ferner auf einem Tonträger aufgenommen, wenn eine akustische Wiedergabe möglich ist.<sup>14</sup> Unbefugt ist die Aufnahme dann, wenn sie heimlich, also ohne Wissen/Einwilligung des Sprechers erfolgt.<sup>15</sup> Alle diese Tatbestandsmerkmale sind vorliegend evident erfüllt, die Aufnahme ist auch konkret der Steuerung der Fernbedienung von Kameras und hier vor allem Mikrofonen durch C zuzuordnen.

Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

##### b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist weiter, ob C auch den subjektiven Tatbestand verwirklicht hat.

Für den inneren Tatbestand ist hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale – einschließlich dem Merkmal unbefugt – mindestens bedingter Vorsatz erforderlich.<sup>16</sup> Davon kann vorliegend bei C insbesondere mit Blick auf die enorm aufwändigen Vorbereitungsmaßnahmen und die Steuerung auch der Mikrofone ausgegangen werden. Es dürfte bei C dann sogar dolus directus 1. Grades vorgelegen haben.

<sup>12</sup> Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 201 Rn. 3; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 201 Rn. 3.

<sup>13</sup> OLG Frankfurt NJW 1977, 1547; OLG Dresden MDR 2020, 34; Träger, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2015), § 201 Rn. 8; Popp, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 339 Rn. 3.

<sup>14</sup> Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 201 Rn. 3; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 201 Rn. 11.

<sup>15</sup> Graf, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 201 Rn. 22; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 201 Rn. 13.

<sup>16</sup> Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 201 Rn. 21; Wietz/Slobinski, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020); § 201 Rn. 12.

Damit ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

## 2. Rechtswidrigkeit

Weiterhin müsste C auch rechtswidrig gehandelt haben. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn in irgendeiner Form ein Rechtfertigungsgrund vorliegen würde.

### Hinweis

Bei § 201 StGB spielen in der Rechtspraxis vor allem Notwehr/rechtfertigender Notstand im Zusammenhang mit einschüchternden Personalgesprächen uä. am Arbeitsplatz eine Rolle. Stark vereinfacht ausgedrückt ist ein heimlicher Mitschnitt eines solchen Gesprächs durch den Arbeitnehmer etwa mit dem Smartphone regelmäßig nicht gerechtfertigt und kann eine Abmahnung bzw. verhaltensbedingte Kündigung zur Folge haben. Ausnahmsweise greifen Notwehr oder rechtfertigender Notstand aber dann durch, wenn der Arbeitnehmer eine gegen ihn gerichtete Straftat mit Dauercharakter abwehren will, insbesondere mit Blick auf Nötigung und Erpressung. Jedoch besteht bei einem solchen Mitschnitt ein erhebliches Rechtsrisiko, schließlich lässt sich in den seltensten Fällen antizipieren, ob man im Ergebnis eine Straftat auf Band haben wird, welche dann zur Rechtfertigung des eigenen Handelns führt.

Vorliegend ist allerdings kein Rechtfertigungsgrund erkennbar. So fehlt es sowohl an einer Einwilligung von A, B und T als auch an einer sonstigen Rechtfertigung. Insbesondere dringt der Verweis auf ein angeblich „zivilgesellschaftliches Projekt“, mit dem etwa Verwerfungen in der Politik transparent gemacht werden sollen, nicht durch. Insoweit ist es Aufgabe des Staates, Kriminalität aufzuklären und dabei die Regeln zum sog. Großen Lausangriff nach den §§ 100c ff. StPO einzuhalten, wo es nach § 100e Abs. 2 StPO insbesondere einer richterlichen Anordnung zur akustischen Wohnraumüberwachung bedarf. Dagegen zählen zivilgesellschaftliche Projekte ausdrücklich nicht zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen iSd. § 201 Abs. 2 Satz 3 StGB. Diese Klausel soll schließlich nur das Verbreiten erlangter Informationen durch die Presse rechtfertigen können, nicht jedoch die rechtswidrige Beschaffung von Informationen durch heimliche Aufnahmen.<sup>17</sup> Außerdem geht es bei § 201 Abs. 2 Satz 3 StGB ausweislich der Gesetzesbegründung ohnehin nur um die Aufdeckung besonders schwerer Taten wie die Bildung einer terroristischen Vereinigung iSd. § 129a Abs. 1 StGB oder sämtliche schwere Taten aus dem Katalog des § 138 Abs. 1 StGB<sup>18</sup>, was vorliegend aber keinesfalls in Rede steht.

Insgesamt hat C damit auch rechtswidrig gehandelt.

## 3. Schuld

Schließlich müsste das Handeln des C auch als schuldhaft anzusehen sein.

Vorliegend sind keinerlei Schuldausschlussgründe erkennbar. Auch ergibt sich nicht wirklich, dass C wegen des anzunehmenden eigenen Alkoholgusses im Sommerhaus – es werden

ja nicht nur A, B und T Alkohol getrunken haben – bei Tatbegehung vermindert oder gar vollständig schuldunfähig war.

Damit war das Handeln des C auch schuldhaft.

## 4. Ergebnis

C hat sich daher wegen Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes iSd. § 201 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## 5. Strafantrag

Nach § 205 Abs. 1 Satz 1 StGB ist allerdings ein Strafantrag des von § 201 Abs. 1 StGB Verletzten, also des Sprechers des vertraulichen Wortes<sup>19</sup>, Strafverfolgungsvoraussetzung.

## II. Strafbarkeit des C aus § 201a Abs. 1 StGB

Über die heimlichen akustischen Aufnahmen aus dem Sommerhaus durch Mikrofone samt Speicherung auf einem Aufnahmegerät iSd. § 201 Abs. 1 StGB hinaus könnte sich der C auch durch die gleichlaufenden Kameraaufnahmen und -aufzeichnungen wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen iSd. § 201a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

Dann müsste C den Tatbestand des § 201a Abs. 1 StGB erfüllt haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

Den objektiven Tatbestand erfüllt, wer 1. von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt, 2. eine Bildaufnahme, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt, 3. eine durch eine Tat nach den Nummern 1 oder 2 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht oder 4. eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in den Nummern 1 oder 2 bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.

Vorliegend scheidet eine Tathandlung nach Nr. 4 aus, da die Bildaufnahme im Sommerhaus schon nicht befugt hergestellt wurde. Das Gebrauchen oder Zugänglichmachen nach Nr. 3 ist bislang ferner nicht erwiesen. Zwar steht fest, dass das Video in irgendeiner Weise an die Presse gelangt ist, jedoch ist bislang aufgrund des Schweigens sämtlicher beteiligter Personen nicht erkennbar, dass dies dem C zurechenbar ist.

Allerdings könnte eine Tathandlung nach Nr. 2 vorliegen. Dann müsste C eine Bildaufnahme, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unbefugt hergestellt oder übertragen haben und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt haben. Zwar behauptet A, dass er –

<sup>17</sup> OLG Düsseldorf ZUM-RD 2012, 137 (142); Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 201 Rn. 33; Graf, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 201 Rn. 55.

<sup>18</sup> Vgl. BT-Drs. 11/7414 v. 19.06.1990, S. 5.

<sup>19</sup> Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 205 Rn. 3; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 205 Rn. 2.

ohne seine Kenntnis der Einnahme – unter Drogeneinfluss gestanden habe. Außer dieser nachträglichen (Schutz-)Behauptung durch A gibt es hierfür jedoch keinerlei Anzeichen. Weder existieren einschlägige medizinische Befunde noch entsprechende Aussagen etwa der Videoersteller. Hilfslosigkeit meint zwar in diesem Zusammenhang ferner, dass es um bloßstellende, peinliche oder entwürdigende Situationen oder einem solchen Zustand geht, wobei angenommen werden kann, dass üblicherweise ein Interesse daran besteht, dass derartige Bildaufnahmen nicht hergestellt, übertragen oder Dritten zugänglich gemacht werden.<sup>20</sup> Allerdings muss eine solche Situation bereits zum Beginn der Aufnahme für den Aufnehmenden erkennbar sein, sonst hätte es das Tatopfer in den Händen, durch sein Handeln während der Aufnahme die Tathandlung des Täters festzulegen. Daher kann es nicht auf einen peinlichen Inhalt der Darlegungen des Tatopfers ankommen, um die Tathandlung nach Nr. 2 anzunehmen. Diese scheidet damit vorliegend aus.

Schließlich könnte die Tathandlung nach Nr. 1 vorliegen. C hat auch innerhalb einer Wohnung unbefugt Bildaufnahmen hergestellt und damit den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Personen A, B und T verletzt. Dabei kann es nicht auf den missverständlichen Wortlaut der Gesetzesbegründung zu § 201a StGB ankommen, wonach nur Bildaufnahmen in tätereigenen Räumlichkeiten<sup>21</sup> erfasst sein sollen, denn dann wäre der Besuch des auf die Vertraulichkeit einer befriedeten Wohnung vertrauenden Tatopfers, welches sich wie vorliegend zu Besuch in Räumlichkeiten des oder der Täter(s) aufhält, nicht erfasst und es wären aus nicht nachvollziehbaren Gründen rechtsfreie Räume geschaffen. Von daher ist vorliegend insgesamt davon auszugehen, dass C die Tathandlung nach Nr. 1 verwirklicht hat.

Insgesamt ist daher der objektive Tatbestand erfüllt.

## b) Subjektiver Tatbestand

C müsste auch den subjektiven Tatbestand erfüllt haben. Dies setzt zumindest bedingt vorsätzliches Handeln in Bezug auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale voraus. Vorliegend hat C erneut sogar mit *dolus directus* 1. Grades gehandelt, da ihm gerade planmäßig an den heimlichen Kameraaufnahmen im Sommerhaus auf Sylt gelegen war.

Somit ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

## 2. Rechtswidrigkeit

C hat auch rechtswidrig gehandelt.

## 3. Schuld

Das Verhalten des C war auch schuldhaft.

## 4. Ergebnis

C hat sich auch wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen iSd. § 201a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## 5. Strafantrag

Nach § 205 Abs. 1 Satz 2 StGB ist erneut ein Strafantrag des von § 201a Abs. 1 StGB Verletzten Strafverfolgungsvoraussetzung.

## C) Strafbarkeit des D

### I. Strafbarkeit des D aus §§ 201 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

D könnte sich, indem er an der Videofalle auf Sylt insoweit mitgewirkt hat, dass er zwar nicht vor Ort an der Ausführung beteiligt war, jedoch zusammen mit C den Plan hierfür erstellt und die O angeheuert hat sowie die finanziellen Mittel für die gesamte Aktion bereitgestellt hat, wegen (gemeinschaftlich begangener) Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes iSd. § 201 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

§ 25 Abs. 2 StGB erfordert für die Mittäterschaft eine gemeinsame Tatbegehung in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken.

Insoweit ist festzustellen, dass C und D den erforderlichen Tatplan gemeinsam gefasst haben. Im Vorfeld der Tatausführung haben C und D ferner die O gemeinsam engagiert. Zwar war der D bei der konkreten Tatausführung im Sommerhaus nicht zugegen, allerdings stammen die für die Tat erforderlichen finanziellen Mittel alleine von ihm. Insoweit ist anerkannt, dass ein Minus bei der Tathandlung durch ein Plus an Tatplanung und Vorbereitungshandeln ausgeglichen werden kann.<sup>22</sup> Ferner ist auch bei D von vorsätzlichem Handeln auszugehen.

Gründe für eine Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB sind ferner nicht ersichtlich.

Auch D hat rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

Somit hat sich D wegen (gemeinschaftlich begangener) Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes iSd. § 201 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Nach § 205 Abs. 1 Satz 1 StGB bedarf es eines Strafantrags.

### II. Strafbarkeit des D aus §§ 201a Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Es ergeben sich keinerlei Abweichungen zur vorigen Strafbarkeit in Bezug auf § 25 Abs. 2 StGB.

D hat sich somit auch wegen (gemeinschaftlich begangener) Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen iSd. § 201a Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Nach § 205 Abs. 1 Satz 2 StGB bedarf es eines Strafantrags.

## D) Strafbarkeit der O

### I. Strafbarkeit der O aus §§ 201 Abs. 1, 27 StGB

Die O hat sich dagegen „nur“ wegen Beihilfe zur Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes iSd. §§ 201 Abs. 1, 27 strafbar gemacht. Im Unterschied zu C und D fehlt es ihr iSd. Rechtsprechung am Tatherrschaftswillen<sup>23</sup>, auch wenn sie Beiträge zur Tatbestandsverwirklichung geliefert hat. Insbesondere der Umstand, dass sie zeitlich nach dem bereits durch C und D gefassten Tatplan angeheuert wurde spricht gegen ihre Tatherrschaft und

<sup>20</sup> Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 201a Rn. 21; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 201 Rn. 3.

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 15/1891 v. 15.11.2003, 6.

<sup>22</sup> Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 25 Rn. 16; Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 25 Rn. 16; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 25 Rn. 7.

<sup>23</sup> Vgl. BGH NSTz 2002, 482; BGH StV 2017, 285; BGH StV 2017, 295; BGH NSTZ-RR 2017, 146 (147); Joecks, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 25 Rn. 241; Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 25 Rn. 39.

vielmehr eher für eine Rolle als bloß angestellte Helferin bei der Tatausführung.

## II. Strafbarkeit der O aus §§ 201a Abs. 1, 27 StGB

Ferner hat sich die O wegen Beihilfe zur Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen iSd. §§ 201a Abs. 1, 27 strafbar gemacht.

### E) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich nicht strafbar gemacht.

C und D haben sich aus §§ 201 Abs. 1, 201a Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Die §§ 201, 201a StGB stehen dabei im Verhältnis der Tateinheit nach § 52 StGB zueinander.<sup>24</sup>

O hat sich nach §§ 201 Abs. 1, 201a Abs. 2, 27, 52 StGB strafbar gemacht.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



---

<sup>24</sup> Graf, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 201 Rn. 12; Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen, 2007, S. 227.



## 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 – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Anspruch auf Herausgabe des überbauten Teils bei Grenzüberbau

Urteil vom 10. Juli 2020, Az.: V ZR 156/19

Bei einem zu dulddenden Überbau führt der vollständige Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück „nur“ dazu, dass die Duldungspflicht des Nachbarn entfällt. Dagegen bleibt die eigentumsrechtliche Zuordnung des auf dem Nachbargrundstück befindlichen Gebäudeteils zum Stammgrundstück unverändert (Bestätigung von Senat, Urteil vom 17. Januar 2014 - BGH Aktenzeichen VZR29212 V ZR 292/12, NJW-RR 2014, NJW-RR Jahr 2014 Seite 973 Rn. NJW-RR Jahr 2014 Seite 973 Randnummer 24 und Urteil vom 16. Januar 2004 - BGH Aktenzeichen VZR24303 V ZR 243/03, BGHZ 157, BGHZ Band 157 Seite 301, BGHZ Band 157 305 f.).

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

Die K war Eigentümerin eines Grundstücks, die B Eigentümerin des Nachbargrundstücks. K hatte ihr Grundstück mit einem Plattenbau bebaut, von welchem sich ein Teil auf dem Grundstück der B befand. Nun lässt die K den Plattenbau abreißen und verlangt von der B Herausgabe des auf ihrem Grundstück befindlichen Teils.

#### B) Die Entscheidung der Kammer/des Senates

K kann ihr Begehren möglicherweise auf einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB stützen.

#### I. Eigentum

Fraglich ist, ob K Eigentümerin der auf dem Nachbargrund befindlichen Gebäudeteile ist. Hier muss zunächst geprüft werden, ob sie vor dem Abriss Eigentümerin war. Der BGH führt dazu aus:

*„Tragendes Element der Begründung seiner Entscheidung ist das schon von dem Oberlandesgericht angeführte Sachargument, der vor der Wiedervereinigung als Versuchsbaubau errichtete Plattenbau habe sich über beide Grundstücke erstreckt und sowohl aus baulicher als auch aus funktionaler Sicht ein einheitliches Gebäude dargestellt. Dieses Argument hat es mit dem zusätzlichen Argument untermauert, sämtliche Leitungen für Wasser, Abwasser, Strom und Heizung hätten nur einen End- und Anfangspunkt; das sei auch der Grund dafür, dass der Gebäuderest nach dem Abbruch der Segmente auf dem Grundstück der Klägerin nicht mehr mit Wasser, Strom und Heizung versorgt sei und Abwasser nicht mehr entsorgt werden könnte. Die aus diesen eigenen Feststellungen gezogene Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, bei den Plattenbausegmenten auf dem Grundstück der GbR handele es sich um einen zu dulddenden Überbau auf deren Grundstück, der jedenfalls bis zum Abbruch der Segmente des Gebäudes auf dem Grundstück der Klägerin wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks gewesen sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden.“*

Demnach lag bis zum Abriss die Konstellation eines entschuldigten Grenzüberbaus vor, welcher zum Eigentum der überbauten Gebäudeteile des Eigentümers des Stammgrundstücks führt.

Fraglich ist nun, ob sich diese Beurteilung durch den Abriss geändert hat. Der BGH verneint diese Frage:

*„Der Abbruch des auf dem Stammgrundstück befindlichen Teils eines auf das Nachbargrundstück überbauten Gebäudes führt allerdings dazu, dass die Vorschriften über die Verpflichtung zur Duldung eines entschuldigten bzw. rechtmäßigen Überbaus ihren Zweck nicht mehr erfüllen können. Mit dem Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück wird nämlich der in dem Gebäude verkörperte wirtschaftliche Wert beseitigt, der vor einer Zerschlagung geschützt werden soll und die Duldungspflicht des Nachbarn nach oder § 912 Abs. 1 BGB rechtfertigt.“*

Daraus folge aber nicht, dass sich die Eigentumsverhältnisse geändert haben:

*„Bei einem zu dulddenden Überbau hat der vollständige Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück indessen „nur“ zur Folge, dass die Duldungspflicht des Nachbarn entfällt. Dagegen bleibt die eigentumsrechtliche Zuordnung des auf dem Nachbargrundstück befindlichen Gebäudeteils zum Stammgrundstück unverändert [...] Gründe, von ihr abzugehen, zeigt die Beklagte nicht auf. Der vorliegende Fall ist im Gegenteil ein Beleg dafür, dass sie sachgerecht ist. Nur bei Annahme des Fortbestands der sachenrechtlichen Zuordnung des Überbaus zum Stammgrundstück ist gesichert, dass der Eigentümer dieses Grundstücks für den erforderlichen Abbruch des Überbaus auf dem überbauten Grundstück verantwortlich ist und sich dieser Verantwortung nicht durch den Abbruch allein des Gebäudes auf dem Stammgrundstück entziehen kann. Zugleich ist gewährleistet, dass der Eigentümer des Stammgrundstücks sein Interesse an der Beseitigung der Überbaureste auf dem Nachbargrundstück verwirklichen kann (§ 903 BGB)“*

Damit ist K Eigentümerin des Gebäudeteils geblieben

#### II. Besitz

Der Gebäudeteil befindet sich gegenwärtig im Besitz der B.

#### III. Kein Recht zum Besitz, § 986

Voraussetzung des Herausgabeanspruchs ist außerdem das Fehlen eines Besitzrechts nach § 986 BGB.

Nach dem BGH begründet die Duldungspflicht des Nachbarn noch kein Besitzrecht, der Eigentümer ist frei darin, sein Gebäude und auch den überbauten Gebäudeteil abzureißen. Der BGH führt dazu aus:

*„Der hier zu beurteilende Abbruch des Plattenbaurests ist nämlich, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, Teil eines einheitlichen Bauvorhabens. Die Klägerin hatte von vornherein vor, den Plattenbau insgesamt, auch auf dem Grundstück der GbR, abzureißen. Sie ist daran nur durch die Intervention der Beklagten gehindert worden. Diese ändert jedoch an der Einheitlichkeit der Abbruchmaßnahme nichts. Im Übrigen legt die Regelung in § 914 Abs. 1 S. 2 BGB nahe, dass der Eigentümer des Stammgrundstücks einen Überbau auch isoliert beseitigen darf. Nach dieser Vorschrift erlischt die Rentenpflicht des Eigentümers des Stammgrundstücks mit der Beseitigung des Überbaus. Das setzt gedanklich voraus, dass der Eigentümer des Stammgrundstücks den Überbau jedenfalls dann isoliert abbrechen darf, wenn dem Nachbarn dadurch kein Schaden zugefügt wird“*

Damit besteht auch kein Recht zum Besitz

### III. Ergebnis

Der Herausgabeanspruch der K besteht also.

#### Abschließende Hinweise

1. Entscheidungen zum Grenzüberbau sind selten, die Thematik ein Klassiker des BGB, die Entscheidung des BGH weist daher eine erhebliche Examensrelevanz auf.
2. Die Entscheidung des BGH ist überzeugend. Selbstverständlich ist sie allerdings nicht, berücksichtigt man, dass bei einem unentschuldigten Grenzüberbau nach der Rechtsprechung des BGH eine abweichende Eigentumszuteilung stattfindet: es erwirbt in diesem Fall nämlich der Nachbar Eigentum an dem überbauten Grundstücksteil.<sup>1</sup>

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

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und  
Ordnungswidrigkeitenrecht  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>1</sup> S. zum ganzen *Fritzsche*, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 55. Ed. (01.08.2020), § 912 Rn.31.

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Gesellschafterausschluss bei nicht vollständig erbrachter Einlage

Urteil vom 04. August 2020, Az.: II ZR 171/19

**Der Gesellschafter einer GmbH kann, obwohl er seine bereits fällig gestellte Einlage noch nicht vollständig erbracht hat, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, ohne dass zugleich mit dem Ausschluss ein Beschluss über die Verwertung seines Geschäftsanteils gefasst werden muss.**

(amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt (leicht abgewandelt)

K und N waren Gesellschafter der B-GmbH. K war zunächst Inhaber eines Geschäftsanteils im Nennbetrag von 12.740 EUR (Nr. 2), N war Inhaberin eines Geschäftsanteils im Nennbetrag von 13.260 EUR (Nr. 3). Am 12. November 2012 erhöhten die Gesellschafter das voll eingezahlte Stammkapital von 26.000 EUR auf 200.000 EUR. Von den zwei neu gebildeten Geschäftsanteilen übernahm K einen im Nennbetrag von 85.260 EUR (Nr. 4) und N einen im Nennbetrag von 88.740 EUR (Nr. 5), die in Höhe von 36.260 EUR (Nr. 4) bzw. 37.740 EUR (Nr. 5) sofort einzuzahlen waren, was auch geschehen ist. Die Restbeträge in Höhe von 49.000 EUR (Nr. 4) bzw. 51.000 EUR (Nr. 5) sollten jeweils nach Aufforderung durch die Gesellschaft fällig werden.

Nach § 13 Abs. 1 b) des Gesellschaftsvertrags der B-GmbH (im Folgenden: GV) kann ein Gesellschafter durch Beschluss aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn er mit der Einzahlung des vertraglich geschuldeten Gesellschaftskapitals oder einer vertraglich vereinbarten Kapitalerhöhung ganz oder anteilig länger als drei Monate in Verzug ist und ungeachtet einer mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Ausschließung verbundenen nochmaligen Zahlungsaufforderung binnen eines weiteren Monats nicht leistet.

Nach § 13 Abs. 4 Satz 2 GV ist der Zeitpunkt der Zustellung des Ausschließungsbeschlusses an den betroffenen Gesellschafter maßgebend für den Zeitpunkt des Ausscheidens. Nach § 13 Abs. 7 GV hat der ausgeschlossene Gesellschafter nach Wahl der Gesellschaft die Einziehung seines Geschäftsanteils zu dulden oder den Anteil an die Gesellschaft, an einen Gesellschafter oder an einen von der Gesellschaft bezeichneten Dritten zu veräußern und abzutreten. Nach § 13 Abs. 5 GV kann der Ausschließungsbeschluss innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Monaten ab Zugang des Ausschließungsbeschlusses durch Klage angefochten werden.

§ 15 Abs. 8 GV lautet auszugsweise:

"[...] Ist die Abfindungszahlung nicht möglich, ohne das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft anzugreifen, sind die verbleibenden Gesellschafter verpflichtet, den eingezogenen Geschäftsanteil gegen Übernahme der Abfindungslast zu gleichen Anteilen oder in einem anderen Verhältnis zu übernehmen, falls die Gesellschafterversammlung der verbleibenden Gesellschafter dies mit einfacher Mehrheit ihrer Stimmen innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Feststellung des Abfindungsguthabens des ausgeschiedenen Gesellschafters beschließt. Die Gesellschafter haften in diesem Fall für die Zahlung des Abfindungsguthabens. Kommt dieser Beschluss nicht zustande, so wird die Ausschließung [...] unwirksam und die Gesellschaft wird aufgelöst."

In der Gesellschafterversammlung vom 4. März 2016 wurde der Beschluss gefasst, dass der Restbetrag auf den von K zu leistenden Geschäftsanteil mit der lfd. Nr. 4 iHv. 49.000 EUR sofort in voller Höhe zur Zahlung fällig ist und die Geschäftsführung angewiesen wird, die ausstehende Stammeinlage unverzüglich von K einzufordern. K verweigerte die Zahlung, weil sämtliche Geldbeträge, die die B-GmbH eingenommen habe, nicht für satzungsgemäße Zwecke verwendet worden seien. K wurde mit Schreiben vom 4. März 2016 durch den Geschäftsführer der B-GmbH zur Zahlung bis zum 11. März 2016 sowie mit Schreiben vom 11. Juli 2016 nochmals zur umgehenden Zahlung innerhalb eines Monats unter Hinweis auf einen möglichen Ausschluss gemäß § 13 Abs. 1 b) GV aufgefordert. In der Gesellschafterversammlung vom 22. September 2016 beschloss die allein teilnehmende N, K gemäß § 13 Abs. 1 b) GV auszuschließen.

Der Ausschließungsbeschluss wurde K am 26. September 2016 per Einschreiben zugestellt.

Am 15. November 2016 erhebt K gegen den Ausschließungsbeschluss Anfechtungsklage gegen die B-GmbH vor dem Landgericht am Sitz der B-GmbH.

#### B) Die Entscheidung des Senates

Die Anfechtungsklage des K wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

##### I. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

Das GmbHG enthält keine Regelungen zur Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses einer GmbH.

Deshalb werden die Vorschriften zur Nichtigkeit und Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft gemäß §§ 241 ff. AktG auf Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH entsprechend angewandt, wobei den Besonderheiten der GmbH Rechnung zu tragen ist.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> St. Rspr. und hL. vgl. *Hillmann*, in: *Henssler/Strohn*, *GesR*, 4. Aufl. (2019), Anh. § 47 GmbHG, Rn. 1.

### 1. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage (analog § 243 AktG)

Die Anfechtungsklage ist statthaft, sofern geltend gemacht wird, dass der Beschluss gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.

Eine Nichtigkeitsklage ist nur statthaft, wenn der Beschluss an gravierenden Mängeln analog § 241 AktG leidet.<sup>2</sup> Hierbei handelt es sich beispielsweise um bestimmte Einberufungsmängel, die unterlassene Beurkundung eines satzungsändernden Beschlusses oder Beschlüsse, die gegen Gläubigerschutzvorschriften, Vorschriften im öffentlichen Interesse oder gegen die guten Sitten verstoßen.<sup>3</sup>

K macht geltend, dass er die Zahlung der Resteinlage verweigern dürfe, weil die B-GmbH die eingenommenen Gelder nicht für satzungsgemäße Zwecke verwendet habe. Folglich wären die Voraussetzungen gemäß § 13 Abs. 1 b) GV für den Ausschließungsbeschluss nicht gegeben. Nach dem Vortrag des K liegt somit ein Satzungsverstoß vor.

Die Anfechtungsklage des K ist statthaft.

### 2. Richtiger Klagegegner (analog § 246 Abs. 2 AktG), Partei- und Prozessfähigkeit der B-GmbH

Fraglich ist, ob die B-GmbH richtiger Klagegegner der Anfechtungsklage ist oder die Klage gegen N als beschließende Gesellschafterin gerichtet werden müsste.

Eine Anfechtungsklage gegen einen Gesellschafterbeschluss einer GmbH ist analog § 246 Abs. 2 S. 1 AktG gegen die Gesellschaft zu richten.<sup>4</sup>

Die B-GmbH ist als juristische Person gemäß § 13 Abs. 1 GmbH parteifähig (§ 50 Abs. 1 ZPO). In einem Anfechtungsprozessprozess wird die GmbH durch ihre Geschäftsführer vertreten und ist somit prozessfähig.<sup>5</sup>

### 3. Partei- und Prozessfähigkeit des K

Umstände, die gegen die Prozess- und Parteifähigkeit von K sprechen, sind nicht ersichtlich.

### 4. Zuständigkeit (analog § 246 Abs. 3 AktG)

Für die Anfechtungsklage ist gemäß § 246 Abs. 3 S. 1 AktG analog ausschließlich das Landgericht zuständig, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Besteht an dem Gericht eine Kammer für Handelssachen, ist diese analog § 246 Abs. 3 S. 2 AktG funktional zuständig.

### 5. Rechtsschutzbedürfnis

Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis des gegen die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses klagenden Gesellschafters ist nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich nicht erforder-

lich.<sup>6</sup> Die Befugnis, die Rechtmäßigkeit von Gesellschafterbeschlüssen kontrollieren zu lassen, ist ein aus der Mitgliedschaft fließendes Recht und bedarf keiner besonderen Rechtfertigung.<sup>7</sup>

Die Anfechtungsklage des K ist zulässig.

## II. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage des K ist begründet, wenn er anfechtungsbefugt ist, die Klage innerhalb der Anfechtungsfrist erhoben wurde und ein Anfechtungsgrund vorliegt.

### 1. Anfechtungsbefugnis

Anfechtungsbefugt ist grundsätzlich jeder Gesellschafter. Die Anfechtungsbefugnis fehlt, wenn der Gesellschafter dem Beschluss zugestimmt hat, auf sein Anfechtungsrecht verzichtet hat oder anders zum Ausdruck gebracht hat, mit dem Beschluss einverstanden gewesen zu sein.<sup>8</sup>

Da K an dem Ausschließungsbeschluss nicht mitgewirkt hat, ist er insoweit anfechtungsbefugt.

Da die Anfechtungsbefugnis ein aus dem Mitgliedschaftsrecht fließendes Kontrollrecht ist, stellt sie eine materiell-rechtliche Voraussetzung der Anfechtungsklage dar. Fehlt die Anfechtungsbefugnis, ist die Anfechtungsklage nicht nur unzulässig, sondern unbegründet.<sup>9</sup> Die Vorschrift des § 245 AktG, die die Anfechtungsbefugnis von Aktionären deutlich einschränkt, ist bei der Anfechtung von GmbH-Beschlüssen nicht analog anzuwenden.<sup>10</sup>

### 2. Anfechtungsfrist

Nach § 13 Abs. 5 GV kann der Ausschließungsbeschluss innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach Zustellung des Ausschließungsbeschlusses angefochten werden.

Der Ausschließungsbeschluss wurde K am 26. September 2016 per Einschreiben zugestellt. Am 15. November 2016 hat er Klage erhoben. Die Klageerhebung erfolgte somit innerhalb der gesellschaftsvertraglichen Ausschlussfrist.

Fraglich ist, ob die gesellschaftsvertragliche Regelung zur Anfechtungsfrist wirksam ist. Für Hauptversammlungsbeschlüsse sieht § 246 AktG eine Anfechtungsfrist von einem Monat vor. Nach der Rechtsprechung ist diese Frist auch bei der Anfechtung von GmbH-Beschlüssen einzuhalten, wobei eine hiervon abweichende Satzungsregelung zulässig ist.<sup>11</sup> Eine Verkürzung der Frist unter einen Monat ist jedoch unwirksam, so dass der Gesellschaftsvertrag die Frist nur verlängern kann.<sup>12</sup>

Gegen die Wirksamkeit der Satzungsregelung zur Anfechtungsfrist bestehen somit keine Bedenken.

<sup>2</sup> Vgl. Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl. (2019), Anh. § 47 GmbHG, Rn. 2 f.

<sup>3</sup> Vgl. Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl. (2019), Anh. § 47 GmbHG, Rn. 3.

<sup>4</sup> Ganz hM. vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. (2019), Anh. § 47, Rn. 163, mwN.

<sup>5</sup> § 246 Abs. 2 S. 2 AktG analog, § 51 ZPO, § 35 GmbHG; vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. (2019), Anh. § 47, Rn. 165.

<sup>6</sup> BGH NZG 2011, 26 (27).

<sup>7</sup> BGH NZG 2011, 26 (27).

<sup>8</sup> sein vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. (2019), Anh. § 47, Rn. 136 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Wertenbruch, in: MüKo. GmbHG, 3. Aufl. (2019), Anh. § 47, Rn. 248.

<sup>10</sup> Vgl. Drescher, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl. (2019), Anh. § 245 AktG, Rn. 19.

<sup>11</sup> Vgl. BGH NZG 2009, 1110

<sup>12</sup> Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. (2019), Anh. § 47, Rn. 152, mwN.

Die Einhaltung der Anfechtungsfrist ist wie die Anfechtungsbefugnis materielle Klagevoraussetzung. Die Versäumung der Frist führt zur Unbegründetheit der Klage.<sup>13</sup>

### 3. Anfechtungsgrund (analog § 243 Abs. 1 AktG)

Ein Anfechtungsgrund liegt vor, wenn der angefochtene Gesellschafterbeschluss gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.

Als Anfechtungsgrund kommt ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 b) GV in Betracht, dass ein Gesellschafter aus der B-GmbH ausgeschlossen werden kann, wenn er mit der Einzahlung des vertraglich geschuldeten Gesellschaftskapitals oder einer vertraglich vereinbarten Kapitalerhöhung ganz oder anteilig länger als drei Monate in Verzug ist und ungeachtet einer mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Ausschließung verbundenen nochmaligen Zahlungsaufforderung binnen eines weiteren Monats nicht leistet.

#### a) Verzug mit der Einlageleistung

Verzug setzt gemäß § 286 Abs. 1 BGB voraus, dass der Schuldner eine fällige Leistung trotz Mahnung nicht erbringt.

Die Leistung des Restbetrags in Höhe von 49.000 EUR auf den von K übernommenen Geschäftsanteil Nr. 4 war mit Gesellschafterbeschluss vom 4. März 2016 sofort zur Zahlung fällig.

K verweigerte die Leistung des Restbetrags unter Hinweis auf die nicht satzungsgemäße Verwendung der Gelder.

Gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist aufgrund der Leistungsverweigerung des K die Mahnung entbehrlich.

K wurde zusätzlich mit Schreiben vom 4. März 2016 durch die Geschäftsführung zur Leistung der Einlage bis 11. März 2016 aufgefordert.

Da er auch dieser Aufforderung nicht nachkam, befand sich K spätestens seit 11. März 2016 in Verzug.

Mit Schreiben vom 11. Juli 2016 wurde K nochmals zur Zahlung des ausstehenden Einlagebetrags innerhalb eines Monats aufgefordert und auf die Möglichkeit der Ausschließung aus der B-GmbH gemäß § 13 Abs. 1 b) GV hingewiesen. Zu diesem Zeitpunkt befand sich K bereits mehr als drei Monate in Verzug.

Da K die Einlageleistung auch innerhalb dieser Frist nicht erbrachte, liegen die Voraussetzungen gemäß § 13 Abs. 1 b) GV für seinen Ausschluss grundsätzlich vor.

Fraglich ist, ob K gegen die Fälligkeit der Einlage erfolgreich einwenden kann, dass die von der B-GmbH eingenommenen Geldbeträge nicht für satzungsgemäße Zwecke verwendet worden seien.

Dies lehnt der BGH ab<sup>14</sup>:

*„[29] Bei dem Einwand, Gesellschaftsmittel würden nicht dem Gesellschaftszweck gemäß verwendet, handelt es sich der Sache nach um die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht. Der Inferent kann gegen die Bareinlageforderung*

*aber keine Zurückbehaltungsrechte geltend machen. Dies ergibt sich aus dem Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gefährdet die Kapitalaufbringung und damit Gesellschafts- und Gläubigerinteressen in ähnlicher Weise wie die Aufrechnung (vgl. RGZ 83, 266, 268 f.; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 19 GmbHG Rn. 30; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 19 Rn. 41; Kis-Sira in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 19 Rn. 31; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 19 Rn. 41; Ebbing in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 19 Rn. 105; Casper in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl., § 19 Rn. 105; Scholz/Veil, GmbHG, 12. Aufl., § 19 Rn. 97; abweichend, aus § 19 Abs. 2 Satz 3 GmbHG: BeckOK GmbHG/Ziemons, 44. Edition, Stand: 1. Mai 2020, § 19 Rn. 134; MünchKomm-GmbHG/Schwandtner, 3. Aufl., § 19 Rn. 128; aus beiden Vorschriften: Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 19 Rn. 94).“*

K kann sich somit nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht satzungsgemäßer Verwendung der Einlageleistung berufen.

#### b) Ausschluss trotz fehlendem Verwertungsbeschlusses über den Geschäftsanteil des K

##### aa) Zulässigkeit des Ausschlusses bei nicht vollständig erbrachter Einlageleistung

Der Ausschließungsbeschluss könnte jedoch gegen das Kapitalerhaltungsgebot gemäß § 30 Abs. 1 GmbH verstoßen. K hat die Einlageleistung auf den von ihm übernommenen Geschäftsanteil mit der lfd. Nr. 4 in Höhe eines Betrags von 49.000 EUR nicht erbracht. Damit fehlt es an einer vollständigen Leistung des Stammkapitals in die B-GmbH. Der Ausschluss des K könnte möglicherweise zu einer Situation führen, in der die Einlage nicht mehr vollständig erbracht werden kann, weil es an einem Schuldner der Einlageleistung fehlt. Denn K scheidet aufgrund des Ausschließungsbeschlusses aus der B-GmbH als Gesellschafter aus.

So ist die Einziehung eines Geschäftsanteils, für den die Einlage nicht vollständig erbracht wurde, gemäß § 34 Abs. 3 GmbHG unzulässig.

Hieraus folgert das OLG Köln, dass auch die Ausschließung eines Gesellschafters, der seine Stammeinlage noch nicht vollständig erbracht hat, unzulässig ist.<sup>15</sup>

Hiernach müsse das rechtliche Schicksal des Geschäftsanteils des ausgeschlossenen Gesellschafters geklärt werden, um zu vermeiden, dass es an einem Schuldner für die nicht erbrachte Einlage fehlt.<sup>16</sup> Nach dem OLG Köln kann dies dadurch erreicht werden, dass der Geschäftsanteil mit dem Ausscheiden des säumigen Gesellschafters auf einen Mitgesellschafter oder Dritten übertragen wird, der als Schuldner der Einlageleistung an die Stelle des ausgeschiedenen Gesellschafters tritt.<sup>17</sup> Dadurch

<sup>13</sup> Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. (2019), Anh. § 47, Rn. 158

<sup>14</sup> BGH BeckRS 2020, 20181

<sup>15</sup> OLG Köln BeckRS 2019, 46974, Rn. 15; Vorinstanz zu BGH BeckRS 2020, 20181.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Köln BeckRS 2019, 46974, Rn. 16.

<sup>17</sup> Vgl. OLG Köln BeckRS 2019, 46974, Rn. 16.

könne der Grundsatz der Kapitalerhaltung ohne weiteres gewahrt werden.<sup>18</sup>

Nach § 13 Abs. 7 GV wäre es möglich gewesen von K zu verlangen, dass der Geschäftsanteil mit der lfd. Nr. 4 an einen Gesellschafter oder an einen von der Gesellschaft bezeichneten Dritten veräußert und abgetreten wird.

Nach dieser Auffassung ist der Beschluss über die Ausschließung des K rechtswidrig, weil mit der Ausschließung nicht unmittelbar über die Verwertung des Geschäftsanteils mit der lfd. Nr. 4 entschieden wurde.

Gegen diese Auffassung spricht, dass allein der Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters nicht dazu führt, dass sein Geschäftsanteil untergeht. Solange der Geschäftsanteil rechtlich besteht, könnte somit auch der mit dem Geschäftsanteil verbundene Anspruch auf Leistung der Einlage fortbestehen. Der ausgeschiedene Gesellschafter bliebe somit so lange Schuldner der Einlageleistung, bis die Übertragung auf einen Mitgesellschafter oder Dritten erfolgt.

Hierzu der BGH<sup>19</sup>:

„[12] Das Schrifttum sieht in dem Umstand, dass die Einlage auf den Geschäftsanteil nicht voll geleistet wurde, keinen Hinderungsgrund für die Ausschließung eines Gesellschafters (Damrau-Schröter, NJW 1991, 1927, 1933; Battke, GmbHR 2008, 850, 852 f., 856; Kersting in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., Anhang nach § 34 Rn. 7; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 34 Rn. 140; Sosnitza in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Anhang § 34 Rn. 20; Sandhaus in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 34 Rn. 81; Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 34 Rn. 88). Ob über die Verwertung des Geschäftsanteils gleichzeitig mit dem Ausschluss beschlossen werden muss, oder ob später darüber entschieden werden kann, wird selten erörtert. Zum Teil wird für die Zulässigkeit der Ausschließung eines nicht voll eingezahlten Geschäftsanteils dessen mögliche Abtretung in absehbarer Zeit für erforderlich gehalten (Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl., Anhang § 34 Rn. 36). Zum Teil wird formuliert, bei der Ausschließung sei die Volleinzahlung des Geschäftsanteils grundsätzlich nicht erforderlich. Da hier die Initiative von den Mitgesellschaftern ausgehe, könnten sie zugleich beschließen, den nicht voll eingezahlten Geschäftsanteil selbst zu übernehmen. Möglich sei auch die Übertragung auf einen Dritten (MünchKommGmbHG/Strohn, 3. Aufl., § 34 Rn. 112). Diesen Ausführungen lässt sich indes bereits nicht mit Sicherheit entnehmen, ob mit 'zugleich', entsprechend dem Verständnis des Berufungsgerichts, eine zwingende zeitliche Verknüpfung hergestellt werden soll.

[13] Ist die Einlage bereits vollständig geleistet, wie hier auf den Geschäftsanteil [von K] mit der lfd. Nr. 2, bedarf es nach der Rechtsprechung des Senats keiner gleichzeitigen Beschlussfassung über die Ausschließung des Gesellschafter

ters und die Verwertung seines Geschäftsanteils. Ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss hat zur Folge, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung verliert. Der Geschäftsanteil bleibt dagegen bestehen. Auch wenn die Gesellschaft nicht in angemessener Frist die Einziehung des Geschäftsanteils beschließt oder seine Abtretung verlangt, lebt die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auf. Für die Wirksamkeit der Ausschließung kommt es daher nicht darauf an, dass lediglich diese beschlossen, nicht aber über den Geschäftsanteil Beschluss gefasst worden ist (BGH, Urteil vom 25. Januar 1960 - II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23).

[14] Der Gesellschafter einer GmbH kann, jedenfalls wenn die Einlageforderung der Gesellschaft bereits fällig gestellt wurde, auch dann ausgeschlossen werden, wenn er seine Einlage noch nicht vollständig erbracht hat, ohne dass zugleich mit dem Ausschluss ein Beschluss über die Verwertung seines Geschäftsanteils gefasst werden muss. Hat der auszuschließende Gesellschafter seine Einlage noch nicht vollständig geleistet, steht dies nur der Einziehung seines Geschäftsanteils in Vollzug der Ausschließung entgegen.“

Die nicht vollständige Einlageleistung des K steht seinem Ausschluss nach Ansicht des BGH somit nicht entgegen.

Die Voraussetzungen für den Ausschluss des K aus der B-GmbH gemäß § 13 Abs. 1 b) GV liegen vor.

#### bb) Folgen aus dem Kapitalaufbringungsverbot für die Verwertung

Der BGH setzt sich im Weiteren noch mit den Vorgaben des Kapitalaufbringungsgebots und dessen Folgen für die Verwertung des nicht voll einbezahlten Geschäftsanteils auseinander<sup>20</sup>:

„[17] Die Gesellschaft kann einen Ausschluss nicht durch Einziehung des Geschäftsanteils des auszuschließenden Gesellschafters vollziehen, wenn die Einlage auf den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen nicht vollständig erbracht wurde. Dieses aus dem Grundsatz der Kapitalaufbringung hergeleitete Einziehungsverbot gilt aber unabhängig davon, ob mit dem Ausschluss oder danach die Einziehung beschlossen wird.

[18] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wird das Verbot der Einziehung eines nicht vollständig eingezahlten Geschäftsanteils nicht aus dem Grundsatz der Kapitalerhaltung hergeleitet, sondern aus dem Grundsatz der Kapitalaufbringung. Eine Einziehung ist nur zulässig, wenn die auf den einzuziehenden Geschäftsanteil zu erbringende Einlageleistung vollständig erbracht ist. Das ergibt sich aus § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Danach darf der Gesellschafter von seiner Pflicht zur Leistung der Einlage nicht befreit werden. Das würde aber geschehen, wenn ein Geschäftsanteil, auf den eine noch nicht fällig gestellte Einlage noch nicht eingezahlt ist, eingezogen würde (vgl. BGH, Urteil vom 1. April 1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157,

<sup>18</sup> Vgl. OLG Köln BeckRS 2019, 46974, Rn. 16.

<sup>19</sup> BGH BeckRS 2020, 20181.

<sup>20</sup> BGH BeckRS 2020, 20181.

168 f.; Urteil vom 2. Dezember 2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 Rn. 31).

[19] Die Einziehung ist auch unzulässig, wenn die noch nicht geleistete Einlage bereits fällig gestellt wurde. Wurde die Einlage bereits fällig gestellt, haftet der betroffene Gesellschafter allerdings weiter für die Einlageforderung (vgl. BGH, Urteil vom 14. September 1998 - II ZR 172/97, BGHZ 139, 299, 302; Goette/Goette, Die GmbH, 3. Aufl., § 5 Rn. 92; Sandhaus in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 34 Rn. 44; Kersting in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 34 Rn. 19; Scholz/Westermann, GmbHG, 12. Aufl., § 34 Rn. 65; Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rn. 57; MünchKommGmbHG/Strohn, 3. Aufl., § 34 Rn. 61). Er kann dann nicht mehr im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG durch die Einziehung von der Verpflichtung zur Leistung der Einlage befreit werden. Aber auch in diesem Fall bleibt die Einziehung wegen der damit verbundenen Gefahr für die Kapitalaufbringung unzulässig (Goette/Goette, Die GmbH, 3. Aufl., § 5 Rn. 73; Sandhaus in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 34 Rn. 30; MünchKommGmbHG/Strohn, 3. Aufl., § 34 Rn. 30). Denn eine wirksame Einziehung vernichtet den Geschäftsanteil (BGH, Urteil vom 14. September 1998 - II ZR 172/97, BGHZ 139, 299, 302; Urteil vom 24. Januar 2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 6). Dann scheidet eine Verwertung des Geschäftsanteils und damit die Realisierung des in ihm verkörperten Einlageanspruchs aus. Es verbleibe lediglich die Haftung des betroffenen Gesellschafters für bereits fällig gestellte Einlageforderungen. Ist dieser zahlungsunfähig, scheidet die Kapitalaufbringung endgültig.

[20] Beschließt die Gesellschafterversammlung erst nach dem Ausschluss über die Verwertung des Geschäftsanteils des Ausgeschlossenen, bringt dies für den Schutz der Kapitalaufbringung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Nachteile gegenüber einer zeitgleichen Beschlussfassung mit sich, wenn die Einlageleistung bereits fällig gestellt wurde. [...]

[22] Der ausgeschlossene Gesellschafter hat gemäß § 13 Abs. 7 GV nach Wahl der Gesellschaft die Einziehung seines Geschäftsanteils zu dulden oder den Anteil an die Gesellschaft, an einen Gesellschafter oder an einen von der Gesellschaft bezeichneten Dritten zu veräußern und abzutreten. Der Schutz der Kapitalaufbringung wird unabhängig davon gewährleistet, wann die [B-GmbH] von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht.

[23] Die Ausschließung lässt den Geschäftsanteil unberührt (vgl. BGH, Urteil vom 1. April 1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 167 f.; Urteil vom 25. Januar 1960 - II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23; Urteil vom 20. September 1999 - II ZR 345/97, ZIP 1999, 1843, 1844). Die Einlage wurde auf den Geschäftsanteil [des K] mit der lfd. Nr. 4 nicht vollständig geleistet. In diesem Fall scheidet die Einziehung des Geschäftsanteils in Vollzug des Ausschlusses ebenso aus wie der Erwerb durch die Gesellschaft (§ 33 Abs. 1 GmbHG). In

der Regel und auch nach der Satzungsgestaltung der [B-GmbH] bleibt dann die Möglichkeit der Verwertung durch Abtretung des Geschäftsanteils an einen Mitgesellschafter oder einen Dritten. Der in dem Geschäftsanteil verkörperte Einlageanspruch (§ 14 GmbHG) besteht ungeachtet der Ausschließung unabhängig davon fort, ob zeitgleich mit dem Ausschluss oder erst später über die Verwertung des Geschäftsanteils entschieden wird. Da der ausgeschlossene Gesellschafter für eine bereits fällig gestellte Einlageforderung weiter haftet, bleibt diese Forderung, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, auch nicht bis zur Entscheidung über die Verwertung des Geschäftsanteils ohne Schuldner. Der Schutz der Kapitalaufbringung verschlechtert sich bei fällig gestellten Einlageforderungen durch die Ausschließung nicht.

[24] Ein Zwang zu gleichzeitiger Beschlussfassung über Ausschließung und Verwertung des Geschäftsanteils ist im Hinblick auf den im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu gewährleistenden Schutz der Kapitalaufbringung abzulehnen, weil die zeitliche Bindung einer möglichst die offene Einlageforderung deckenden Verwertung entgegenstehen könnte, wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein Interessent oder jedenfalls keiner, der in diesem Umfang leistungsbereit ist, zur Verfügung steht. Aus demselben Grund könnte durch den Zwang zur zeitgleichen Verwertung das Interesse der Gesellschaft und des Ausgeschlossenen an einer seinen Abfindungsanspruch finanzierenden Veräußerung des Geschäftsanteils beeinträchtigt werden.“

Das Kapitalaufbringungsverbot verbietet somit eine Einziehung des Geschäftsanteils mit der lfd. Nr. 4 und seine Übertragung auf die B-GmbH. Zulässig ist dagegen die Übertragung des Geschäftsanteils auf einen Mitgesellschafter oder einen Dritten. Das Kapitalaufbringungsverbot verlangt nach dem BGH nicht, dass über die Übertragung mit dem Ausschluss entschieden wird.

### cc) Ausschließung trotz fehlender Abfindung

Da über die Verwertung des Geschäftsanteils des K mit der lfd. Nr. 4 mit seinem Ausschluss noch nicht entschieden wurde, erhält er keine Abfindungszahlung von der Gesellschaft oder einem Dritten, auf den er den Geschäftsanteil ggf. übertragen muss.

Der ausgeschlossene Gesellschafter hat aber grundsätzlich einen Anspruch auf Abfindung in Höhe des vollen wirtschaftlichen Werts des Geschäftsanteils (Verkehrswert).<sup>21</sup> Der Abfindungsanspruch eines Gesellschafters gehört zu seinen Grundmitgliedsrechten.<sup>22</sup>

Daher könnte der Ausschluss des K, ohne dass er einen Anspruch auf Abfindung erhält, rechtswidrig sein.

Hierzu der BGH<sup>23</sup>:

„[26] Hat, wie vorliegend, ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss der Gesellschafterversammlung nach der

<sup>21</sup> Kersting, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. (2019), Anh. § 34, Rn. 11.

<sup>22</sup> BGH NZG 2011, 1420.

<sup>23</sup> BeckRS 2020, 20181.

*Satzung der GmbH die Wirkung, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung verliert, tritt diese Wirkung unabhängig von der Zahlung der dem Gesellschafter zustehenden Abfindung ein (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1960 - II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23; Urteil vom 20. Juni 1983 - II ZR 237/82, NJW 1983, 2880, 2881; Urteil vom 30. Juni 2003 - II ZR 326/01, ZIP 2003, 1544, 1546; Beschluss vom 8. Dezember 2008 - II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rn. 6; Urteil vom 5. April 2011 - II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rn. 21). Dies gilt für den Ausschluss eines Gesellschafters, der seine Einlage voll erbracht hat, in gleicher Weise wie für den Ausschluss eines Gesellschafters, dessen Einlage teilweise rückständig ist. Die Gesellschafterstellung des Betroffenen lebt nicht wieder auf, wenn die Gesellschaft nicht in angemessener Frist die Einziehung des Geschäftsanteils beschließt oder seine Abtretung verlangt und nichts dazu tut, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt (BGH, Urteil vom 25. Januar 1960 - II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23; Beschluss vom 8. Dezember 2008 - II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rn. 6). Im Prozess über die Wirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses kommt es daher nicht darauf an, dass lediglich die Ausschließung des [K] beschlossen, nicht aber über seinen Geschäftsanteil Beschluss gefasst worden ist, und welchen Wert dieser Geschäftsanteil hat (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1960 - II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23; Beschluss vom 8. Dezember 2008 - II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rn. 6).“*

Der Ausschluss des K aus der B-GmbH ist somit unabhängig von der Zahlung einer Abfindung wirksam.

### c) Zwischenergebnis

Da die Ausschließung des K somit satzungsgemäß erfolgte und nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, liegt für den Ausschließungsbeschluss kein Anfechtungsgrund iSd. § 243 Abs. 1 AktG analog vor.

### 4. Zwischenergebnis

Die Anfechtungsklage des K ist somit unbegründet.

### III. Ergebnis

Die Anfechtungsklage hat keine Aussicht auf Erfolg.

#### Abschließende Hinweise

Das besprochene Urteil bietet eine gute Möglichkeit, sich mit den Grundsätzen des Beschlussmängelrechts in der GmbH auseinanderzusetzen. Gleichzeitig werden die Unterschiede zwischen Ausschluss eines Gesellschafters und Verwertung seines Geschäftsanteils im Wege der Einziehung oder Übertragung anschaulich dargestellt und mit Problemen der Kapitalaufbringung kombiniert.

### Steffen Follner

Rechtsanwalt  
Menold Bezler  
Stuttgart

► [Inhaltsverzeichnis](#)

# Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.\*



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | [karriere@brp.de](mailto:karriere@brp.de) | [www.brp.de/karriere](http://www.brp.de/karriere)



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · [www.brp.de](http://www.brp.de)

\*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Unterbringung in der Entziehungsanstalt neben Freiheitsstrafe

Beschluss vom 05.02.2020, Az.: 3 StR 565/19

Ordnet das Tatgericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt an und verhängt eine zeitige Freiheitsstrafe von über drei Jahren, so richtet sich die Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe stets nach § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB; für die Anwendung des § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB ist daneben kein Raum.

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

„Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt; zugleich hat es die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt und den Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe in Höhe von einem Jahr und fünf Monaten angeordnet.“

„[Es hat] „das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB rechtsfehlerfrei bejaht“ [und folgende Feststellungen und Wertungen hinsichtlich der Vollstreckungsreihenfolge getroffen:]“

„Der Angeklagte habe sich nicht ernsthaft therapiewillig gezeigt. Er habe angegeben, zunächst in der JVA seine Ausbildung machen zu wollen und sodann möglicherweise eine Therapie nach § 35 BtMG anzustreben, allerdings sei deutlich geworden, dass er sich der Auswirkungen des jahrelangen und stetigen Betäubungsmittelkonsums auf sein gesamtes Leben, seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit nicht bewusst sei. Da der Angeklagte jedoch ausreichend therapiefähig sei und sich die Durchführung der Maßregel als äußerst wichtig darstelle, sei der Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe als Vorstufe der Behandlung zur leichteren Erreichung des Zwecks der Maßregel erforderlich. [...] Die Anordnung des Vorwegvollzugs hat das Landgericht auf § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB gestützt und damit begründet, dem Angeklagten werde durch den Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe ermöglicht, eine 'Ausbildung zu machen bzw. ernsthaft zu beginnen'. Dadurch solle die Sensibilität für dessen bestehende Drogenabhängigkeit und deren Auswirkungen auf sämtliche Bereiche seines Lebens geweckt und eine 'ernsthafte Therapiebereitschaft' herbeigeführt werden. Sodann bestehe für den Angeklagten die Gelegenheit, aus dem Maßregelvollzug unmittelbar in die Freiheit entlassen zu werden. [...] Die Strafkammer hat eine Dauer des Vorwegvollzugs

von einem Jahr und fünf Monaten 'als angemessen' erachtet und erkannt, dass sich dies - unter Berücksichtigung der von ihr mit Hilfe des Sachverständigen prognostizierten Behandlungsdauer von zweieinhalb Jahren - als zusätzliches Strafübel für den Angeklagten auswirken kann. Den sich daraus ergebenden Gesamtfreiheitsentzug von drei Jahren und elf Monaten hat sie allerdings 'mit Blick auf das Rehabilitationsinteresse des Angeklagten ... ausnahmsweise für geboten' gehalten. Ein 'Vorwegvollzug der Maßregel' verspreche hingegen keinen Therapieerfolg.“

#### B) Die Entscheidung

Die Revision ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

##### I. Zulässigkeit der Revision

Da vorliegend ein Urteil eines Landgerichts angefochten wurde, ist die Revision gem. § 333 StPO statthaft. Der Angeklagte ist gem. § 296 Abs. 1 StPO rechtsmittelberechtigt. Der Rechtsmittelführer muss auch beschwert sein.<sup>1</sup> Eine solche Beschwerde liegt vor, wenn der Betroffene in irgendeiner Weise durch den Tenor der Entscheidung in seinen Rechten und schutzwürdigen Interessen unmittelbar beeinträchtigt wird.<sup>2</sup> Er ist durch die Entscheidung beschwert. Es ist davon auszugehen, dass die Revision auch form- und fristgerecht eingelegt wurde, § 341 StPO.

Vorliegend hat der Angeklagte sowohl die Verfahrens- als auch die Sachrüge erhoben. Wird eine Verfahrensrüge erhoben, muss diese gem. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO die den Mangel enthaltenden Tatsachen angeben.

„Die Verfahrensrüge ist nicht ausgeführt und deshalb unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).“

Die erhobene Sachrüge ist hingegen zulässig.

##### II. Begründetheit der Revision

Die Revision müsste auch begründet sein.

###### 1. Sachlichrechtliche Rechtsverletzungen

Auf die Sachrüge prüft das Revisionsgericht die richtige Gesetzesanwendung und, ob die Tatsachenfeststellungen Mängel aufweisen, die aus dem Urteil selbst erkennbar sind (Darstellungsprüfung<sup>3</sup>).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BGH NJW 1955, 639.

<sup>2</sup> Kock/Neumann, Strafurteil und Revisionsrecht in der Assessor Klausur, 8. Aufl. (2015), Rn. 245.

<sup>3</sup> Siehe dazu beispielsweise BGH Urt. 09.01.2020, Az.: 3 StR 288/19, ▶ Doerbeck, JSE 2020, 82.

<sup>4</sup> Russack, Die Revision in der strafrechtlichen Assessor Klausur, 13. Aufl. (2019), Rn. 518.

**a) Schuld- und Strafausspruch**

„Die auf die Sachbeschwerde gebotene umfassende materielle rechtliche Prüfung des Urteils hat zum Schuld- und Strafausspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.“

**b) Maßregelausspruch**

Die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt hätte keinen Bestand, wenn

„die Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Freiheitsstrafe hier aus Rechtsgründen ausscheid[e]n würde] und damit - auf der Grundlage der vom Landgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen - die für eine Unterbringung gemäß § 64 StGB erforderliche Erfolgsaussicht“ nicht gegeben wäre.

Die Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Freiheitsstrafe könnte rechtsfehlerhaft sein, weil

„das Landgericht [...] diesen auf § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB gestützt [hat], obwohl es die Unterbringung gemäß § 64 StGB neben der Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren angeordnet hat.“

In einem solchen Fall könnte sich die Anordnung eines Vorwegvollzugs stets nach § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB richten und für die Anwendung des § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB daneben kein Raum sein.

**aa) Verhältnis zwischen § 67 Abs. 2 S. 1 StGB und § 67 Abs. 2 S. 2, 3 StGB****(1) Behandlung durch Rechtsprechung und Schrifttum**

„Das Verhältnis zwischen § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB und § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum bislang nicht ausdrücklich erörtert worden. [...]

Der Bundesgerichtshof hat in Fällen, in denen die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren angeordnet worden ist, ausnahmslos § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB angewendet. Seine ständige Rechtsprechung geht dahin, dass das Tatgericht - sofern keine Gründe vorlägen, die gegen eine Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe sprechen - im Erkenntnisverfahren bei der Bemessung des vorweg zu vollziehenden Teils der Strafe keinen Beurteilungsspielraum mehr habe und dieser Teil so zu berechnen sei, dass nach seiner Vollstreckung und einer anschließenden Unterbringung eine Bewährungsentscheidung nach § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB möglich ist [...]. Für Erwägungen, warum die Anordnung eines längeren Vorwegvollzugs angemessen sein könnte, etwa um beim Angeklagten den Motivationsdruck für die Maßregel zu erhöhen, sei kein Raum [...]. [...]

Im Schrifttum wird ebenfalls davon ausgegangen, dass die Fälle des Zusammentreffens längerer Freiheitsstrafen mit einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt in der 'speziellen' [...] Vorschrift des § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB geregelt seien [...]. Es sei selbst mit auf den einzelnen Angeklagten zugeschnittenen Erwägungen unzulässig, die

Dauer des Vorwegvollzugs ohne Rücksicht auf den Halbstrafenzeitpunkt länger zu bemessen [...].“

**(2) Auslegung**

„Das Regelungsgefüge des § 67 Abs. 2 StGB ist dahin zu verstehen, dass sich die Anordnung und Dauer des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe in den Fällen, in denen die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren angeordnet worden ist, ausschließlich nach § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB richtet und ein Rückgriff auf § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB nicht möglich ist [...].“

**(a) Historische Auslegung**

„Hierfür spricht zunächst der Wille des Gesetzgebers. Dieser hat mit der Einführung des § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I, S. 1327) die dort genannten Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 67 Abs. 2 StGB aF, der mit der Gesetzesänderung zu § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB wurde, herausgenommen und abschließend in § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB geregelt. [...] Nach seinem in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck kommenden Willen ist in den Fällen der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren grundsätzlich der Vollzug eines - zeitlich zwingend auf den Halbstrafenzeitpunkt auszurichtenden - Teils der Strafe vor der Maßregel anzuordnen. Eine Ausnahme davon ist nur in der Weise möglich, dass von der Anordnung eines Vorwegvollzugs abgesehen wird, was insbesondere dann angezeigt ist, wenn im Einzelfall eine Verlängerung des Freiheitsentzugs zu befürchten steht [...]. Eine Verlängerung der Dauer des vor der Maßregel zu vollziehenden Teils der Strafe ist demgegenüber nicht vorgesehen, denn die Aussicht auf die Möglichkeit der Halbstrafenaussetzung sollte eine zusätzliche Therapiemotivation für die Betroffenen schaffen [...]. Zudem sollte dadurch eine Angleichung an die Fälle bewirkt werden, in denen die Maßregel vor der Strafe vollzogen wurde und in denen nach erfolgreich absolvierter Therapie eine Aussetzung der Vollstreckung der hälftigen Reststrafe bereits nach altem Recht grundsätzlich möglich war [...]. Im Einzelnen: [...]

Bis zur Änderung des § 67 Abs. 2 StGB war ein Abweichen von dem in § 67 Abs. 1 StGB geregelten Grundsatz, dass die Maßregel vor der Strafe zu vollstrecken ist, gemäß § 67 Abs. 2 StGB aF nur möglich, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird. Die Rechtsprechung hatte diese Ausnahmenvorschrift eng ausgelegt und zurückhaltend angewendet [...]. Diese Rechtslage ist vom Gesetzgeber mit Blick auf langjährige Freiheitsstrafen als misslich befunden worden, weil bei dem gemäß § 67 Abs. 1 StGB grundsätzlich vorgesehenen Vorwegvollzug der Unterbringung mangels Aussetzungsfähigkeit der Vollstreckung der Reststrafe nur die (Rück-) Verlegung in den Strafvollzug oder der - nach erfolgreicher Therapie nicht mehr notwendige - Weitevollzug der Maßregel möglich war [...]. Als nachteilig ist insbesondere angesehen worden, dass die Behandlungsmotivation der Betroffenen durch die Aussicht

auf einen weiteren Freiheitsentzug nach erfolgreicher Therapie gefährdet werde [...]. Der Gesetzgeber hat daher für die von ihm in § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB geregelte Konstellation „einen grundsätzlichen Vorwegvollzug eines Teils der Strafe“ angeordnet, wobei dieser Teil so zu berechnen ist [...], dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entscheidung über die Aussetzung des Strafrests zur Bewährung nach § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB möglich ist' [...]. [...] Mit Blick auf die im Regierungsentwurf in § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB vorgesehene Dauer der Freiheitsstrafe von drei Jahren sind im Rechtsausschuss des Bundestags Bedenken geäußert worden, dass diese zu kurz bemessen sein könnte. Es ist eine Änderung auf vier oder fünf Jahre erörtert worden [...]. Hierfür spreche, dass sich kaum ein Betroffener einer Therapie unterziehen werde, wenn dadurch sein Gesamtaufenthalt in einer freiheitsentziehenden Einrichtung verlängert werde [...]. [...] Zu einer Änderung der in § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB genannten Dauer der Freiheitsstrafe ist es zwar nicht gekommen; der Rechtsausschuss hat sich allerdings veranlasst gesehen, darauf hinzuweisen, dass der Vorabvollzug eines Teils der Strafe bei Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht zu einer Verlängerung der Gesamtdauer des Freiheitsentzugs führen dürfe [...]. Diesen Grundsatz bringe insbesondere § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB deutlich zum Ausdruck. Stehe im Einzelfall eine Verlängerung des Freiheitsentzugs zu befürchten, so werde das Gericht im Rahmen der Ausübung des ihm in § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB eingeräumten Ermessens auf die Umkehr der Vollstreckungsreihenfolge zu verzichten haben [...]. Der Rechtsausschuss hat damit an die Ausführungen in der Regierungsbegründung angeknüpft, wonach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB als 'Soll-Vorschrift' konzipiert worden sei, um dem Gericht im Einzelfall auch eine Entscheidung für eine abweichende Vollstreckungsreihenfolge zu ermöglichen [...].

### (b) Wortlaut und Systematik

„Der Wille des Gesetzgebers kommt im Wortlaut und in der Systematik des § 67 StGB zum Ausdruck, indem § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB die Fälle der 'Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren' ausdrücklich regelt und dafür die reguläre Vollstreckungsreihenfolge grundsätzlich umkehrt [...]. [...] Wäre auch in den in § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB genannten Fällen die Anordnung eines Vorwegvollzugs nach § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB möglich, hätte dies zur Konsequenz, dass es - trotz der in beiden Sätzen einheitlich verwendeten Formulierung 'ein Teil der Strafe' - zwei verschiedene Teile der Strafe gäbe: einen Teil nach § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB, für dessen Dauer das Gesetz keine Vorgabe machte, und einen Teil nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB, dessen Bemessung in § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB ('dieser Teil') konkret vorgegeben ist. Der Gesetzgeber hat auch - konsequenterweise - keine Regelung getroffen, wie mit den Fällen umzugehen ist, in denen sowohl die Voraussetzungen des § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB ('Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird') als auch diejenigen des § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB ('Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren') vorliegen. Dies zeigt, dass es in den Fällen der Anordnung

der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren nur einen 'Teil der Strafe' gibt, der gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB vor der Maßregel vollzogen werden kann und dessen Dauer in § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB konkret bestimmt ist.“

### bb) Anwendung im vorliegenden Fall

Auf den vorliegenden Fall ist daher allein § 67 Abs. 2 S. 2, 3 StGB anzuwenden.

„Das Landgericht hat eine Freiheitsstrafe von vier Jahren verhängt und ist rechtsfehlerfrei von einer voraussichtlichen Dauer der Therapie von zweieinhalb Jahren ausgegangen. Der in § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB in Bezug genommene Zeitpunkt des § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB ('Hälfte der Strafe') liegt damit bei zwei Jahren und wird bereits durch die voraussichtliche Therapiedauer überschritten. Die Anordnung eines Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe würde zu einer darüberhinausgehenden Verlängerung des gesamten Freiheitsentzugs führen, so dass das durch § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB eingeräumte Ermessen dahin auszuüben ist, dass von der Anordnung eines Vorwegvollzugs abgesehen wird [...].“

### cc) Aufhebung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass im vorliegenden Fall kein Vorwegvollzug angeordnet werden kann.

„Die Aufhebung der Anordnung des Vorwegvollzugs hat zur Folge, dass die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt insgesamt aufzuheben ist; die Anordnung entfällt (§ 354 Abs. 1 analog StPO). Denn das Landgericht ist auf der Grundlage seiner insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass die Behandlung des Angeklagten bei einem „Vorwegvollzug“ der Maßregel keine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht hat.“

## 2. Zwischenergebnis

Die Sachrüge ist insoweit begründet.

## III. Kosten

„Der verhältnismäßig geringe Teilerfolg des unbeschränkt eingelegten Rechtsmittels gebietet es nicht, den Angeklagten aus Billigkeitsgründen auch nur teilweise von der Belastung mit Kosten und notwendigen Auslagen freizustellen (§ 473 Abs. 4 StPO).“

## IV. Ergebnis

„Die auf die Beanstandung der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge teilweise Erfolg. Im „Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.“

**Abschließende Hinweise zur Entscheidung**

Die Entscheidung eignet sich gut für Prüfungen im Schwerpunktbereich. Mit ihr können der Aufbau einer Revisionsprüfung, das Verständnis des § 67 StGB sowie die allgemeinen Auslegungsregeln abgeprüft werden.

Weiterführender Literatur: *Peglau*, NJW 2020, 1828 f.

Ass. iur. Dr. *Caprice Doerbeck*

Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Heimtückisches Handeln nach vorangegangener körperlicher Auseinandersetzung mit dem Tatopfer

Urteil vom 23. Juli 2020, Az.: 3 StR 77/20

1. Der Umstand, dass Opfer und Täter unmittelbar vor den Tötungshandlungen bereits eine physische Auseinandersetzung geführt haben, lässt nicht ohne Weiteres den Schluss zu, dass das Opfer im Tatzeitpunkt nicht mehr arglos war. Vielmehr ist im Einzelfall sorgfältig zu untersuchen, wie sich die Konfliktsituation für Täter und – späteres – Opfer nach Abschluss der Auseinandersetzung insgesamt darstellte, wobei auch das konkrete Verhalten des Opfers (insb.: Rücken-Zuwenden) in die Betrachtungen mit einzubeziehen ist.

2. Heimtückisches Handeln kann – ausnahmsweise und entgegen der „Grund-Definition“ der Heimtücke – auch dann anzunehmen sein, wenn die erste Angriffshandlung nur mit Körperverletzungsvorsatz geführt wurde, der Täter die so geschaffene Überraschungslage aber bewusst zur Vornahme der nachfolgenden Tötungshandlungen ausnutzt.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

T vermietete an O ein Geschäftslokal. Um mit seinem Mieter über von diesem ohne Rücksprache vorgenommene Umbauarbeiten zu sprechen, begab sich T am Tattag zu dem Mietshaus, in dem sich das Geschäftslokal befand. Für den Fall einer körperlichen Auseinandersetzung mit O legte T hinter einer Kellertür des Mietshauses einen Fäustel als Schlagwerkzeug ab, wobei er schon zu diesem Zeitpunkt einen auch tödlichen Einsatz des Werkzeugs für möglich hielt und in Kauf nahm. Beim Aufeinandertreffen von T und O kam es denn auch zu einem Streit, der zunächst verbal geführt wurde. O wurde im Verlauf des Streits indes auch körperlich übergriffig, stieß den T gegen eine Kellertür sowie mit dem Kopf gegen eine Kellerwand und schlug ihn zwei Mal mit der Faust ins Gesicht. Daraufhin wendete sich O in der Vorstellung, die Auseinandersetzung sei nun beendet, von T ab und wollte sich zurück in die Geschäftsräume im Erdgeschoss des Hauses begeben. T erkannte, dass der Angriff auf ihn beendet war, hielt sich aber aufgrund des „unhöflichen“ Verhaltens des O für zum Gegenangriff berechtigt. Er trat von hinten an den fortgehenden O heran und schlug ihm wuchtig mit einem Messingrohr gegen den Hinterkopf – dies jedenfalls mit der Absicht, ihm schwere Verletzungen beizufügen. O ging benommen zu Boden, woraufhin T mit dem bereitliegenden Fäustel mindestens 15 wuchtige Schläge auf den Kopf des am Boden liegenden O führte. Dabei handelte T in der Absicht, O zu töten. Nachdem T den O für tot hielt, schleifte er ihn in einen anderen Kellerraum, wo er feststellte, dass O noch lebte. Daraufhin stieß er dem O das Messingrohr ins Gesicht und drang damit durch ein

Auge ins Gehirn ein. Er zog die Stange ein Stück heraus und stieß erneut in Tötungsabsicht zu. Kurz darauf trat der Tod ein.

#### B) Verfahrensgang

Das Landgericht verurteilte den T (nur) wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von elf Jahren. Auf Revision des Nebenklägers, der die Verletzung materiellen Rechts rügte und eine Verurteilung wegen Mordes erstrebte, hob der BGH das Urteil – mit Ausnahme der Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen – auf und verwies die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.

#### C) Die Entscheidung des Senates

Nach Auffassung des erkennenden Senats hält die Begründung, mit der das Landgericht das Vorliegen des Mordmerkmals der Heimtücke iSd. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB verneinte, rechtlicher Überprüfung nicht stand:

T könnte sich durch den Schlag mit dem Metallrohr gegen den Kopf des im Gehen begriffenen O sowie die darauf folgenden Gewalteinwirkungen gegen den Kopf des O wegen Mordes gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben.

#### Hinweis

Die §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2 StGB werden hier im Verhältnis von Grunddelikt und Qualifikation geprüft. Damit wird hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Vorschriften die herrschende Auffassung in der Literatur zugrunde gelegt, was in (universitären) Klausuren ohne Begründung zulässig ist.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Grunddelikt des § 212 Abs. 1 StGB

T hat den O durch die gegen den Kopf des O geführten Gewalteinwirkungen kausal und objektiv zurechenbar vom Leben zum Tode gebracht.

###### b) Objektive Mordmerkmale nach § 211 Abs. 2 Gr. 2 StGB

T könnte dabei „heimtückisch“ nach Maßgabe des § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB gehandelt haben:

*„Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Arglos ist das Tatopfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren oder doch erheblichen Angriff rechnet.“*

*Das Opfer muss weiter gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein. [...] Voraussetzung heimtückischer Begehungsweise ist weiter, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt [...].“*

Eine vorangegangene körperliche Auseinandersetzung steht der Annahme von Arglosigkeit aufseiten des Opfers dabei nicht generell entgegen:

*„Arg- und Wehrlosigkeit können auch gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige Auseinandersetzung vorausgeht, das Tatopfer aber nicht (mehr) mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet.“*

Der Wertung des Landgerichts, das Heimtücke schon deshalb ausschloss, weil der O infolge der vorherigen Auseinandersetzung nicht arglos habe sein können, tritt der Senat entsprechend entgegen, wobei er mehrere Gesichtspunkte hervorhebt. *Zum einen* verweist er auf die „Gesamtumstände“, nach denen der O nicht zwingend habe argwöhnisch sein müssen:

*„Den Gesamtumständen ist ebenfalls nicht zu entnehmen, dass eine Arglosigkeit nicht in Betracht kommt. Der Angeklagte hatte dem Geschädigten weder gedroht, noch gab sein zuvor stets gewaltfreies Verhalten ohne weiteres Anlass, Tötlichkeiten zu befürchten [...]. Mithin ist eine lediglich einseitig erklärte Streitbeendigung seitens des Opfers, auf die der Täter erkennbar nicht einging, sondern an einer feindseligen Einstellung festhielt [...], nach den Urteilsgründen ebenfalls nicht anzunehmen.“*

*Zum anderen* weist der Senat auf das konkret festgestellte Verhalten des – späteren – Opfers hin, das eher Indiz für den Erhalt der Arglosigkeit sei:<sup>1</sup>

*„Dies gilt umso mehr, als er dem Angeklagten auf dem Weg aus dem Keller den Rücken zuwandte und die hiermit verbundene Preisgabe von Verteidigungsmöglichkeiten ein gewichtiges Indiz für eine erhalten gebliebene Arglosigkeit sein kann [...].“*

Danach kommt heimtückisches Handeln vorliegend *grundsätzlich* in Betracht.

Problematisch bleibt freilich die vom Landgericht so getroffene Feststellung, der T habe bei Vornahme seiner ersten Angriffshandlung, dem Schlag von hinten mit dem Metallrohr, *„jedenfalls mit der Absicht, [...] schwere Verletzungen beizufügen“*, gehandelt. Nach der oben angeführten Heimtücke-Definition des Senats muss das Opfer aber *„bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs“* arglos sein. Geht man nun bezüglich des Schlages mit dem Metallrohr nur von Verletzungsvorsatz aus, entfielen diese Handlung als Anknüpfungspunkt für einen heimtückischen Angriff, da es sich streng genommen nicht um den ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriff handelte.

Der Senat sieht bezüglich der inneren Willensrichtung des T bei Vornahme des Schlages mit dem Metallrohr weiteren Feststellungsbedarf:

*„Die Urteilsfeststellungen lassen offen, ob es sich bei dem Schlag mit dem Messingrohr um einen bereits mit Tötungsvorsatz geführten Angriff handelte. Der Angeklagte schlug ‚jedenfalls mit der Absicht‘ zu, schwere Verletzungen beizufügen. Damit, ob in diesem Zeitpunkt bereits Tötungsvorsatz vorlag, setzen sich die Urteilsgründe insgesamt nicht auseinander. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass hierzu weitere Feststellungen getroffen werden können, zumal der Angeklagte bereits beim Bereitstellen des Fäustels einen für seinen Mieter tödlichen Ausgang der Auseinandersetzung in Kauf genommen hatte.“*

Der Senat weist aber *zusätzlich* darauf hin, dass heimtückisches Handeln in Konstellationen, in denen der Erstangriff „nur“ mit Körperverletzungsvorsatz geführt wird, nicht per se ausgeschlossen ist:

*„Unabhängig davon tötet derjenige heimtückisch, der sein ahnungsloses Opfer zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz angreift, dann aber unter bewusster Ausnutzung des Überraschungseffekts unmittelbar zur Tötung übergeht und es dem Opfer nicht mehr möglich ist, sich Erfolg versprechend zur Wehr zu setzen, sodass die hierdurch geschaffene Situation bis zur Tötungshandlung fort dauert [...].“*

Nachdem das Landgericht eine Arglosigkeit des O – rechtsfehlerhaft – schon aufgrund der vorherigen Auseinandersetzung abgelehnt hatte, setzte es sich mit der Frage, inwieweit der T *„unter bewusster Ausnutzung des Überraschungseffekts unmittelbar zur Tötung über[gegangen] [ist]“*, nicht mehr auseinander. Dazu der Senat:

*„Da die Strafkammer bereits eine Arglosigkeit des Getöteten abgelehnt hat, hat sie sich - aus ihrer Sicht folgerichtig - nicht mit den subjektiven Merkmalen der Heimtücke auseinandergesetzt. Dass deren Voraussetzungen von vornherein ausscheiden, ergibt sich nicht.“*

Entsprechende Feststellungen zum Ausnutzungsbewusstsein des T vorausgesetzt, kommt heimtückisches Handeln daher durchaus in Betracht.

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz

T handelte sowohl bei Vornahme der mit dem Fäustel geführten Schläge als auch beim Stechen mit dem Metallrohr ins Gesicht des O mit Tötungsvorsatz.

### b) Subjektive Mordmerkmale nach § 211 Abs. 2 Gr. 1, 3 StGB

Der Senat weist insoweit auf das Folgende hin:

<sup>1</sup> Vgl. zur indiziellen Bedeutung des Opferverhaltens ferner BGH, Urteil vom 15. November 2017, Az.: 5 StR 338/17, mAnm. ▶ *Bechtel*, JSE 2018, 57 ff.

„Dem nunmehr zuständigen Tatgericht ist es unbenommen, nach den neu zu treffenden Feststellungen zur subjektiven Tatseite das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht ebenfalls in den Blick zu nehmen.“

#### Hinweis

Sollte nämlich das Tatgericht (wiederum) zu der Überzeugung gelangen, beim Schlag mit dem Metallrohr habe T nur mit Verletzungsvorsatz gehandelt, ist für den Fall, dass T die nachfolgende Tötung in der Absicht beging, seine Beteiligung an der (gefährlichen) Körperverletzung gegenüber O zu verbergen, Verdeckungsabsicht zu bejahen.<sup>2</sup>

Sollte das Tatgericht dagegen zu der Überzeugung gelangen, dass T bereits beim Schlag mit dem Metallrohr jedenfalls eventualvorsätzlich hinsichtlich der Tötung des O handelte, stellt sich die Folgefrage, wie mit dem subjektiven Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht im Rahmen eines *einheitlichen Tötungsgeschehens* umzugehen ist.<sup>3</sup> Die Rechtsprechung verneint das Mordmerkmal für Konstellationen, in denen der Täter zwar zunächst „nur“ mit Eventualvorsatz handelt, wobei der (Todes-)Erfolg (noch) nicht eintritt, sodann jedoch *ohne zeitliche Zäsur* absichtlich tötet. Wesentlicher Gesichtspunkt ist nach Auffassung der Rechtsprechung dabei die Einheitlichkeit des gesamten Geschehens, das als *ein* (Tötungs-)Vorgang zu begreifen sei und entsprechend nicht – künstlich – in zu verdeckende Tat und Verdeckungstat aufgespalten werden könne.<sup>4</sup> Im vorliegenden Fall wäre demgemäß bei Annahme bereits eventualvorsätzlichen Handelns bei Vornahme des Schlages mit dem Rohr das Vorliegen von Verdeckungsabsicht zu verneinen.

## II. Rechtswidrigkeit

Da die Attacke des O auf T beendet war, kommt ein Handeln in Notwehr gemäß § 32 StGB (beim ersten Schlag) in Ermangelung eines gegenwärtigen Angriffs nicht in Betracht.

Die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums würde voraussetzen, dass T irrig vom Vorliegen der (tatsächlichen) Voraussetzungen einer Notwehrlage ausging. Indes nahm er die äußeren Umstände zutreffend wahr, verkannte also durchaus nicht die tatsächliche Situation.

## III. Schuld

Die Annahme des T, aufgrund des „unhöflichen“ Verhaltens des O zum Gegenschlag berechtigt zu sein, stellt keinen Irrtum über die einem anerkannten Rechtfertigungsgrund zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände (dazu zuvor) dar, sondern – allenfalls – eine rechtliche Fehleinschätzung. Eine solche ist allein nach § 17 StGB zu behandeln. Ein sog. Verbotsirrtum scheidet freilich immer dann aus, wenn der Irrtum vermeidbar war. Dass der T bei gehöriger Anspannung des Gewissens zu der Erkenntnis gelangt wäre, dass „Selbstjustiz“ – hier in Form von schwerwiegender körperlicher Gewalt nach Beendigung eines selbst erlittenen Angriffs – von der Rechtsordnung nicht geduldet wird, bedarf keiner weitergehenden Darlegungen.

## IV. Ergebnis

Eine heimtückische Tötung des O kann bei entsprechenden Feststellungen zur inneren Tatseite des T durch das nunmehr zuständige Tatgericht (Tötungsvorsatz schon beim ersten Schlag oder bewusste Ausnutzung des Überraschungseffekts nach Erstangriff nur mit Körperverletzungsvorsatz) durchaus zu bejahen sein.

#### Abschließende Hinweise

Die Entscheidung zeigt (einmal mehr), dass das Vorliegen heimtückischen Handelns nicht vorschnell verneint werden sollte: Selbst im unmittelbaren Nachgang einer physischen Konfrontation zwischen Täter und (späterem) Opfer kann Arglosigkeit aufseiten des Opfers – je nach den Umständen des Einzelfalles (!) – anzunehmen sein, sodass Heimtücke grundsätzlich weiter in Betracht zu ziehen ist.

Für Prüfungsarbeiten bedeutsam ist auch die Erkenntnis, dass das Vorliegen von Arglosigkeit auch zum Zeitpunkt einer „nur“ mit Körperverletzungsvorsatz geführten ersten Angriffshandlung *ausnahmsweise* Heimtücke zu begründen vermag, wenn die nachfolgenden (Tötungs-)Handlungen unter bewusster Ausnutzung der so geschaffenen Lage vorgenommen werden. Damit wird eine bedeutsame Ausnahme vom Grundsatz, dass Arglosigkeit zum Zeitpunkt der ersten mit Tötungsvorsatz vorgenommenen Angriffshandlung gegeben sein muss, statuiert.

Mit Blick auf die vom Senat in der vorliegenden Entscheidung nur gestreifte Verdeckungsabsicht ist zu beachten, dass diese von der Rechtsprechung jedenfalls im Rahmen *einheitlicher Tötungsgeschehen* verneint wird, wenn der Täter – ohne zeitliche Zäsur (!) – von einer (erfolglosen) eventualvorsätzlichen Handlung zu absichtlichen Tötungshandlungen übergeht. Anders liegt es wiederum in Fällen zeitlicher Zäsur, in denen Verdeckungsabsicht durchaus zu bejahen sein kann (etwa, wenn nach eventualvorsätzlichem Einwirken auf das Opfer der Tatort zunächst verlassen und erst mit einigem zeitlichen Abstand wieder betreten wird, wobei das Überleben des Opfers entdeckt und erst jetzt mit Tötungsabsicht auf das Opfer eingewirkt wird).<sup>5</sup>

### Dr. Alexander Bechtel

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

#### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>2</sup> Dazu BGH NStZ 2015, 639 (640).

<sup>3</sup> Dazu auch Eisele, BT I, 5. Aufl. (2019), Rn. 131 f.

<sup>4</sup> BGH NStZ 2015, 458 (459); 2017, 583.

<sup>5</sup> Dazu BGH NStZ 2002, 253; 2003, 259 (260).

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Dr. Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Dr. Caprice Doerbeck  
 Dr. Pius O. Dolzer  
 Jonas Eberhardt  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 RR Dr. Christine Keilbach  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (Schriftleiter)  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
 (Stellvertretender Schriftleiter)  
 Philipp Trautmann  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

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

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

10. Jahrgang (2020)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 RiLG Dr. Ralf Dietrich  
 Prof. Dr. Jörg Eisele  
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
 Prof. Dr. Volker Haas  
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
 RD Jochen Heinz  
 ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)  
 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. Dominik Skauradszun  
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 Prof. Dr. Christian Traulsen  
 RA Dr. Werner Walk  
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>  
 E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](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 | ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

2/2020   <i>Leonie Schmitt</i>	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen
2/2020   <i>Matthias Müller</i>	Gemeinderatssitzungen per Video
1/2020   <i>Florian Außem</i>	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus
1/2020   <i>Arne Pautsch</i>	Corona und Grundgesetz
4/2019   <i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern
3/2019   <i>Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland
2/2019   <i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019   <i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018   <i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018   <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018   <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018   <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018   <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017   <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
4/2017   <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017   <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017   <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017   <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017   <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017   <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017   <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016   <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016   <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?

<b>1/2016</b>   <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
<b>4/2015</b>   <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
<b>3/2015</b>   <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
<b>3/2015</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
<b>2/2015</b>   <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
<b>2/2015</b>   <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
<b>1/2015</b>   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
<b>4/2014</b>   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
<b>4/2014</b>   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
<b>3/2014</b>   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
<b>2/2014</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
<b>2/2014</b>   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
<b>1/2014</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
<b>4/2013</b>   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
<b>4/2013</b>   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
<b>3/2013</b>   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
<b>2/2013</b>   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
<b>1/2013</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
<b>1/2013</b>   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
<b>4/2012</b>   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
<b>3/2012</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
<b>2/2012</b>   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
<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

1/2011 | *Werner Walk/Nils Wiese*

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

- sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den 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

ISSN 2195-044X



9 772195 044008