



### 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)  
Ass. iur. 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)  
ELB 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  
MR 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 a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRÄGE

*Michael Hippeli*

Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit

*Christian F. Majer/Arne Pautsch*

„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis

### KLAUSUREN

*Christian F. Majer/Nina Fischer*

Zivilrecht: „Klopapier, Supermärkte und Pauschalreisen in der Corona-Pandemie“

*Martin W.T. Schneider/Jan Philipp Lipka*

Strafrecht: „Komm! Wir fahren mit der Bahn ins winterliche Rothaargebirge!“

*Simone Wunderle*

Öffentliches Recht: „Die strittige Werbetafel“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Sachmangel und Verschleiß – Reichweite des § 476 BGB

*BGH*

Unterschlagung und Eigentumsverlust nach gutgläubigem Erwerb eines Autos während einer Probefahrt

*BGH*

Schöffenschlaf als absoluter Revisionsgrund

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beiträge</b>	<b>Michael Hippeli</b> Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit	Seite ▶ 1
	<b>Christian F. Majer/Arne Pautsch</b> „Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	Seite ▶ 5
<b>Klausuren</b>	<b>Christian F. Majer/Nina Fischer</b> Examensübungsklausur Zivilrecht: „Klopapier, Supermärkte und Pauschalreisen in der Corona-Pandemie“	Seite ▶ 10
	<b>Martin W.T. Schneider/Jan Philipp Lipka</b> Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Komm! Wir fahren mit der Bahn ins winterliche Rothaargebirge!“	Seite ▶ 18
	<b>Simone Wunderle</b> Fortgeschrittenenklausur Öffentliches Recht: „Die strittige Werbetafel“	Seite ▶ 28
	<b>BGH</b> Sachmangel und Verschleiß – Reichweite des § 476 BGB Urteil vom 09.09.2020 ( <i>Christian F. Majer</i> )	Seite ▶ 36
<b>Rechtsprechung Zivilrecht</b>	<b>BGH</b> Unterschlagung und Eigentumsverlust nach gutgläubigem Erwerb eines Autos während einer Probefahrt Urteil vom 18.09.2020 ( <i>Tim Brockmann</i> )	Seite ▶ 38
<b>Rechtsprechung Strafrecht</b>	<b>BGH</b> Schöffenschlaf als absoluter Revisionsgrund Beschluss vom 14.10.2020 ( <i>Guido Philipp Ernst</i> )	Seite ▶ 43
<b>Rechtsprechung Öffentliches Recht</b>	<b>BVerfG</b> Verletzung des Rechts einer politischen Partei auf Chancengleichheit durch die Veröffentlichung eines Interviews eines Bundesministers auf der Internetseite eines Bundesministeriums Urteil vom 09.06.2020 ( <i>Jonas Eberhardt</i> )	Seite ▶ 45

---

## EDITORIAL

---

Das erste Heft der JSE in diesem Jahr beginnt mit zwei **Aufsätzen**. Zunächst beschäftigt sich HIPPELI vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren medienwirksam gefahren Prozesse gegen die letzten noch lebenden KZ-Aufseher mit der „*Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit*“. Im zweiten Beitrag beschäftigen sich MAJER und PAUTSCH in „*Ugah, Ugah‘ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis*“ zum einen mit einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum titelgebenden Spannungsverhältnis, zum anderen aber auch mit dem Schicksal, welches einer weiteren Anmerkung zur selben Entscheidung in einer Fachzeitschrift widerfahren ist.

Bei den **Klausuren** sind dieses Mal alle Rechtsgebiete vertreten. Den Anfang macht das **Zivilrecht**, mit einer vornehmlich an Examenskandidaten gerichteten Klausur. In „*Klopapier, Supermärkte und Pauschalreisen in der Corona-Pandemie*“ setzen sich MAJER und FISCHER vor dem Hintergrund der anhaltenden COVID-19 Pandemie mit Fragen des Eigentums- und Besitzschutzes sowie dem Recht der Allgemeinen Gleichbehandlung und dem Reiserecht auseinander. An Studenten der Fortgeschrittenenübung im **Strafrecht** ist die zweite Klausur adressiert. SCHNEIDER und LIPKA arbeiten unter dem Titel „*Komm! Wir fahren mit der Bahn ins winterliche Rothaargebirge!*“ einige Fragen des Strafrechts in der Pandemie didaktisch auf. Vom Schutz der körperlichen Unversehrtheit, des Eigentums, der Freiheit, des öffentlichen Straßenverkehrs bis hin zur Rechtspflege selbst, ist hier für jeden etwas dabei. Ebenfalls an bereits fortgeschrittene Studierende, dieses Mal allerdings im **Öffentlichen Recht**, richtet sich „*Die strittige Werbetafel*“ von WUNDERLE. Hier werden einige grundlegende Aspekte des öffentlichen Baurechts in einer Falllösung veranschaulicht.

Auch bei der **Rechtsprechung** macht wie gewohnt das **Zivilrecht** den Anfang. Hier war zunächst der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes zur Entscheidung über die Frage berufen, ob ein bei Gefahrübergang vorliegender, dem Alter, der Laufleistung und der Qualitätsstufe entsprechender, gewöhnlicher, die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigender Verschleiß eines für den Straßenverkehr zugelassenen Kraftfahrzeugs einen Sachmangel begründet (MAJER). Sodann war dem V. Zivilsenat die Frage zur Entscheidung vorgelegt, inwiefern die Überlassung eines Kraftfahrzeugs durch den Verkäufer zu einer unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt eines Kaufinteressenten auf öffentlichen Straßen für eine gewisse Dauer zu einem freiwilligen Besitzverlust des Verkäufers führt (BROCKMANN).

Im **Strafrecht** musste sich der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes mit der Frage auseinandersetzen, ob ein absoluter Revisionsgrund gegeben ist, wenn ein Schöffe während eines erheblichen Teils der Anklageverlesung schläft (ERNST).

Im **Öffentlichen Recht** war schließlich dem zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob eine parteiergreifende Äußerung eines Bundesministers im politischen Meinungskampf gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien verstößt und die Integrität des freien und offenen Prozesses der Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen verletzt, wenn sie entweder unter Einsatz der mit dem Ministeramt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder Gewichtung zu verleihen (EBERHARDT).

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

**Sascha Sebastian, M.Mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

---

**BEITRAG**

---

---

ORR Dr. **Michael Hippeli**, LL.M., MBA (MDX)\***Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit****Gliederung****Abstract****A) Einführung****B) Rechtstatsächliche Bestandsaufnahme**

I. DDR-Unrecht

II. NS-Unrecht

**C) Die Verhandlungsunfähigkeit im Gefüge der StPO**

I. Verhandlungsunfähigkeit

II. Nichteröffnung wegen Verhandlungsunfähigkeit

III. Einstellung bei vorübergehender Verhandlungsunfähigkeit

IV. Einstellung wegen dauerhafter Verhandlungsunfähigkeit

**D) Fazit****Abstract**

Immer wieder schlägt die Verhandlungsunfähigkeit in Strafprozessen zu und beendet den Prozess entweder schon, bevor er so richtig begonnen hat oder erst während der Hauptverhandlung. Zuletzt zeigte sich dies mehrfach in den letzten NS-Prozessen vor deutschen Gerichten. Dies verwundert nicht: müssen doch die Angeschuldigten/Angeklagten, die heute noch leben, mindestens über 90 Jahre alt sein. Die zuletzt wieder häufigere thematische Befassung bietet den Anlass, sich einmal systematisch der Verhandlungsunfähigkeit zu nähern.

**A) Einführung**

Ärgerlich möchte man sagen, wenn der Gerechtigkeit ein Schnippchen geschlagen wird. Zwei größere Unrechtskomplexe der jüngeren deutschen Geschichte sind mit einigen Fällen von Verhandlungsunfähigkeit zahlreicher Angeschuldigter/Angeklagter betroffen gewesen. Im Ergebnis führt dies leider entweder zu dem Problem, dass die kleinen Lichter bestraft werden, die Großen sich zumeist aufgrund ihres hohen Alters und der damit einhergehenden Gebrechen aber in die Verhandlungsunfähigkeit retten konnten (siehe die Mauerschützenprozesse im Zusammenhang mit dem DDR-Unrecht). Oder aber es gilt der ebenso unschöne Merkposten „Die Ersten beißen die Hunde“ (siehe NS-Unrecht), weil hier anfangs sehr viel gestraft wurde, es später aber teils bedingt durch Rechtsprechungsänderungen erst an die Durchführung zahlreicher Strafverfahren ging, als viele Betroffene wenn nicht schon verstorben, dann zumindest bereits verhandlungsunfähig waren.

**B) Rechtstatsächliche Bestandsaufnahme**

Die bekanntesten Fälle von Verhandlungsunfähigkeit der letzten drei Jahrzehnte sind dem DDR-Unrecht und dem NS-Unrecht zuzuordnen.

**I. DDR-Unrecht**

Der frühere DDR Staats- und Parteichef Erich Honecker (1912 – 1994) wurde 1992 wegen Anstiftung zum Totschlag angeklagt. Dabei ging es um den Mauerbau und den von führenden DDR-Funktionären bis heute bestrittenen sog. Schießbefehl an der innerdeutschen Grenze und an der Berliner Mauer (68 Tote) in seiner Verantwortung als Vorsitzender des Staatsrats und des Nationalen Verteidigungsrats der DDR. 1993 wurde das Verfahren gegen Erich Honecker wegen der Diagnose von alsbald letalem Leberkrebs eingestellt und der bis dahin bestehende Haftbefehl aufgehoben.<sup>1</sup> Erich Honecker reiste daraufhin unmittelbar zu seiner Familie nach Chile aus, wo er im Folgejahr verstarb. Der Fall sorgte vielerorts für Verstimmung. Einerseits bei anderen Spitzenfunktionären der DDR, die ihrerseits verurteilt wurden und ihre Strafe absitzen mussten, während die Nr. 1 der DDR unbestraft blieb. Andererseits bei zahlreichen Opfern des SED-Regimes, die das DDR-Unrecht für nicht hinreichend gesühnt ansahen, da die Staatsspitze eben nicht bestraft wurde.

Der letzte Minister für Staatssicherheit, Erich Mielke (1907 – 2000), wurde 1993 wegen des Mords an zwei Polizisten sowie versuchten Mords im Jahr 1931 zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt und 1995 nach Verbüßung von 2/3 seiner Haftstrafe (einschließlich Untersuchungshaft) aus der Haft entlassen. Dagegen wurde sein Fall in Bezug auf die Zugehörigkeit zur DDR-Staatsführung und damit Mitverantwortlichkeit für den Schießbefehl (Anstiftung zum Totschlag) vom Gesamtverfahren im Jahr 1992 abgetrennt und Mitte 1995 wegen Verhandlungsunfähigkeit eingestellt.<sup>2</sup> Gleiches geschah wegen der Verantwortlichkeit für Straftaten von Seiten des Ministeriums für Staatssicherheit (politische Morde, Entführungen, Freiheitsberaubung etc.).<sup>3</sup> In Bezug auf die Mordverurteilung aus der Weimarer Zeit wurde Erich Mielke dagegen im Jahr 1995 für verhandlungsfähig erklärt. Im Revisionsverfahren reichte es insoweit aus, wenn der Angeklagte mindestens zeitweilig zu einer Grundübereinkunft mit seinen Verteidigern über die Fortführung oder Rücknahme des Rechtsmittels in der Lage sei und dass diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der genannten Entscheidung vorlägen.<sup>4</sup>

---

\* Der Autor ist derzeit an das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen abgeordnet und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> Vgl. als Grundlage für LG Berlin NStZ 1993, 298 die Verfassungsbeschwerde von Erich Honecker wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde iSd. Art. 1 GG, sofern ein Strafverfahren weiter durchgeführt wird und dabei zu erwarten steht, dass der Angeklagte das Ende der Hauptverhandlung nicht mehr erlebt und damit nicht in Würde versterben kann VerfGH Berlin NJW 1993, 515.

<sup>2</sup> LG Berlin, Beschl. v. 12.05.1995 – 2 Js 245/90; *Wingenfeld*, Die öffentliche Debatte über die Strafverfahren wegen DDR-Unrechts (2010), S. 52.

<sup>3</sup> LG Berlin, Beschl. v. 23.12.1998 – 2 Js 15/91 KLS und 29/2 Js 1241/92; *Wingenfeld*, Die öffentliche Debatte über die Strafverfahren wegen DDR-Unrechts (2010), S. 52.

<sup>4</sup> BVerfG NJW 1995, 391 ff.; *Dettmeyer*, Medizin & Recht, 2. Aufl. (2006), S. 330.

Auch der letzte Vorsitzende des Ministerrats der DDR vor der Wende, Willi Stoph (1914 – 1999), entging einer Verurteilung wegen seiner Zugehörigkeit zur DDR-Staatsführung und damit Mitverantwortlichkeit für den Schießbefehl (Anstiftung zum Totschlag). Sein Fall wurde 1992 ebenfalls abgetrennt und Ende 1993 wegen Verhandlungsunfähigkeit eingestellt.<sup>5</sup>

Ferner entgingen die Mitglieder des Zentralkomitees (ZK) und des Politbüros des ZK der SED, Kurt Hager (1912 – 1998), Erich Mückenberger (1910 – 1998) und Horst Dohlius (1925 – 2007) 1996 bzw. 1997 einer etwaigen Verurteilung wegen Anstiftung zum Totschlag im Rahmen ihrer politischen Verantwortlichkeit, als das LG Berlin das Verfahren gegen sie jeweils wegen Verhandlungsunfähigkeit einstellte.<sup>6</sup>

Insgesamt wurden in den beiden Prozessen gegen die DDR-Staatsführung (1992 – 1994) und gegen die Mitglieder des Politbüros (1995 – 1997) nur sechs Angeklagte verurteilt. In den Revisionen beim BGH wurde dann im Übrigen auf mittelbare Täterschaft bei vorsätzlichem Totschlag anstatt auf Anstiftung zum Totschlag erkannt.<sup>7</sup> Ebenfalls sechs Angeklagte wurden für verhandlungsunfähig erklärt, einer verstarb während des Prozesses.

## II. NS-Unrecht

Mit NS-Unrecht, welches sich in vielerlei Fallgruppen aufsplitten lässt, sind in den letzten Jahren eigentlich ausschließlich jene Fälle gemeint, die aufgrund einer Rechtsprechungsänderung seit dem Fall John Demjanjuk auf den Plan treten.

Der ehemalige ukrainische Trawniki-Mann Demjanjuk gehörte zum ausländischen Hilfspersonal der SS im NS-Vernichtungslager Sobibor. 2011 wurde er als Mordgehilfe verurteilt, obwohl ihm – wie es bis dato erforderlich war – keine konkrete Mordtat oder eine Beteiligung an einem bestimmten Mord nachgewiesen werden konnte. Laut Auffassung des LG München II waren alle in die Befehlskette eingegliederten Akteure in oder im Umfeld von Vernichtungslagern, die nicht schon Täter waren, an der systematischen Ermordung der hierzu bestimmten Personen beteiligt, eben weil sie mit ihrem Tun (etwa reine Bewachungsdienste) in welcher Form auch immer die Haupttat Mord förderten.<sup>8</sup> Ausreichend für eine Bestrafung wegen einer dann funktionellen Beihilfe zum Mord war es demnach, ein Rädchen in der Vernichtungsmaschinerie gewesen zu sein. Da John Demjanjuk in Revision ging und vor der Revisionsentscheidung im Jahr 2012 verstarb, wurde das Urteil des LG München II jedoch nicht rechtskräftig. Erst 2016 konnte der BGH<sup>9</sup> im Fall Oskar Gröning die Grundsätze der funktionellen Beihilfe in einem rechtskräftigen Verfahren bestätigen.

Die neuen Ermittlungen seit dem Fall Demjanjuk im Jahr 2011 führten zu mehreren Ermittlungs- und Gerichtsverfahren. Teilweise waren die nun Angeklagten seit Jahrzehnten bekannt. So

hatte etwa der ehemalige SS-Unterscharführer Oscar Gröning („Der Buchhalter von Auschwitz“) im britischen TV im Jahr 2005 ein Interview gegeben, in dem er freimütig zugab, aufgrund von Erkrankungen anderer SS-Männer vereinzelt Dienst an der sog. Rampe geleistet und damit auch an Selektionen zur Auswahl von zu ermordenden Personen teilgenommen zu haben. Im Jahr 2005 konnte er dabei noch darauf vertrauen, dass dieser Umstand nicht für eine Verurteilung reichen würde. Seit der Rechtsprechungsänderung im Fall Demjanjuk bildete das beschriebene Handeln jedoch eine hinreichende Grundlage für eine Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord.

Jene neuen Ermittlungs- und Gerichtsverfahren, die sich insbesondere auf das Konzentrations- und Vernichtungslager Auschwitz sowie das Konzentrationslager Stutthof konzentrierten, endeten bislang nur in zwei Fällen mit einem Urteil. Aber auch in diesen Fällen kam es zu keiner Haft der Verurteilten mehr. Oscar Gröning verstarb vor Haftantritt, während über sein zweites Gnadengesuch entschieden wurde. Der ebenfalls aufgrund seiner Tätigkeit in Auschwitz verurteilte<sup>10</sup> ehemalige SS-Unterscharführer Reinhold Hanning starb nach seiner Verurteilung noch während des Revisionsverfahrens.

Alle anderen Fälle, in denen die Ermittlungen positiv abgeschlossen wurden, endeten – soweit die Beschuldigten nicht schon vor Anklageerhebung verstarben – letzten Endes aufgrund Verhandlungsunfähigkeit.

Der Neubrandenburger Auschwitz-Prozess gegen den SS-Sanitätsdienstgrad Hubert Zafke (1920 – 2018) etwa endete 2017 wegen festgestellter Verhandlungsunfähigkeit aufgrund beginnender Demenz.<sup>11</sup>

Im Kieler Auschwitz-Prozess gegen die ehemalige SS-Helferin und Funkerin auf der Kommandantur in Auschwitz, Helma M. (\*1924), endete der Prozess 2017 wegen dauernder Verhandlungsunfähigkeit aufgrund Blindheit, beinahe Taubheit und allgemein schwächerer Gesamtkonstitution.<sup>12</sup>

Auch der angestrebte Mannheimer Auschwitzprozess gegen einen ehemaligen SS-Wachmann von Auschwitz-Birkenau (\*1924) fand letztlich wegen der im Jahr 2019 festgestellten Verhandlungsunfähigkeit nicht statt.<sup>13</sup>

Im Zusammenhang mit dem Vernichtungslager Majdanek wurde schließlich Ende 2018 die Anklage gegen einen ehemaligen SS-Wachmann (\*1921) wegen dauerhafter krankheitsbedingter Verhandlungsunfähigkeit abgelehnt.<sup>14</sup>

Im Vergleich zu den vorgenannten Majdanek- und Auschwitz-Fällen überraschen die Stutthof-Fälle doch einigermaßen. So bezog sich die funktionelle Beihilfe ab 2011 jedenfalls eindeutig auf

<sup>5</sup> LG Berlin, Beschl. v. 18.06.1993 – 2 Js 43/90; *Marxen/Werle*, Strafjustiz und DDR-Unrecht, Bd. 2/2 (2002), S. 885.

<sup>6</sup> Vgl. im Detail *Marxen/Werle*, Strafjustiz und DDR-Unrecht, Bd. 2/2 (2002), S. 455.

<sup>7</sup> BGHSt 40, 218 ff.

<sup>8</sup> Vgl. LG München II BeckRS 2011, 139286; *Hippeli*, JSE 2018, 22 (32).

<sup>9</sup> BGH NJW 2017, 498 ff. mit Anm. *Grünwald*.

<sup>10</sup> LG Detmold BeckRS 2016, 15920.

<sup>11</sup> LG Neubrandenburg NJ 2017, 472; *www.sueddeutsche.de/politik/auschwitz-holocaust-zafke-1.3663066* (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>12</sup> Vgl. *www.kn-online.de/Kiel/Kein-Auschwitz-Prozess-in-Kiel-gegen-SS-Helferin* (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>13</sup> Vgl. *www.spiegel.de/panorama/justiz/mannheim-hauptverhandlung-gegen-mutmasslichen-kz-aufseher-abgelehnt-a-1254608.html* (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>14</sup> LG Frankfurt, Beschl. v. 13.12.2018 – 5/22 Ks 8/17; *www.ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/nichtzulassung-der-anklage-gegen-ehemaligen-ss-wachmann* (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

die reinen Vernichtungslager im heutigen Polen Sobibor, Treblinka, Majdanek, Belzec und Chelmno. Auschwitz dagegen war zwar das an Opferzahlen gemessen größte Vernichtungslager.<sup>15</sup> Jedoch bestand hier stets eine gewisse Janusköpfigkeit. Als Vernichtungslager wird innerhalb des Auschwitzkomplexes schließlich nur Auschwitz II (Birkenau) begriffen, während Auschwitz I (Stammlager) als Konzentrationslager und Auschwitz III (Monowitz) als Arbeitslager eingestuft werden. Auch wenn natürlich in allen drei Lagern Menschen ermordet wurden. Seit dem Lüneburger Auschwitz-Prozess um Oscar Gröning scheint sich herauszukristallisieren, dass auf Auschwitz jedenfalls insgesamt die funktionelle Beihilfe angewendet wird. D.h. es macht keinen Unterschied mehr, ob der jeweilige Angeklagte etwa in Auschwitz I oder in Auschwitz II eingesetzt war. Das macht vor dem Hintergrund Sinn, dass die drei einzelnen Lager ohnehin zumindest die meiste Zeit gemeinsam verwaltet wurden. Was das Konzentrationslager Stutthof anbelangt, so galt dieses Lager eigentlich seit jeher als reines Konzentrationslager. D.h. zwar, dass auch dort Menschen zu Tode kamen, allerdings nicht aufgrund eines bestimmungsgemäßen Vernichtungszwecks des Lagers. 2016 erfolgte indes etwa von der Zentralen Stelle zur Verfolgung von NS-Verbrechen in Ludwigsburg eine Neubewertung von Stutthof, da es nach der Räumung der eigentlichen Vernichtungslager weiter im Osten aufgrund der Annäherung der Roten Armee ab Juli 1944 auch in Stutthof zur planmäßigen Massenvernichtung von Menschen kam.<sup>16</sup>

Unlängst (Ende Juli 2020) wurde in Hamburg der 93jährige ehemalige Wachmann des Konzentrationslagers Stutthof, Bruno D., zu zwei Jahren Jugendstrafe auf Bewährung wegen Beihilfe zum Mord in 5.232 Fällen und wegen Beihilfe zu einem versuchten Mord verurteilt.<sup>17</sup> Mehrfach stand während des Prozesses seine Verhandlungsunfähigkeit in Rede. Ebenfalls in Hamburg wird derzeit weiter intensiv gegen zwei SS-Helferinnen aus Stutthof ermittelt.<sup>18</sup> Dabei ist noch offen, wie es weitergeht. Weiter gediehen sind derzeit aber zwei bereits angelaufene weitere Stutthof-Prozesse in Dortmund und Wuppertal.<sup>19</sup>

### C) Die Verhandlungsunfähigkeit im Gefüge der StPO

Die Verhandlungsunfähigkeit kann in mehrerlei Formen vorkommen. Entweder kann das Gericht einen Nichteröffnungsbeschluss fassen, da die Verhandlungsunfähigkeit der Verfahrenseröffnung im Wege steht. Oder aber es geht dann in der Hauptverhandlung um eine vorübergehende oder um eine dauerhafte Verhandlungsunfähigkeit. Das Gericht hat die Verhandlungsunfähigkeit dabei als Verfahrenshindernis in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Vgl. [www.de.wikipedia.org/wiki/Vernichtungslager](http://www.de.wikipedia.org/wiki/Vernichtungslager) (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>16</sup> Vgl. [www.welt.de/geschichte/article157591815/Warum-ploetzlich-so-viele-greise-KZ-Taeter-angeklagt-werden.html](http://www.welt.de/geschichte/article157591815/Warum-ploetzlich-so-viele-greise-KZ-Taeter-angeklagt-werden.html) (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>17</sup> Vgl. [www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Stutthof-Prozess-Bewaehrungsstrafe-fuer-ehemaligen-KZ-Wachmann.stutthof192.html](http://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Stutthof-Prozess-Bewaehrungsstrafe-fuer-ehemaligen-KZ-Wachmann.stutthof192.html) (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>18</sup> Vgl. [www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Letzter-NS-Prozess-KZ-Wachmann-vor-Gericht.nsprozesse100.html](http://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Letzter-NS-Prozess-KZ-Wachmann-vor-Gericht.nsprozesse100.html) (zuletzt abgerufen am 19.11.2020).

<sup>19</sup> Vgl. [www.sueddeutsche.de/panorama/justiz-dortmund-nazi-jaeger-andreas-brendel-suche-nach-taetern-geht-weiter-dpa.urn-](http://www.sueddeutsche.de/panorama/justiz-dortmund-nazi-jaeger-andreas-brendel-suche-nach-taetern-geht-weiter-dpa.urn-)

## I. Verhandlungsunfähigkeit

Zuvörderst stellt sich dabei überhaupt die Frage, was genau Verhandlungsunfähigkeit ist.

Die Verhandlungsfähigkeit eines Angeschuldigten, Beschuldigten oder Angeklagten ist dessen Fähigkeit, in oder außerhalb der Verhandlung seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in vernünftiger und verständiger Weise zu führen sowie Prozessklärungen abzugeben und entgegenzunehmen (sog. Verteidigungsfähigkeit).<sup>21</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass der Angeschuldigte, Beschuldigte oder Angeklagte auch tatsächlich fähig sein muss, die ihm gesetzlich eingeräumten Verfahrensrechte in jeder Hinsicht selbständig und ohne fremden Beistand wahrzunehmen; auch bei Personen, deren geistige, psychische oder körperliche Fähigkeit zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte eingeschränkt ist, muss die Schuld- und Strafrage schließlich in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren geklärt und entschieden werden können.<sup>22</sup>

Demgegenüber liegt Verhandlungsunfähigkeit in der Regel nur bei schweren körperlichen oder seelischen Mängeln bzw. Krankheiten vor, die nicht durch entsprechende Hilfe ausgeglichen werden können.<sup>23</sup> Bei einer körperlichen Erkrankung kommt es auf die Schwere der Erkrankung und auf die Auswirkungen einer Hauptverhandlung auf den Krankheitsverlauf an oder umgekehrt der Krankheit auf die Fähigkeit, aktiv an der Hauptverhandlung teilzunehmen.<sup>24</sup> Die Verhandlungsunfähigkeit wird das Gericht regelmäßig nicht aus eigener Anschauung, sondern nur aufgrund von Gutachten von Ärzten/Psychiatern in ihrer Eigenschaft als Sachverständige nach deren eingehender Untersuchung des Probanden feststellen können. Das Petitum der Feststellung im Wege des Freibeweises und nur ggf. durch ein Sachverständigengutachten<sup>25</sup> ist jedoch wohl eine ziemliche Illusion.

Für die Verhandlungsfähigkeit im Revisionsverfahren sind die vorgenannten Maßstäbe dabei modifiziert. Hier reicht es wie bereits beschrieben aus, dass der Beschwerdeführer mindestens zeitweilig zu einer Grundübereinkunft mit seinem Verteidiger über die Fortführung oder Rücknahme des Rechtsmittels in der Lage ist und diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Entscheidung vorliegen.<sup>26</sup>

## II. Nichteröffnung wegen Verhandlungsunfähigkeit

Nach § 204 Abs. 1 StPO muss das Gericht, wenn es das Hauptverfahren nicht eröffnet, dafür sorgen, dass aus dem Nichteröffnungsbeschluss hervorgeht, ob die Nichteröffnung auf tatsächlichen oder auf Rechtsgründen beruht.

§ 204 StPO kommt im Zusammenhang mit Verhandlungsunfähigkeit des Angeschuldigten indes nur zur Anwendung, wenn

[newsml-dpa-com-20090101-200411-99-667288](http://www.newsml-dpa-com-20090101-200411-99-667288) (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>20</sup> Wenske, in: MüKo-StPO (2016), § 205 Rn. 17; Meyer-Goßner, NSTz 2003, 169 (172).

<sup>21</sup> BVerfG NJW 1995, 1951; BGH NSTz 1996, 242; BGH NSTz-RR 2018, 320 (321); Widmaier NSTz 1995, 361 ff.

<sup>22</sup> BGH NSTz-RR 2018, 320 (321).

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG NJW 1979, 2349 (2350); BVerfG NJW 2002, 51; BGH NSTz-RR 2018, 320 (321).

<sup>24</sup> OLG Stuttgart NSTz-RR 2006, 313.

<sup>25</sup> BGH NSTz 1996, 242 (243); KG NSTz 2016, 374.

<sup>26</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 1973; BGH NSTz 2017, 490.

die Feststellung der dauerhaften Verhandlungsunfähigkeit festgestellt wurde, ansonsten kann es nur um eine vorübergehende Verhandlungsunfähigkeit gehen.<sup>27</sup> Eine Nichteröffnung wegen dauerhafter Verhandlungsunfähigkeit ist dann eine Nichteröffnung aus Rechtsgründen.<sup>28</sup>

### III. Einstellung bei vorübergehender Verhandlungsunfähigkeit

Nach § 205 Satz 1 StPO kann das Gericht das Verfahren durch Beschluss vorläufig einstellen, wenn der Hauptverhandlung für längere Zeit die Abwesenheit des Angeschuldigten oder ein anderes in seiner Person liegendes Hindernis entgegensteht.

Die vorübergehende Verhandlungsunfähigkeit ist ein solches in der jeweiligen Person liegendes Hindernis. Bei einem durchschnittlich gesunden Angeklagten ist davon grundsätzlich auszugehen, dass er der Hauptverhandlung ausreichend folgen kann.<sup>29</sup> Jenseits dessen müssen im Lichte von § 205 StPO schon erhebliche seelische oder körperliche Beeinträchtigungen vorliegen, die über Allerwelts-Beeinträchtigungen hinausreichen. Auf der Ebene darunter sind Beeinträchtigungen der Verteidigungsfähigkeit lediglich verfahrensintern auszugleichen.<sup>30</sup> Die Anwendung von § 205 StPO kommt aus verfassungsrechtlichen Erwägungen ferner auch dann in Betracht, wenn der Angeklagte durch die weitere Durchführung der Hauptverhandlung in seiner Gesundheit geschädigt werden kann oder wenn hierdurch das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben vereitelt würde.<sup>31</sup>

Da die Verhandlungsfähigkeit iSd. § 205 StPO nur vorübergehender Natur ist, stellt sich die Frage, was passiert, wenn der (vormalige) Angeklagte wieder verhandlungsfähig ist. An und für sich haben dann Staatsanwaltschaft und Gericht in regelmäßigen Abständen zu prüfen, ob das der Fortführung des Verfahrens entgegenstehende Hindernis weiter fortbesteht.<sup>32</sup> Wie schwierig dies allerdings ist, zeigt der Fall des vormaligen Präsidenten der European Business School. Durch entsprechende Gutachten wurde ein Untreueprozess seit 2014 schon zweimal wegen psychischer Probleme vorläufig eingestellt, gleichzeitig ist der (vormalige) Angeklagte aber beruflich bis heute stark eingespannt.<sup>33</sup> Bei greisen NS-Mordgehilfen werden sich derartige Schwierigkeiten regelmäßig nicht stellen. In den Fällen, in denen das jeweilige Verfahren hier vorübergehend nach § 205 StPO eingestellt wurde, bedeutete die Einstellung stets zugleich eine alsbald dauerhafte Einstellung aufgrund Todes iSd. § 206a StPO. Im Alter von über 90 Jahren wird das einmal eingetretene Hindernis der Verhandlungsunfähigkeit (wegen altersbedingter Krankheit) schließlich typischerweise nicht mehr entfallen.

<sup>27</sup> KG NSTZ 2016, 374; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 204 Rn. 2.

<sup>28</sup> LG Gera OLG-NL 2005, 93 (94); Ritscher, in: Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 204 Rn. 4; Mavany, JA 2015, 488 (493).

<sup>29</sup> BVerfG NJW 1995, 1951 (1952); Schneider, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 205 Rn. 10.

<sup>30</sup> Vgl. etwa NJW 1995, 1951 (1952); gerade bei den NS-Mordgehilfen im Greisenalter bedeutet dies zumeist die Festlegung kurzer Sitzungstage und die Möglichkeit, sich etwa in den Mittagspausen im Gerichtsgebäude liegend ausruhend zu können.

### IV. Einstellung wegen dauerhafter Verhandlungsunfähigkeit

Nach § 260 Abs. 3 StPO ist die Einstellung des Verfahrens im Urteil auszusprechen, wenn ein Verfahrenshindernis besteht.

Die dauernde Verhandlungsunfähigkeit ist ein solches Verfahrenshindernis. Wer derart eingeschränkt ist, darf überhaupt nicht mehr bestraft werden.<sup>34</sup>

#### D) Fazit

Die Regelungen der StPO zur Verhandlungsunfähigkeit sind in der Öffentlichkeit bis heute umstritten. Es fehlt oftmals ein Verständnis dafür, dass Personen, die oftmals ein großes Maß an Schuld auf sich geladen haben, im Ergebnis straffrei bleiben. Dieses Unverständnis rührt bisweilen auch daher, dass etwa für verhandlungsunfähig erklärte DDR-Spitzenfunktionäre in den Jahren danach teils oft noch erstaunlich fit erschienen und geistig klare Interviews gegeben haben. Es schwingt also bei der Verhandlungsunfähigkeit stets der potenzielle Missbrauch mit. Einem solchen Missbrauch kann derzeit nur auf Basis von § 231a Abs. 1 StPO begegnet werden. Danach wird die Hauptverhandlung fortgesetzt, wenn der Angeklagte sich vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt und dadurch wissentlich die ordnungsmäßige Durchführung oder Fortsetzung der Hauptverhandlung in seiner Gegenwart verhindert hat. Der Fall, dass der Angeklagte unmittelbar den Sachverständigen und mittelbar das Gericht z.B. über seinen Geisteszustand täuscht, ist davon aber nicht erfasst. Allerdings ist nicht wirklich ersichtlich, dass die Verhandlungsunfähigkeit anders (und bisweilen womöglich besser) als bisher mit Sachverständigengutachten festgestellt werden kann.

Dass tatsächlich kranke und damit wirklich verhandlungsunfähige Menschen bei all ihrer Schuld auch Rechte haben, ist manchmal – wie etwa bei so manch einem NS-Mordgehilfen angesichts der zur Last gelegten Taten – schwer erträglich, muss aber in einem demokratischen Rechtsstaat hingenommen werden.

#### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>31</sup> BVerfG NJW 2002, 51; VerfGH Berlin NJW 1993, 515 (517); Schneider, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 205 Rn. 11.

<sup>32</sup> OLG Saarbrücken StV 2007, 178 (179); Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 205 Rn. 5.

<sup>33</sup> Vgl. [www.welt.de/regionales/hessen/article206535825/Untreue-Pr-ozess-gegen-Ex-EBS-Praesident-Jahns-gestoppt.html](http://www.welt.de/regionales/hessen/article206535825/Untreue-Pr-ozess-gegen-Ex-EBS-Praesident-Jahns-gestoppt.html) (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

<sup>34</sup> Maier, in: MüKo-StPO (2016), § 260 Rn. 234.

---

---

**BEITRAG**

---

---

Von Prof. Dr. Christian F. Majer\*/Prof. Dr. Arne Pautsch\*\*

**„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis**

Anmerkung zu BVerfG, (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19

**Gliederung****Abstract****A) Die Entscheidung des BVerfG**

I. Entscheidung

II. Prüfungsmaßstab

III. Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

IV. Meinungsfreiheit

1. Ausschluss der Meinungsfreiheit bei Schmähkritik

2. Auslegung der „Ugah, Ugah“-Äußerung und die Kritik Zucks

**B) Vorwurf rassistischer Aussagen****C) Fazit****Abstract**

Rassismus nimmt nicht erst seit der Bewegung „Black lives matter“ breiten Raum in den öffentlichen Diskussionen ein. Umso mehr verwundert es, dass die Rechtsprechung mit der Thematik bislang eher in überschaubarem Umfang befasst gewesen ist. Eine hervorstechende Ausnahme bildet die hier zu besprechende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 2.11.2020, welche im Nachgang zu einer arbeitsgerichtlichen Streitigkeit ergangen ist. Bei einer Betriebsratsitzung hatte ein Arbeitnehmer (der Beschwerdeführer im verfassungsgerichtlichen Verfahren) einem anderen, dunkelhäutigen Kollegen gegenüber die Worte „Ugah, Ugah“ geäußert, welche der Arbeitgeber als herabwürdigende rassistische Äußerung eingestuft und dem Beschwerdeführer gekündigt hatte. Die Arbeitsgerichte – letztinstanzlich das LAG Köln – bestätigten die Rechtmäßigkeit der Kündigung, woraufhin der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG erhob und eine Verletzung seiner Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG rügte. Das Bundesverfassungsgericht verneinte in einem obiter dictum indes den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, nachdem es bereits die fehlende Zulässigkeit gerügt hatte. Nachfolgend soll die Entscheidung referiert werden und dabei auch die für erheblichen kritischen Nachhall sorgende Entscheidungsbesprechung von *Rüdiger Zuck* in der NZA<sup>1</sup> nicht ausgeblendet werden, die sich auch ihrerseits dem Vorwurf des Rassismus ausgesetzt sah.

---

\* Der Autor ist Professor für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule Ludwigsburg und Direktor des Instituts für internationales und ausländisches Privat- und Verfahrensrecht.

\*\* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg und Direktor des Instituts für Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie.

<sup>1</sup> *Zuck*, NZA 2021, 166 ff.; der Beitrag ist mittlerweile von der Plattform beckenonline.de gelöscht worden (!), liegt den Verfassern aber in gedruckter Form vor.

**A) Die Entscheidung des BVerfG****I. Entscheidung**

Bei der hier besprochenen Entscheidung des BVerfG handelt es sich um einen Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats betreffend eine Urteilsverfassungsbeschwerde, mit der sich der Beschwerdeführer – wie eingangs bereits angedeutet – gegen vorgängige arbeitsgerichtliche Entscheidungen gewandt hatte.<sup>2</sup> Sie ist das Ergebnis der Vorprüfung durch die nach § 15a BVerfGG gebildete Kammer im Verfahren nach § 93b Satz 1 BVerfGG, die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Voraussetzungen nach § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorgelegen haben. Es geht somit auch vorliegend um die verfassungsprozessuale Situation, dass die zuständige Kammer der erhobenen Urteilsverfassungsbeschwerde keine grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat, was vor allem dann der Fall ist, wenn die Verfassungsbeschwerde unzulässig ist.<sup>3</sup>

**II. Prüfungsmaßstab**

Der Prüfungsmaßstab der Kammer war, was nicht verkannt werden darf, auch im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens nach § 93b Satz 1 BVerfGG bereits durch den Charakter der Verfassungsbeschwerde als Urteilsverfassungsbeschwerde begrenzt und entsprechend vorgezeichnet. Denn insoweit gilt, dass Maßstab der verfassungsgerichtlichen Prüfung nur spezifisches Verfassungsrecht ist, wie es die geläufige Formel des BVerfG zum Ausdruck bringt.<sup>4</sup> Das bedeutet für die Bewertung auch und gerade der vorliegenden Verfassungsbeschwerde, dass „*die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall [...] allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen (sind)*“.<sup>5</sup> Es soll „spezifisches Verfassungsrecht“ nicht schon dann verletzt sein, wenn eine am einfachen Recht gemessene Entscheidung objektiv fehlerhaft ist, sondern es kommt nach der stRspr. des BVerfG darauf an, dass der Fehler „gerade“ in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegt.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Letztinstanzlich siehe LAG Köln, Urt. v. 06.06.2019, 4 Sa 18/19, sowie die ablehnende Revisionsentscheidung des BAG, Beschl. v. 23.10.2019, 2 AZN 824/19.

<sup>3</sup> Vgl. dazu *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. (2018), Rn. 265, und hier nachfolgend sogleich unter III.

<sup>4</sup> BVerfGE 18, 85 (92f.); 62, 338 (343); 80, 81 (95); 114, 54 (84); s. eingehend auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. (2018), Rn. 281.

<sup>5</sup> BVerfGE 18, 85 (92 f.); Zitat auch bei *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. (2018), Rn. 281.

<sup>6</sup> BVerfGE 18, 85 (92 f.), sowie die weiteren bundesverfassungsgerichtlichen Nachweise in Fn. 4.



Schon danach hätte für die Kammer im Blick auf die Grundrechte – also vor allem bezüglich der Bedeutung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG im vorliegenden Fall – ein Anlass zu näherer Prüfung der Grundrechte nur dann bestanden, wenn „das fachgerichtliche Auslegungsergebnis der Vorinstanzen über die grundgesetzlichen Grenzen hinausgegriffen“ hätte.<sup>7</sup> Es kommt also darauf an, ob in den instanzgerichtlichen Entscheidungen Auslegungsfehler von solcher Tragweite ausgemacht werden können, dass sie gleichsam als Verkenning der Bedeutung eines Grundrechts – hier vor allem der Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers – angesehen werden müssen.

Zudem darf nicht übersehen werden, dass das den Entscheidungen zugrunde liegende Rechtsverhältnis zivilrechtlicher (nämlich arbeitsrechtlicher) Natur ist und sich die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten nach wie vor nicht unmittelbar aus deren verfassungsrechtlicher Gewährleistung als Abwehrrechten gegenüber dem Staat (status negativus) herleiten lässt, sondern allenfalls von einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ausgegangen werden kann, die auch hier der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der instanzgerichtlichen Entscheidungen der Arbeitsgerichte (weitere) Grenzen zu setzen vermag.<sup>8</sup>

Bereits unter diesen Vorgaben wird deutlich, dass die Kammerentscheidung des BVerfG vom 2.11.2020 bei der Bewertung der vom Beschwerdeführer gerügten Verletzung seiner Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG die spezifische Situation der Urteilsverfassungsbeschwerde und die daraus folgende Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfungsdichte zu berücksichtigen hatte. Dass die 3. Kammer des Ersten Senats dem auch gefolgt ist (und vor diesem Hintergrund eine „politische Überhöhung“ des Beschlusses nicht angezeigt ist), wird auch daran erkennbar, dass die materiell-verfassungsrechtlichen Fragen des Verhältnisses der Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers (als Arbeitnehmer) und der konfligierenden Grundrechte Dritter (allgemeines Persönlichkeitsrecht des von der herabwürdigenden Meinungsäußerung betroffenen Kollegen sowie die Art. 2 Abs. 1 GG unterfallende Privatautonomie des Arbeitgebers) nur im Rahmen eines obiter dictums überhaupt aufgegriffen wurden.<sup>9</sup>

### III. Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Maßgeblich für die Ablehnung der Annahme durch die Kammer war vielmehr das Vorliegen der Unzulässigkeit der erhobenen Urteilsverfassungsbeschwerde, die nach im Beschluss vom 2.11.2020 nicht näher ausgeführten Details wohl auf der Nichteinhaltung der Formanforderungen der §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG an eine ordnungsgemäße Begründung zurückzuführen sind.<sup>10</sup> Dies allein hätte – ohne weitere Ausführungen – genügt, die Annahme der Verfassungsbeschwerde abzulehnen.<sup>11</sup> Gleich-

wohl hat das BVerfG, wozu es befugt ist, in dem Kammerbeschluss dennoch Ausführungen zur materiellen Verfassungslage – nämlich zur Bedeutung der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis bei einer diskriminierenden Herabwürdigung eines Kollegen – vorgenommen, die nachfolgend einer Bewertung unterzogen werden sollen.

## IV. Meinungsfreiheit

### 1. Ausschluss der Meinungsfreiheit bei Schmähkritik

Der sachliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist weit gefasst. Ihm unterfallen grundsätzlich alle Formen der Meinungsäußerung, ohne dass es auf eine inhaltliche Wertung ankäme, so dass auch wertende Tatsachenbehauptungen nicht ausgeschlossen sind, soweit sie sich nicht als offensichtlich unwahr erweisen.<sup>12</sup> Als Grenze der Meinungs(äußerungs-)freiheit ist nach dem BVerfG allerdings die sog. „Schmähkritik“ anzusehen.<sup>13</sup> Von Schmähkritik ist auszugehen, wenn eine „Meinungsäußerung“ einzig darauf abzielt, eine andere Person zu verunglimpfen, ohne dass noch irgendein sachlicher Bezug oder Inhalt erkennbar wäre. Dies ist nachfolgend hinsichtlich der „Ugah, Ugah“-Äußerung des Beschwerdeführers im Kontext der instanzgerichtlich bestätigten arbeitsrechtlichen Maßnahme („fristlose Kündigung“ nach §§ 15 Abs. 1 KSchG, 626 BGB) näher zu beleuchten.

### 2. Auslegung der „Ugah, Ugah“-Äußerung und die Kritik Zucks

Zuck bemängelt in seiner Anmerkung zur Entscheidung, das Bundesverfassungsgericht habe nicht sorgfältig ausgelegt, was „Ugah, Ugah“ bedeutet.<sup>14</sup> So sei es nicht im Zusammenhang mit Affenlauten bekannt, sondern im Zusammenhang mit einem Gesellschaftsspiel über Steinzeitmenschen.<sup>15</sup>

Auf den ersten Blick ist das einleuchtend (vielleicht liegt eine Verwechslung mit den üblichen rassistischen Beleidigungen in Fußballstadien durch die Verwendung von Affenlauten „Uh, Uh, Uh“ vor); es fragt sich allerdings, ob dadurch eine andere Einordnung des Falles geboten ist. Dazu bedarf der Ausspruch „Ugah, Ugah“ einer näheren Auslegung. Er zielt jedenfalls darauf ab, den Gegenüber als Steinzeitmenschen, mithin als primitiv abzuqualifizieren. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Äußerung hier gegenüber einem dunkelhäutigen Kollegen erfolgte. Es ist damit deutlich, dass hier nicht das konkrete Verhalten des Kollegen als primitiv gerügt werden sollte, sondern dieser als im Hinblick auf seine Hautfarbe genetisch primitiv abqualifiziert werden sollte – das entspricht dem klassischen rassistischen Muster der pseudowissenschaftlichen Rassetheorien des 19. Jahrhunderts, nach welchem dunkelhäutige Menschen als primitiv und unzivilisiert eingeordnet werden.<sup>16</sup> Eine sachliche Aussage ist damit hier also nicht verbunden, die Äußerung dient allein zur Abwertung des Gegenübers. Das gilt übrigens entgegen der heute häufig vertretenen Einschränkung,

<sup>7</sup> So etwa der Maßstab nach BVerfGE 65, 317 (322).

<sup>8</sup> So wohl auch Muckel, JA 2021, 171 (172 f.), unter Verweis auf die bisher ergangene Rspr., etwa BVerfGE 7, 198 (205) - Lüth; jüngst BVerfG, NJW 2019, 1510 Rn. 9.

<sup>9</sup> BVerfG, NZA 2020, 1704 Rn. 5 ff.

<sup>10</sup> BVerfG, NZA 2020, 1704 (Rn. 5).

<sup>11</sup> Insoweit nur knapp das BVerfG, NZA 2020, 1704 (Rn. 5): „Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig; ihre Begründung entspricht insgesamt nicht den Anforderungen aus §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG.“

<sup>12</sup> BVerfGE 61, 1 (7); s. auch Wendt, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 5 Rn. 10.

<sup>13</sup> Dazu etwa BVerfG, NJW 1990, 95; 1992, 1439; 2009, 749; 2016, 2870; 2019, 2600.

<sup>14</sup> Zuck, NZA 2021, 166 (167 f.).

<sup>15</sup> ▶ <https://www.amazon.de/Haba-300967-Ugah-Spiel/dp/B0169SFLLE>

<sup>16</sup> S. dazu etwa Trey, Die Entwicklung von Rassetheorien im 19. Jhd.: Gobineau und sein Essai „Die Ungleichheit der Menschenrassen“ (2014), passim.

rassistische Äußerungen seien nur von einer Mehrheit gegenüber einer Minderheit oder einer dominierenden gegenüber einer dominierten Gruppe (was immer das sein mag)<sup>17</sup> grundsätzlich unabhängig von Mehrheits- und Machtverhältnissen.

Es handelt sich daher um Schmähkritik, welche nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst ist.

Das Beispiels *Zucks* des selbstironisierenden Gebrauchs zwischen Ehegatten<sup>18</sup> wirkt hier deplatziert, auch wenn eine Abwertung dort ebenso wenig vorliegt wie im ironisierenden Gebrauch des sog. „N-Worts“ unter dunkelhäutigen Menschen selbst, da ein solcher Fall offensichtlich nicht gegeben ist.

## B) Vorwurf rassistischer Aussagen

Gegenüber *Zuck* ist verbreitet der Vorwurf rassistischer Aussagen erhoben worden, was letztlich ja zur massiven Empörung auch gegenüber der Zeitschrift *NZA* für den Abdruck des Kommentars geführt hatte. Wer solche Vorwürfe erhebt, steht allerdings in der Pflicht, seine Aussage zu belegen. Daran fehlt es meistens bei derartigen Vorwürfen wie auch im konkreten Fall. Der Vorwurf bezieht sich hier insbesondere auf den zweiten Abschnitt des Fazits von *Zuck*. Dabei genügt es nicht, diesen Absatz pauschal abzudrucken und als Hinweis für rassistische Aussagen zu werten. Seine darin erfolgte Aussage etwa, das Kopftuch sorge im Gegensatz zu einem schottischen Kilt für Streit, ist selbst dann, wenn sie affirmativ erfolgt, keine rassistische Aussage, da die Ablehnung des Kopftuchs im Islam nicht nur rassistisch, sondern auch feministisch begründet werden kann.

Die Aussage, wir würden uns weiterhin an wulstigen Lippen usw. stören, ist dann als rassistisch deutbar, wenn sie affirmativ als Ablehnung von Menschen mit anderen körperlichen Merkmalen aufzufassen ist. Der Hinweis in der Fußnote auf den Krippenstreit legt allerdings eher nahe, dass die Aussage als spöttische Kritik daran zu verstehen ist, die Darstellung von dunkelhäutigen Menschen werde bemängelt und zum Anlass genommen, Figuren mit entsprechender Darstellung nicht aufzustellen. Das ist zwar kein zwingender Hinweis auf Rassismus, zeugt aber deswegen von fehlendem Problembewusstsein, weil eine Darstellung von dunkelhäutigen Menschen mit übertrieben wulstigen Lippen die Unterschiede in ihrem Aussehen überbetont und daher die Vorstellung von einer Unterschiedlichkeit von Rassen fördert.

Der weitere Hinweis auf eine Ersetzung des „N-Worts“ in den Kinderbüchern mag als Kritik daran gelesen werden; wer aber das Wort ohne einschränkende Anführungszeichen ausschreibt, setzt sich dem Verdacht aus, er verwende es in seiner diffamierenden Bedeutung als Bezeichnung für dunkelhäutige Menschen.

Der Hinweis schließlich darauf, dass Tierrassen mit „züchterischem Reinheitsgebot“ bislang unbeanstandet geblieben seien, kann zudem dahingehend verstanden werden, bei Menschen sei die Lage vergleichbar, es existierten also menschliche Rassen

und ein legitimes Interesse an einem Reinheitsgebot. Das widerspricht zum einen der überwiegenden Erkenntnis in den Naturwissenschaften, nach welcher es keine Menschenrassen gibt;<sup>19</sup> zum anderen – und das ist für die Wertung entscheidend – erweckt die Aussage den Eindruck, es gäbe auch bei Menschen ein legitimes Interesse an einem Reinheitsgebot. Die Vermeidung von Vermischung ist aber nur dann sinnvoll, wenn dadurch wie bei Hunderassen der Verlust von Eigenschaften droht – was nur bei einer rassistischen Grundannahme der Fall ist. Abgesehen davon ist ein Reinheitsgebot eine schwere Menschenrechtsverletzung, indem sie die freie Wahl des Ehe- und Fortpflanzungspartners einschränkt und Menschen aus solchen „gemischten“ Beziehungen als minderwertig abqualifiziert.

Daher kann diese Formulierung durchaus so verstanden werden, als bekenne sich *Zuck* zu rassistischen Lehren, selbst wenn sie anders gemeint sein sollte.

Wenn, worauf *Zuck* hinweist, die Rassismus-Debatte mehr Vernunft und Gelassenheit verdient hätte, mag das für sich genommen zutreffen, es darf allerdings nicht dazu führen, dass rassistische Beleidigungen verharmlost oder gebilligt werden; insoweit leistet der Autor der Debatte einen Bärendienst. Der Hinweis ist im vorliegenden Kontext daher deplatziert, schließlich kann auch eine vernünftige Betrachtung nicht dazu führen, dass die Äußerung von „Ugah, Ugah“ zu einem Arbeitskollegen dem Schutz der Meinungsfreiheit unterstellt wird.

## C) Fazit

Die Entscheidung des BVerfG ist zutreffend: Die Äußerung „Ugah, Ugah“ gegenüber einem Arbeitskollegen genießt nicht den Schutz der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Das gilt unabhängig davon, ob man die Äußerung als Anspielung auf Affen oder auf Steinzeitmenschen ansehen will. In beiden Fällen ist sie als ausschließlich der Abwertung dienende Schmähkritik anzusehen. Sie ist in beiden Fällen eine rassistische Beleidigung. Die Kritik *Zucks* geht insoweit fehl; zudem sind einige seiner Aussagen so formuliert, dass sie sich den Vorwurf gefallen lassen müssen, ihrerseits rassistisch geprägt zu sein oder Rassismus zu verharmlosen. Dies gilt selbst dann, wenn sie anders – etwa bewusst überspitzt als Kritik an den Diskussionen um Rassismus – gemeint gewesen sein sollten.

Dennoch ist, auch im Hinblick auf künftige Fälle, hier mehr Sorgfalt geboten. Das gilt sowohl für das Bundesverfassungsgericht, das die inkriminierte Äußerung – wie gezeigt – ungenau einordnet, als auch für Stimmen in der Literatur<sup>20</sup> und in der Öffentlichkeit<sup>21</sup>, die sich darauf beschränken, *Zuck* Rassismus vorzuwerfen. Das ist hier zwar nachvollziehbar und in der Sache wohl auch berechtigt, darf aber angesichts der Schwere des Vorwurfs grundsätzlich nicht ohne sorgfältigen Beleg erfolgen. Gerade weil der Rassismusbegriff von erheblichen Unschärfen geprägt ist und in den Sozialwissenschaften zum Teil sehr extensiv ausgelegt wird, andererseits aber auch gerne als Mittel zur Diffamierung anderer eingesetzt wird, ist eine solche Ungenauigkeit und fehlende Sorgfalt hier besonders verfehlt, zumal, woran

<sup>17</sup> S. dazu etwa <https://www.tagesspiegel.de/kultur/der-grosse-unterschied-es-gibt-keinen-rassismus-gegen-weiße/25893440.html>

<sup>18</sup> AaO. (Fn.13).

<sup>19</sup> [https://www.uni-jena.de/190910\\_JenaerErklaerung](https://www.uni-jena.de/190910_JenaerErklaerung).

<sup>20</sup> Etwa *Jacobs/Schubert*, *NZA* 2021, 233.

<sup>21</sup> <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/zuck-beck-verlag-rassismus-vorwurf-ugah-ugah-nza-bverfg>; <https://bundesfachschaft.de/2021/02/pressemitteilung-zur-veroeffentlichung-des-artikels-von-prof-dr-zuck-in-der-nza/>.

erinnert werden muss, die Bezeichnung als „Rassist“ ebenfalls eine Beleidigung und Schmähung darstellen kann, wenn sie nicht hinreichend untermauert ist.

► **Inhaltsverzeichnis**



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



© Peter Lindbergh / Adobe Stock / 91251491



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.

# KLAUSUR – ZIVILRECHT

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

## „Klopapier, Supermärkte und Pauschalreisen in der Corona-Pandemie“

### Examensübungsklausur

#### Sachverhalt

##### Aufgabe 1

Im von der S-GmbH betriebenen Supermarkt (S) der Gemeinde G (dem einzigen vor Ort) gibt es infolge der Coronakrise ständig Ärger. Ein Bürger (A) beschwert sich bei der Gemeinde, er habe im Supermarkt eine Packung Toilettenpapier aus dem Regal in seinen Wagen gelegt, diese sei von B herausgenommen worden. Als er sie sich zurück holen wollte, sei er von B mit Gewalt daran gehindert und geschubst worden, worauf er hingefallen sei und sich den Arm gebrochen habe. B hat das Toilettenpapier mittlerweile erworben. Infolge des gebrochenen Arms konnte A sich in der Folgezeit nicht um seine lungenkranken Eltern (E) (welche im Hinblick auf ihr erhöhtes Risiko, an Covid-19 zu sterben, nicht aus dem Haus gehen wollten) kümmern und für sie einkaufen gehen; diese mussten einen Lieferservice beauftragen und hatten dadurch Mehrkosten in Höhe von 200 EUR monatlich, auf viele Nahrungsmittel mussten sie komplett verzichten. B selbst ist einkommens- und vermögenslos, seine Ehefrau (F) verdient jedoch gut.

Eine andere Bürgerin (P) beschwert sich, sie sei, weil sie Pflegerin auf einer Covid-19-Station des nächstgelegenen Krankenhauses ist, von der Security des Supermarktes (bei welcher sich ein Kunde, der sie kannte, beschwert hatte), des Supermarktes verwiesen worden sei. Nun müsse sie bei einem Supermarkt im Nachbarort einkaufen, was sie jede Woche zusätzlich 30min Fahrtzeit sowie 5 EUR zusätzlich kosten würde.

**1. Ansprüche des A gegen B auf Herausgabe des Toilettenpapiers und Schmerzensgeld? Ansprüche der E gegen B und F?**

**2. Ansprüche der P gegen S auf Ersatz der Mehrkosten?**

##### Aufgabe 2

Ganz andere Probleme hatten die Mitarbeiter des städtischen Ordnungsamtes. Sie befanden sich auf einer 3wöchigen Tour durch Andalusien (Spanien), gebucht hatte diese Tour die Gemeinde (G) für die Mitarbeiter in deren Auftrag bei der T-AG. Inklusive waren Hin- und Rückflug sowie Aufenthalt in diversen Hotels. Schon bei Beginn der Reise in Sevilla lief nicht alles wie geplant, der Leiter des Ordnungsamtes (L) erkrankte beim Essen in einem vom Hotel empfohlenen Restaurant wegen Verunreinigung des Essens mit Shigellien an einer schweren Darminfektion. Sein Kollege K wurde bei einem Stadtbummel bestohlen. Später musste eine geplante und angekündigte Besteigung des

Mulhacen in der Sierra Nevada (mit 3482 m der höchste Berg von Festlandspanien) wegen eines Unwetters abgebrochen werden. Als die Gruppe dann in Granada war, traten Ausgangsbeschränkungen infolge der Corona-Krise in Kraft. Die Gruppe musste 7 Tage im Hotel bleiben und durfte es nicht verlassen, Essen wurde auf das Zimmer gebracht; die geplante und angekündigte Besichtigung der Alhambra (Burganlage aus maurischer Zeit) sowie des Klosters San Geronimo mussten unterbleiben. Der Rückflug (ab 14.30 vom Flughafen Malaga, ca 2h von Granada entfernt) wurde abgesagt, allerdings vermittelte die Bundesregierung einen anderen Flug (ab 6.00 Uhr vom Flughafen Malaga), dazu musste die Gruppe nachts um 2 Uhr aufstehen und mit dem Taxi nach Malaga fahren.

K und L verlangen den Reisepreis von T zurück sowie eine Entschädigung, da das die schlimmste Reise in ihrem Leben gewesen sei und sie überhaupt nicht erholt seien.

**Ansprüche von K und L gegen T?**

#### Hinweis (für alle Teile)

Auf alle aufgeworfenen Probleme ist ggfs. hilfsgutachtlich einzugehen. Von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ist auszugehen.

<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 Hochschule für Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

## Gliederung

### Aufgabe 1:

#### A) Ansprüche des A auf Herausgabe des Toilettenpapiers

##### I. Anspruch des A gegen B gem. § 985 BGB

##### II. Anspruch des A gegen B gem. § 861 BGB

1. Besitz des A am Toilettenpapier
2. Besitzentzug durch verbotene Eigenmacht
3. Fehlerhaftigkeit des Besitzes des B
4. Einwand des Eigentums?
5. Ergebnis

##### III. Anspruch des A gegen B gem. §§ 1007 Abs. 1 und 2 BGB

##### IV. Anspruch des A gegen B gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var.2 BGB

1. Etwas erlangt
2. Ohne rechtlichen Grund

##### V. Anspruch des A gegen B auf Schmerzensgeld

##### gem. § 823 Abs. 1 BGB

1. Rechtsgutverletzung
2. Widerrechtlichkeit
  - a) Lehre vom Erfolgsunrecht
  - b) Lehre vom Handlungsunrecht
  - c) Zwischenergebnis
3. Schaden
  - a) Kosten für die Krankenhausbehandlung
  - b) Schmerzensgeld
  - c) Drittschadensliquidation
  - d) Ersatzfähigkeit

#### B) Ansprüche der Eltern gegen B

#### C) Ansprüche der P gegen den Supermarkt

##### I. §§ 19 Abs. 1, 21 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AGG

##### gegen den Supermarkt

##### II. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB gegen den Supermarkt

##### III. § 823 Abs. 1 BGB gegen den Supermarkt

##### IV. § 826 BGB gegen den Supermarkt

1. Schadenszufügung in sittenwidriger Weise
2. Besondere Umstände
3. Ergebnis

### Aufgabe 2:

#### A) Rückzahlung des Reisepreises

##### I. Reisevertrag, § 651a BGB

##### II. Reisemangel, § 651i BGB

1. Darminfektion des L
2. Diebstahl
3. abgebrochene Besteigung des Mulhacen
4. Corona-Ausgehbeschränkungen
5. Absagen des Rückfluges/Frühes Aufstehen

##### III. Ausschluss der Rechte

##### wegen unterbliebener Mängelanzeige, § 651o Abs. 2 Nr.1 BGB

#### B) Anspruch auf Entschädigung

## Gutachten

### Aufgabe 1:

#### A) Ansprüche des A auf Herausgabe des Toilettenpapiers

##### I. Anspruch des A gegen B gem. § 985 BGB

Fraglich ist, ob A gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Toilettenpapiers gem. § 985 BGB hat. A hat einen Anspruch auf Herausgabe des Toilettenpapiers, wenn er Eigentümer und B unrechtmäßiger Besitzer desselben ist. A hat sich das Toilettenpapier lediglich in seinen Einkaufswagen gelegt und den Supermarkt noch nicht verlassen. Die Übereignung des Toilettenpapiers gem. § 929 S.1 BGB findet nicht bereits mit dem Hineinlegen der Ware in den Einkaufswagen statt, sondern erst dann, wenn der Supermarkt nach dem erfolgreichen Bezahlvorgang verlassen wird<sup>1</sup>. Demnach ist der Supermarkt bis zum Bezahlvorgang an der Kasse Eigentümer des Toilettenpapiers. A ist nicht Eigentümer des Toilettenpapiers geworden und damit nicht aktivlegitimiert für einen Anspruch gem. § 985 BGB.

##### II. Anspruch des A gegen B gem. § 861 BGB

A hat einen Anspruch auf Herausgabe des Toilettenpapiers gegen B gem. § 861 BGB, wenn ihm als früherem Besitzer der unmittelbare Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde, B ferner fehlerhaft besitzt und kein Ausschlussgrund gem. § 861 Abs. 2 BGB vorliegt.

##### 1. Besitz des A am Toilettenpapier

Zunächst müsste A der frühere Besitzer des Toilettenpapiers gewesen sein, d.h. die tatsächliche Sachherrschaft darüber ausgeübt haben<sup>2</sup>. Nach dem objektiven Empfängerhorizont und der Verkehrssitte hatte A, indem er das Toilettenpapier in seinen Einkaufswagen legte, unmittelbaren Zugriff und damit tatsächliche Sachherrschaft über das Toilettenpapier. Andererseits befindet sich A nach wie vor im Herrschaftsbereich des Supermarktes. Ebenfalls nach Gesichtspunkten der Verkehrssitte und der gemeinhin geltenden sozialen Anschauung hat der Supermarktinhaber wohl aber übergeordneten Gewahrsam an allen seinen angebotenen Waren und jeder Kunde, damit auch A, bis zum Beenden des Bezahlvorgangs keinerlei eigenständige Besitzrechte an den Waren gegenüber dem Supermarktinhaber selbst. Jedenfalls hat A aber eine besitzähnliche Position gegenüber anderen Kunden an den von ihm in seinen Einkaufswagen gelegten Waren, denn es widerspräche auch jeder sozialen Anschauung, wenn Kunden die Waren ohne jeglichen Grund aus den Einkaufswagen anderer Kunden wieder herausnehmen könnten. Die Zuweisung von Besitzschutz gegenüber anderen Kunden, sozusagen als „Reservierung“ von Ware für den Einkauf, ist sinnvoll und auch gewollt. A hatte demnach Besitz an dem in seinem Einkaufswagen befindlichen Toilettenpapier<sup>3</sup>.

##### 2. Besitzentzug durch verbotene Eigenmacht

Zu prüfen ist ferner, ob der unmittelbare Besitz des A durch verbotene Eigenmacht seitens B gem. § 858 Abs. 1 BGB entzogen worden ist. Verbotene Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB ist jede gesetzlich nicht gestattete Handlung, die den unmittelba-

<sup>1</sup> Betreiber von *Selbstbedienungsläden* bieten ihren Kunden die Übereignung der Ware nach hM. im Zweifel nicht schon mit deren Auslage an; vielmehr erfolgt die Übereignung erst mit der Bezahlung an der Kasse, vgl.: *Klinck*, in: BeckOGK (1.7.2020), § 929 Rn. 65.1 mwN.

<sup>2</sup> *Berger*, in: Jauernig, 17. Aufl. (2018), § 854 Rn. 1-7; *Götz*, in: BeckOGK (1.7.2020), § 854 Vorbem.

<sup>3</sup> Die Kunden im Supermarkt haben unmittelbaren Besitz an den Waren in ihren Einkaufswagen, siehe auch: *Schulze* NJW 2000, 2876 (2878).

ren Besitzer ohne dessen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache beeinträchtigt<sup>4</sup>. A hat B das Toilettenpapier nicht zum Gebrauch überlassen und auch seine Sachherrschaft über das Toilettenpapier nicht willentlich aufgegeben; B hat sich vielmehr das Toilettenpapier aus dem Einkaufswagen des A genommen. Dieser Besitzentzug war auch nicht iSd. § 858 Abs. 1 BGB gestattet, weil B möglicherweise einen Anspruch auf Herausgabe des Toilettenpapiers hatte. A ist somit der unmittelbare Besitz durch verbotene Eigenmacht seitens B gem. § 858 Abs. 1 BGB entzogen worden.

### 3. Fehlerhaftigkeit des Besitzes des B

B besitzt das Toilettenpapier fehlerhaft iSd. § 858 Abs. 2 S. 1 BGB, er hat die verbotene Eigenmacht selbst begangen.

### 4. Einwand des Eigentums?

Fraglich ist, ob B als (späterem) Eigentümer des Toilettenpapiers der Einwand des Eigentums am Toilettenpapier zusteht und er dem A daher dessen Besitz am Toilettenpapier durch verbotene Eigenmacht berechtigterweise entziehen durfte. Zum einen ist B im Zeitpunkt der Ausübung der verbotenen Eigenmacht noch kein Eigentümer des Toilettenpapiers. Er hat erst mit Beendigung des Bezahlvorgangs Eigentum am Toilettenpapier gem. § 929 S. 1 BGB erlangt. Des Weiteren ergibt sich aus § 863 BGB klar, dass petitorische Rechte zum Besitz dem Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB nicht entgegengehalten werden können. § 863 BGB will gerade verhindern, dass unter Berufung auf ein Besitzrecht unzulässige Selbsthilfe verübt wird<sup>5</sup>.

### 5. Ergebnis

A hat einen Anspruch auf Herausgabe des Toilettenpapiers gem. § 861 BGB gegen B.

## III. Anspruch des A gegen B gem. §§ 1007 Abs. 1 und 2 BGB

A könnte einen Anspruch gegen B auf Herausgabe des Toilettenpapiers gem. § 1007 Abs. 1 BGB haben. Erforderlich ist, dass der Anspruchsteller, A, früherer Besitzer, der Anspruchsgegner, B, gegenwärtiger Besitzer des Toilettenpapiers ist, und B bei Besitzerwerb nicht in gutem Glauben war. Ferner darf kein Ausschlussgrund gem. § 1007 Abs. 3 BGB vorliegen. A war, wie bereits geprüft, früherer Besitzer des Toilettenpapiers. B übt nun als Eigentümer die tatsächliche Sachherrschaft aus, ist also nun (auch) Besitzer des Toilettenpapiers. Fraglich ist, ob B bei Besitzerwerb nicht in gutem Glauben war. B ging bei Besitzerwerb davon aus, dass A zumindest Eigentümer des Toilettenpapiers werden wollte, weshalb er dieses auch in seinen Einkaufswagen gelegt hatte, um seine „Besitzposition“ am der Einkaufsware gegenüber anderen Kunden des Supermarktes zu sichern. B war daher bei Besitzerwerb nicht gutgläubig. Es könnte jedoch ein Ausschlussgrund nach § 1007 Abs. 3 S. 2 iVm § 986 BGB vorliegen, wonach ein Herausgabeanspruch dann ausgeschlossen ist, wenn der gegenwärtige Besitzer dem früheren Besitzer gegenüber ein Recht zum Besitz hat. B hat Eigentum am Toilettenpapier erworben und damit ein dingliches Besitzrecht, welches gegenüber jedermann und damit auch gegenüber dem früheren Besitzer, wirkt. Der Anspruch ist ausgeschlossen. Folglich hat A

keinen Anspruch gegen B auf Herausgabe des Toilettenpapiers gem. § 1007 Abs. 1 und 2 BGB.

## IV. Anspruch des A gegen B gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var.2 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Toilettenpapiers gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var.2 BGB haben.

Hierfür müsste B in sonstiger Weise auf Kosten des A ohne rechtlichen Grund etwas erlangt haben.

### 1. Etwas erlangt

„Etwas erlangt“ bezeichnet jedwede Verbesserung der Vermögenslage des Bereicherungsschuldners, womit auch Gebrauchsvorteile oder sonstige Nutzungen gemeint sein können<sup>6</sup>. Als Bereicherungsgegenstand kommt der Besitz am Toilettenpapier in Betracht. Diesen Besitz hat B dem A auf dessen Kosten entzogen.

### 2. Ohne rechtlichen Grund

Fraglich ist, ob B dem A den Besitz ohne rechtlichen Grund entzogen hat, sprich, ob zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs ein Behaltensgrund des B besteht. In Betracht kommt das Eigentum des B am Toilettenpapier als Rechtsgrund.

B hat mit Beendigung des Bezahlvorgangs Eigentum am Toilettenpapier gem. § 929 S. 1 BGB erlangt. § 863 BGB findet vorliegend keine Anwendung. Da ein späterer Wegfall des Rechtsgrunds schadet, muss auch ein späteres Entstehen relevant sein. Die Einschränkungen des § 863 BGB gelten nur für die Besitzschutzansprüche nach § 861 BGB und § 862 BGB. Erhebt der Besitzer wegen der verbotenen Eigenmacht dagegen – außerhalb des possessorischen Besitzschutzes – andere Ansprüche gegen den Täter, gelten keine vergleichbaren Einschränkungen. Bs Eigentum am Toilettenpapier ist daher einen Rechtsgrund.

A hat gegen B keinen Anspruch auf Herausgabe des Toilettenpapiers gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var.2 BGB.

## V. Anspruch des A gegen B auf Schmerzensgeld gem. § 823 Abs. 1 BGB

Fraglich ist, ob A gegen B ein deliktischer Schadensersatzanspruch auf Schmerzensgeld gem. § 823 Abs. 1 BGB zusteht. Voraussetzung für den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist, dass B widerrechtlich und schuldhaft ein durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut des A verletzt hat.

### 1. Rechtsgutverletzung

Indem A sich die von B aus seinem Wagen entnommene Toilettenpapierpackung zurückholen wollte und B ihn mit Gewalt dergestalt daran gehindert hatte, dass er ihn, A, schubste, er infolgedessen hinfiel und sich den Arm gebrochen hatte, hat B den A an dessen Körper und an seiner Gesundheit verletzt. Der Armbruch des A stellt einen Eingriff in dessen körperliche Integrität und sein gesundheitliches Wohlbefinden dar. Folglich liegen eine Körperverletzung und auch eine Gesundheitsverletzung vor.

<sup>4</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 858 Rn. 2; Fritzsche, in: Hau/Po-seck, BeckOK BGB, 55. Ed. (1.8.2020), § 858 Rn. 4-5.

<sup>5</sup> Vgl. Schäfer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 863 Rn. 1; Götz, in: BeckOGK (1.7.2020), § 863 Rn. 9.

<sup>6</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.

## 2. Widerrechtlichkeit

Das Handeln des B müsste außerdem widerrechtlich und damit rechtswidrig sein. Wie die Rechtswidrigkeit zu bestimmen ist, wird nicht einheitlich beurteilt.

### a) Lehre vom Erfolgsunrecht

Nach herrschender Ansicht, der sog. Lehre vom Erfolgsunrecht, indiziert die Tatbestandsmäßigkeit (also Verletzungshandlung und Verletzungserfolg) als Verstoß gegen die Rechtsordnung die Rechtswidrigkeit. Diese entfalle nur dann, wenn Rechtfertigungsgründe eingriffen (z. B. solche nach den §§ 227-230, 904 BGB)<sup>7</sup>. Rechtfertigungsgründe zugunsten des B, insbesondere eine Notwehrsituation, sind nicht ersichtlich. Auch eine Rechtfertigung des B durch Besitzkehr nach § 859 Abs. 2 und 3 BGB kommt nicht in Betracht, denn der Besitz des B am Toilettenpapier wurde nicht durch verbotene Eigenmacht seitens A entzogen, als dieser die Toilettenpapierpackung aus dem Einkaufswagen des B (zurück)nehmen wollte. Vielmehr lag bereits seitens B verbotene Eigenmacht auf die Besitzposition des A vor, indem er die Toilettenpapierpackung vorher aus dem Einkaufswagen des A herausnahm. Widerrechtlichkeit liegt vor.

### b) Lehre vom Handlungsunrecht

Eine abweichende Meinung, die sog. Lehre vom Handlungsunrecht, nimmt an, die Rechtswidrigkeit müsse für jeden Fall eines Schadensersatzanspruchs positiv festgestellt werden. Nach dieser Ansicht setzt die Rechtswidrigkeit einen Verstoß gegen die Rechtsordnung bzw. ein gegen die erforderliche Sorgfalt verstoßendes Verhalten voraus<sup>8</sup>. B hat A mit Absicht und nicht nur versehentlich geschubst, dass dieser die Toilettenpapierpackung nicht aus seinem Einkaufswagen nimmt. Er hat damit gegen die Rechtsordnung, Rechtsgüter und Regel, Rechte anderer nicht zu verletzen, verstoßen und sich damit sorgfaltswidrig verhalten. Auch nach dieser Meinung handelte B rechtswidrig.

### c) Zwischenergebnis

Beide Ansichten kommen zu demselben Ergebnis; der Meinungsstreit muss nicht entschieden werden. B handelte rechtswidrig.

## 3. Schaden

Dem A müsste ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbuße und grundsätzlich nach der Differenzhypothese zu ermitteln. Danach liegt ein solcher vor, wenn der Wert des Vermögens ohne das schädigende Ereignis im Vergleich mit dem Wert des Vermögens nach dem Ereignis geringer ist<sup>9</sup>.

### a) Kosten für die Krankenhausbehandlung

Die Kosten für die Krankenhausbehandlung hinsichtlich seines gebrochenen Armes musste A gezwungenermaßen aufwenden. Dadurch hat sich sein Vermögen verringert. Die Kosten wären nicht entstanden, wenn B dem A durch sein Geschubse den Arm nicht gebrochen hätte. A hat einen Vermögensschaden erlitten. Der Anspruch des A auf Ersatz der Behandlungskosten ergibt sich aus § 249 Abs. 2 S. 1 BGB.

### b) Schmerzensgeld

Zudem könnte A von B Schmerzensgeld verlangen. Aus § 253 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass für einen immateriellen Schaden grundsätzlich kein Geldentschädigungsanspruch besteht, sondern nur in den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen. Als eine solche gesetzliche Regelung käme § 253 Abs. 2 BGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann u.a. bei einer Körper- und Gesundheitsverletzung eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden<sup>10</sup>. Zur Bestimmung ist § 287 ZPO heranzuziehen, wonach die Höhe dieses Schmerzensgelds im Ermessen des Richters liegt und in der Praxis anhand von Tabellen mit Präzedenzfällen ermittelt wird. Da dabei zahlreiche Faktoren wie z.B. das Maß der Schmerzen, die Dauer der Beeinträchtigung und persönlichen Vermögensverhältnisse des Verletzenden eine Rolle spielen, kann hier nur das Bestehen des Anspruchs, nicht aber dessen Höhe festgestellt werden.

### c) Drittschadensliquidation

Fraglich ist, ob ein Schaden der Eltern nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation anzunehmen ist, weil diese, infolge des gebrochenen Armes ihres Sohnes und dessen Unfähigkeit sich um seine Eltern zu kümmern, einen Lieferservice beauftragen mussten und dadurch Mehrkosten in Höhe von 200 EUR monatlich hatten. Der Drittschadensliquidation liegt die Situation zugrunde, dass der Schädiger, B, gegenüber dem Geschädigten, A, eine unerlaubte Handlung begangen hat. Hierdurch müsste einem Dritten, den Eltern, ein Vermögensschaden entstanden sein, ihnen steht jedoch rechtlich kein eigener Anspruch gegenüber dem Schädiger zu. Der Geschädigte hat dagegen einen Anspruch, aber keinen Schaden. Die Rechtsgutverletzung erfolgt demnach bei einer anderen Person als derjenigen, die den Schaden erleidet<sup>11</sup>. Dies ist abzulehnen, denn der verursachte Schaden (Verletzung des A) ist nicht zufälligerweise von dem Anspruchsberechtigten auf einen Dritten, die Eltern des A, verlagert worden. Es fehlt an der zufälligen Schadensverlagerung, vielmehr ist mit den monatlichen Mehrausgaben iHv. 200 EUR ein zusätzlicher Schaden entstanden.

### d) Ersatzfähigkeit

Fraglich ist, ob diese Schadensposition nach § 842 BGB ersatzfähig ist. Hiernach erstreckt sich die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt. Dafür streitet im Lichte einer erweiternden Auslegung, dass A für seine Eltern eine Unterhaltungspflicht aus § 1601 BGB trifft. Jedoch ist es weder für seinen Erwerb noch für sein Fortkommen Bestandteil, dass er sich um seine lungenkranken Eltern kümmert und für sie einkaufen geht. Vielmehr handelt es sich um einen Schaden der Eltern, also einen Drittschaden. Die Schadensposition ist demnach nicht nach § 842 BGB ersatzfähig.

<sup>7</sup> Förster, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 55. Ed. (1.8.2020), § 823 Rn. 18-23; Teichmann, in: Jauernig, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 48-51.

<sup>8</sup> Staudinger, in: Schulze/Dörner u.a., HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 823 Rn. 73; Wagner, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 823 Rn. 5-7.

<sup>9</sup> Förster, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 55. Ed. (1.8.2020), § 823 Rn. 45, 46.

<sup>10</sup> Walker, in: Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 44. Auflage (2020), § 29 Rn. 4a, 5.

<sup>11</sup> Walker, in: Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 44. Auflage (2020), § 29 Rn. 14.



## B) Ansprüche der Eltern gegen B

Fraglich ist, welche Ansprüche die Eltern gegen B haben. In Betracht kommt ein Ersatzanspruch gem. § 844 Abs. 2 BGB bei Tötung. Dieser scheidet jedoch bereits an der ersten Voraussetzung, denn A wurde nicht getötet, sondern nur am Arm verletzt.

Auch eine analoge Anwendung scheidet aufgrund des eindeutigen Wortlautes aus. Vielmehr gibt es mit § 845 S.1 BGB eine Norm, die Ersatzansprüche wegen entgangener Dienste regelt. Hierfür müsste Verletzte, A, kraft Gesetzes einem Dritten, seinen Eltern, zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen verpflichtet sein. Fraglich ist, ob A mit seinen coronabedingten Einkaufsdiensten dem Hauswesen seiner Eltern verpflichtet ist. Entscheidend ist dabei die gesetzliche Verpflichtung zur Dienstleistung<sup>12</sup>. Einer gesetzlichen Dienstleistungspflicht iSd. § 845 BGB unterliegen heute nur noch Kinder, solange sie dem elterlichen Hausstand angehören und von den Eltern erzogen oder unterhalten werden, § 1619 BGB<sup>13</sup>. A gehört weder dem elterlichen Hausstand an noch wird er von seinen Eltern unterhalten. Ihm obliegt daher keine gesetzliche Dienstleistungspflicht iSd. § 845 BGB. Freiwillige Dienste auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage, das heißt ohne jede gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung, wie das Einkaufen von Lebensmitteln in Krisenzeiten, ist keine Dienstleistung<sup>14</sup>. § 845 BGB ist daher weder direkt noch analog anwendbar<sup>15</sup>.

Damit ist A nicht dem Hauswesen seiner Eltern verpflichtet, sie haben keinen Anspruch gegen B gem. § 845 S.1 BGB<sup>16</sup>.

## C) Ansprüche der P gegen den Supermarkt

Fraglich ist, welche Ansprüche P aufgrund der zusätzlichen 30 Minuten Fahrtzeit sowie der 5 EUR Mehrkosten zustehen.

### I. §§ 19 Abs. 1, 21 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AGG gegen den Supermarkt

In Betracht kommt ein Anspruch der P gem. §§ 19 Abs. 1, 21 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AGG gegen den Supermarkt. Danach ist eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung **zivilrechtlicher** Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, unzulässig. Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. P ist Pflegerin auf einer Covid-19-Station des nächstgelegenen Krankenhauses. Damit erfüllt sie keine der von § 19 Abs. 1 AGG auf-

geführten potenziellen Diskriminierungsmerkmale. P hat keinen Anspruch gem. §§ 19 Abs. 1, 21 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AGG gegen den Supermarkt.

### II. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB gegen den Supermarkt

P könnte gegen den Supermarkt wegen der Verletzung einer vorvertraglichen Rücksichtnahmepflicht einen Anspruch gem. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens in Höhe von 5 EUR sowie der zusätzlich aufgewendeten Fahrtzeit haben.

§ 311 Abs. 2 BGB regelt, unter welchen Voraussetzungen ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit gegenseitigen Schutzpflichten entsteht. Es muss sich um einen geschäftlichen Kontakt handeln, irgendein „sozialer Kontakt“ etwa im Sinne einer bloßen räumlichen Nähe reicht hierfür nicht aus. Ein solches vorvertragliches Schuldverhältnis entsteht nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen, nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit Vertragsanbahnung oder nach § 311 Abs. 1 Nr. 3 BGB bei ähnlichen geschäftlichen Kontakten<sup>17</sup>. Indem P den Supermarkt zum Zwecke des Vertragsschlusses betreten möchte, liegt ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor. Der Supermarkt müsste eine Pflicht verletzt haben, indem die Security die P des Supermarktes aufgrund ihrer Tätigkeit auf der Covid-Station des Krankenhauses verwies. Ausfluss der Privatautonomie ist, dass zwischen Privatpersonen grundsätzlich kein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages besteht. Eine Pflichtverletzung seitens des Supermarktes durch die Security, § 278 BGB, läge damit nicht vor. Allerdings handelt es sich bei dem Supermarkt um eine Leistung der Daseinsvorsorge. Einrichtungen mit einer monopolartigen Stellung im Bereich der Daseinsvorsorge unterliegen gegenüber den Endverbrauchern grundsätzlich einem mittelbaren Kontrahierungszwang<sup>18</sup>. Im Wohnort der P gibt es keinen anderen Supermarkt, der Supermarkt hat damit eine monopolartige Stellung im Wohnort der P. Durch die Verweigerung eines potenziellen Vertragsschlusses mit P verletzt der Supermarkt durch ihre Security eine vorvertragliche Pflicht.

Durch die Pflichtverletzung des Supermarktes müsste P ein Schaden entstanden sein. Indem P wöchentlich zusätzlich 30 Minuten Fahrtzeit sowie 5 EUR Mehrkosten aufwenden muss, um ihre Einkäufe zu tätigen, ist ihr ein Vermögensschaden infolge des Nichtzustandekommens eines Vertrages mit dem Supermarkt in ihrem Wohnort entstanden. Dieser Schaden ist dem Supermarkt auch zurechenbar, § 278 BGB.

Ergebnis: P hat gegen den Supermarkt wegen der Verletzung einer vorvertraglichen Rücksichtnahmepflicht einen Anspruch gem. §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1 BGB auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens in Höhe von 5 EUR sowie der zusätzlich aufgewendeten Fahrtzeit.

### III. § 823 Abs. 1 BGB gegen den Supermarkt

P hat gegen den Supermarkt keinen Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens in Höhe von 5

<sup>12</sup> Eichelberger, in: BeckOGK (1.8.2020), § 845 Rn. 11.

<sup>13</sup> Teichmann, in: Jauernig, 17. Aufl. (2018), § 845 Rn. 1-2; Eichelberger, in: BeckOGK (1.8.2020), § 845 Rn. 12 mwN.

<sup>14</sup> BGHZ NJW 1998, 307 (309); OLG Celle NJW 1988, 2618 für die kraft Satzung und Gelübde erbrachte unentgeltliche Tätigkeit eines Ordensbruders.

<sup>15</sup> BGH NJW 1962, 1612; VersR 1960, 132 (133); Wagner, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 845 Rn. 9.

<sup>16</sup> A.A. vertretbar.

<sup>17</sup> Walker, in: Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 44. Auflage (2020), § 5 Rn. 4-7.

<sup>18</sup> Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 44. Auflage (2020), § 8, Rn. 44-46.

EUR sowie der zusätzlich aufgewendeten Fahrtzeit. Das reine Vermögen ist kein anerkanntes schützenswertes Rechtsgut des § 823 Abs. 1 BGB.

#### IV. § 826 BGB gegen den Supermarkt

P könnte gegen den Supermarkt einen Anspruch gem. § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung haben.

##### 1. Schadenszufügung in sittenwidriger Weise

Voraussetzung des § 826 BGB ist, dass die Schadenszufügung in sittenwidriger Weise erfolgt ist. Im vorliegenden Fall hat die Supermarkt-Security der P das Einkufen in diesem Supermarkt verboten, da P als Pflegerin auf einer Covid-19-Station arbeitet. Hierdurch wurde das Vermögen der P geschädigt, da Sie Mehrkosten für ihren Einkauf in einem anderen Supermarkt aufwenden musste. Ein kausaler ersatzfähiger Schaden liegt vor; P durfte davon ausgehen, im Supermarkt generell nicht mehr erwünscht zu sein. Der Supermarkt hat den Schaden der P vorsätzlich herbeigeführt.

##### 2. Besondere Umstände

Jedoch ist nicht jede vorsätzliche Schadenszufügung zugleich als sittenwidrig anzusehen, da sonst der gem. § 826 BGB mögliche Ersatz reiner Vermögensschäden zu stark ausgedehnt würde. Es müssen daher besondere Umstände<sup>19</sup> zum Vorsatz hinzukommen, die das schädigende Verhalten als moralisch verwerflich, sprich sittenwidrig, erscheinen lassen. Eine Schadenszufügung ist sittenwidrig, wenn sie „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“<sup>20</sup>. Grundsätzlich ist es mit obiger Begründung<sup>21</sup> allein die privatautonome Entscheidung der (Vertrags)Parteien, mit wem sie Verträge eingehen möchten; sie suchen sich selbst ihren Vertragspartner aus. Diese Privatautonomie wird allerdings dann eingeschränkt, wenn es sich um Einrichtungen mit einer monopolartigen Stellung im Bereich der Daseinsvorsorge handelt. Gegenüber den Endverbrauchern besteht daher grundsätzlich ein mittelbarer Kontrahierungszwang – so auch im Fall. Der Supermarkt S ist der einzige seiner Art im Wohnort der P; er bietet Waren des alltäglichen Lebensbedarfs an. Demnach läge eine sittenwidrige Schädigung vor und P hätte einen Anspruch gem. § 826 BGB. Eine Ausnahme vom mittelbaren Kontrahierungszwang kann nur dann angenommen werden, soweit ein wichtiger Grund dies erfordert. In Betracht kommt vorliegend das Risiko einer erhöhten Infektionsgefahr für alle übrigen Kunden des Supermarktes, wenn eine Pflegerin, die auf einer Covid-19-Station arbeitet, in einer zentralen, lebensnotwendigen Örtlichkeit wie einem Supermarkt verkehrt. Andererseits führt dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Stigmatisierung des Pflegepersonals; es wird ohne Anhaltspunkt im Vorfeld bereits selbst wie krank behandelt und ausgegrenzt. Es handelt sich demnach nur um einen berufsbedingten Verdacht und damit nicht um einen wichtigen Grund, der eine Ausnahme vom mittelbaren Kontrahierungszwang rechtfertigt.

<sup>19</sup> BGH VersR 2001, 1431 f.; VersR 2013, 200 (Rn. 25); NJW 2020, 1962 (Rn. 15); OLG Düsseldorf NJW 2018, 1615 (Rn. 29).

<sup>20</sup> RGZ 48, 114 (124); BGHZ 10, 232.

<sup>21</sup> S.o.

<sup>22</sup> Auch möglich: Vertrag zugunsten Dritter; die Mitarbeiter haben sodann eigene Rechte gegenüber der T-AG.

### 3. Ergebnis

P hat gegen den Supermarkt einen Anspruch gem. § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung.

#### Aufgabe 2:

##### A) Rückzahlung des Reisepreises

Fraglich ist, ob K und L einen Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises gem. § 346 iVm. §§ 651i, 651m BGB haben.

##### I. Reisevertrag, § 651a BGB

Hierfür müsste ein Reisevertrag gem. § 651a BGB zwischen K, L und der T-AG zustande gekommen sein. Gebucht hatte die Tour die Gemeinde für ihre Mitarbeiter und damit in deren Auftrag gem. § 164 BGB. Es ist ein wirksamer Reisevertrag zwischen den Mitarbeitern und der T-AG zustande gekommen<sup>22</sup>.

##### II. Reisemangel, § 651i BGB

Eine Reise ist mangelhaft im Sinne des § 651i Abs. 1 BGB, wenn sie mit einem Fehler behaftet ist, welcher den mit der Reise bezweckten Nutzen aufhebt/ mindert oder wenn ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Üblicherweise ist unter einem Fehler die Abweichung des Ist- vom Sollzustand zu verstehen<sup>23</sup>.

##### 1. Darminfektion des L

Die Darminfektion des L, verursacht durch ein mit Shigellien verunreinigtem Essen in einem vom Hotel empfohlenen Restaurant, könnte einen Reisemangel darstellen. Fraglich ist, ob es sich dabei um einen Reisemangel oder nur um ein – einen Mangel ausschließendes – allgemeines Lebensrisiko handelt. Grundsätzlich stellt verunreinigtes und krankheitsbegründendes Essen einen **Reisemangel** dar, denn Mahlzeiten dürfen nicht mit gefährlichen Bakterien belastet sein. Problematisch ist allerdings, ob dieser Reisemangel der T-AG als Veranstalterin zurechenbar ist. Der Reiseveranstalter haftet verschuldensunabhängig für den Erfolg der Reise und trägt grundsätzlich die Gefahr des Gelingens<sup>24</sup>. Der Reiseveranstalter haftet zudem nicht nur dann, wenn er selbst Verkehrssicherungspflichten in Form von Überwachungspflichten verletzt, sondern auch bei einer Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht durch einen Leistungsträger. Dieser ist Erfüllungsgehilfe des Reiseveranstalters. Die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht wird sodann dem Reiseveranstalter gemäß § 278 BGB zugerechnet. Das Hotel, welches Erfüllungsgehilfe der T-AG ist, hat mit der Empfehlung eines schlechten Restaurants seine Verkehrssicherungspflicht verletzt. Diese wird sodann der T-AG gem. § 278 BGB zugerechnet. Ein Reisemangel iSd. § 651i BGB liegt vor<sup>25</sup>.

##### 2. Diebstahl

Fraglich ist, ob es einen Reisemangel darstellt, dass K auf der Reise bestohlen wurde. In der Urlaubsregion bestohlen zu werden stellt mithin ein allgemeines, den Reisenden treffendes Lebensrisiko dar<sup>26</sup> und ist der T-AG als Reiseveranstalter nicht zurechenbar. Es liegt kein Reisemangel diesbezüglich vor.

<sup>23</sup> Tonner, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 651i Rn. 15-17; Klingberg, in: BeckOGK (1.8.2020), § 651i Rn. 18, 19; Sorge, in: BeckOGK (1.7.2020), § 651i Rn. 3.

<sup>24</sup> Tonner, Der Reisevertrag, 5. Aufl. (2007), S. 97.

<sup>25</sup> AA. kein Mangel, weil der Besuch des Restaurants nicht seitens des Hotels organisiert wurde, es blieb lediglich bei einer Empfehlung.

<sup>26</sup> Vgl.: BeckRS 2006, 1254; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 776; LG Hannover RRa 2006, 220; LG Berlin NJW 1985, 144; LG Duisburg RRa 2005, 225; LG

### 3. abgebrochene Besteigung des Mulhacen

Fraglich ist, ob die abgebrochene Besteigung des Mulhacen einen Reisemangel iSd. § 651i BGB darstellt. Dafür streitet, dass ebenselbe Besteigung angekündigter Teil der Reise und damit eine eigenständige Reiseleistung darstellte. Dagegen streitet, dass die Besteigung nur aufgrund der ungünstigen Witterung abgebrochen werden musste und es generell keine Garantie für den anschließenden Gipfelerfolg geben kann. Im Allgemeinen trägt nämlich der Kunde das Wetter- und Witterungsrisiko, so dass Schlechtwetter in seinen Verantwortungsbereich fällt<sup>27</sup>. In soweit verwirklicht sich das allgemeine Lebensrisiko, die abgebrochene Besteigung des Mulhacen stellt keinen Reisemangel dar<sup>28</sup>.

### 4. Corona-Ausgehbeschränkungen

Fraglich ist, ob die Corona-Ausgehbeschränkungen einen Reisemangel iSd. § 651i BGB darstellen. Während der Corona-Krise kam es vermehrt zu Beanstandungen; so musste die Gruppe für sieben Tage im Hotel bleiben und durfte es nicht verlassen; auch die geplante und angekündigte Besichtigung der Alhambra sowie des Klosters San Geronimo mussten unterbleiben. Bei derartigen coronabedingten Beeinträchtigungen eignet sich die Reise wohl nicht für den gewöhnlichen Nutzen oder weist jedenfalls nicht die bei solchen Arrangements übliche Beschaffenheit auf, sodass gemäß § 651i Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB ein Reisemangel vorliegt. Gleiches gilt laut § 651i Abs. 2 S. 3 BGB bei ausgefallenen oder verspäteten Leistungen. Für die Einordnung kommt es nicht darauf an, ob der Veranstalter die Beanstandung zu vertreten hat, denn der Reiseveranstalter haftet verschuldensunabhängig für den Erfolg der Reise und trägt grundsätzlich die Gefahr des Gelingens<sup>29</sup>. Folglich handelt es sich bei den Corona-Ausgehbeschränkungen und den weiteren Beeinträchtigungen um Reisemängel, auch, wenn die Beeinträchtigung auf außergewöhnlichen Umständen beruht<sup>30</sup>.

### 5. Absagen des Rückfluges/Frühes Aufstehen

Fraglich ist, ob das Absagen des Rückfluges und das damit verbundene frühere Aufstehen, um den früheren Flug zu bekommen, einen Reisemangel iSd. § 651i BGB darstellt. Eine erhebliche Beeinträchtigung könnte darin liegen, dass der Reisegenuss durch das frühe Aufstehen beeinträchtigt ist. Es ist unangenehm, nachts um 2 Uhr aufzustehen, um ein Taxi an den Flughafen zu nehmen. Andererseits könnte ein objektiver Maßstab aus der Sicht eines normalen Durchschnittsreisenden anzulegen sein. Danach ließe sich nicht erkennen, warum ein Flug, der am selben Tag von demselben Abflughafen starten wird, eine erhebliche Umstellung und damit gegenüber einem Flug, der erst spä-

ter am Tag fliegt, sich überhaupt als minderwertig darstellt, vielmehr handelt es sich um eine unerhebliche Beeinträchtigung der Passagiere, denn das Ziel ist die taggenaue Rückkehr. Das Absagen des Rückfluges und das damit verbundene frühere Aufstehen, um den früheren Flug zu bekommen, stellt daher keinen Reisemangel iSd. § 651i BGB dar<sup>31</sup>.

### III. Ausschluss der Rechte wegen unterbliebener Mängelanzeige, § 6510 Abs. 2 Nr.1 BGB

Fraglich ist, ob der Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises wegen oben geprüfter Mängel ausgeschlossen ist, weil weder K noch L gem. § 6510 Abs. 2 Nr.1 BGB die Mängel angezeigt haben. Nach Sinn und Zweck ist eine Mängelanzeige denkwürdigerweise nur dann geboten, wenn Abhilfe realistischere Weise möglich gewesen wäre. Dies ist nicht der Fall. Die T-AG hätte bei keinem der Mängel Abhilfe schaffen können, die Lebensmittel waren bereits verunreinigt gegessen worden und ein Reisender wurde bereits bestohlen; auch auf das Wetter hätte die T-AG keinen Einfluss nehmen können. Es erscheint zudem überzeugend, dass es bei pandemiebedingten Schließungen oder Ausfällen keiner Mängelanzeige nach § 6510 Abs. 1 BGB bedarf, das Erfordernis einer Mängelanzeige in Fällen von offenkundigen und dem Veranstalter bekannten pandemiebedingten Beeinträchtigungen der Reise ist daher eine verzichtbare Förmerei<sup>32</sup>. Für die Dauer der Beanstandung mindert sich der Reisepreis nach § 651m Abs. 1 S. 1 BGB, er ist demnach teilweise zurückzuerstaten.

### B) Anspruch auf Entschädigung

Fraglich ist, ob K und L wegen erheblicher Beeinträchtigung der Reise und damit nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit gem. § 651n Abs. 2 BGB eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen können.

1. Hierfür müsste die Reise erheblich beeinträchtigt worden sein. Nach der neueren Rspr. des BGH muss bei der Feststellung einer erheblichen Beeinträchtigung eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorgenommen werden<sup>33</sup>. Dabei sind der Zweck und die konkrete Ausgestaltung der Reise sowie die Art und Dauer der Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Durch die Bejahung der oben geprüften Reisemängel wurde das Urlaubs- und Erholungserlebnis der Reise erheblich beeinträchtigt.

2. Fraglich ist, ob diese Beeinträchtigung ausnahmsweise nicht zu einem Schadensersatzanspruch führt, weil die Ausschlussklauseln nach § 651n Abs. 1 BGB anwendbar sind. Dafür spricht, dass die Norm als Gesamtheit zu betrachten ist und der Telos der Norm des Absatzes 1 auch auf ihren Absatz 2 Anwendung

Frankfurt a.M. RRA 2000, 8 (9); AG Baden-Baden RRA 1996, 107; AG Duisburg-Hamborn RRA 2001, 123 betr. Einbruchdiebstahl.

<sup>27</sup> Ausführlich zum „allgemeinen Lebensrisiko“ auf Pauschalreisen, *Rodegra*, MDR 2002, 919 ff; siehe auch: OLG Frankfurt 1992, 195-196 zum Reisemangel aufgrund stürmischer See.

<sup>28</sup> Es handelt sich bei einer ausgefallenen, aber vertraglich vereinbarten Besichtigung einer der bekanntesten Sehenswürdigkeiten im Zielgebiet vielmehr um eine erhebliche Modifikation der Reise iSv § 651g Abs. 1 S. 3 BGB und berechtigt zum Rücktritt, so auch: BGH, NJW 2018, 1534 (1535), zum entfallenen Besuch des Platzes des Himmlischen Friedens und der Verbotenen Stadt als zentrales Element bei einem Pekingaufenthalt.

<sup>29</sup> *Sorge*, in: BeckOGK (1.7.2020), § 651i Rn. 69; *Staudinger*, in: Führich/Staudinger, Reiserecht, 8. Auflage (2019), § 17 Rn. 8; *Ruks*, Die Haftung für außergewöhnliche Umstände (2021), S. 91; *Staudinger/Achilles-Pujol*, in: Schmidt, COVID-19, 2. Aufl. (2020), § 7 Rn. 38.

<sup>30</sup> AA vertretbar – Begründung: außerhalb des Verantwortungsbereichs des Veranstalters.

<sup>31</sup> Ein Reisemangel ist wohl erst dann anzunehmen, wenn ein Veranstalter den An- oder Abreisetermin bei einer Flugreise dergestalt ändert, indem er diese um einen ganzen Tag vorverlegt, vgl.: AG München RRA 2004, 81 oder die Rückreise erst in der folgenden Nacht des vereinbarten Abreisetages stattfindet, vgl.: AG Hannover RRA 2004, 79.

<sup>32</sup> *Ruks*, Die Haftung für außergewöhnliche Umstände (2021), S. 160 ff.; für eine nicht erforderliche Anzeige bei Kenntnis des Veranstalters: *Tonner*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 6510 Rn. 8.

<sup>33</sup> BGH NJW 2013, 3170 – Grönland-Fall; RRA 2012, 170.

findet. Danach kann der Reisende keine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wenn der Reisemangel durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände verursacht wurde, § 651n Abs. 1 Nr.3 BGB. Der komplette „Lockdown“ einer Region infolge der unvorhersehbaren Corona-Pandemie ist solch ein außergewöhnlicher Umstand.

3. Ergebnis: K und L können gem. § 651n Abs. 2 BGB keine angemessene Entschädigung in Geld verlangen können.

► **Inhaltsverzeichnis**



## KLAUSUR – STRAFRECHT

Dipl. Jur. Jan-Martin W.T. Schneider<sup>\*</sup>/Referendar Jan Philipp Lipka<sup>\*\*</sup>

### „Komm! Wir fahren mit der Bahn ins winterliche Rothaargebirge!“

Fortgeschrittenenklausur<sup>\*\*\*</sup>

#### Sachverhalt

Axel (A) und Liane (L) sind seit kurzem verheiratet. Sie haben im Coronasommer 2020 standesamtlich geheiratet. Ohne Gäste. Das frisch vermählte Paar steht auf romantische Waldspaziergänge und genießt gerne in Zweisamkeit die Natur. L mag den Herbst und den Winter. Wenn der Nebel in ihrer Heimat, dem Rothaargebirge, wabert oder der in den letzten Jahren immer seltener zu sehende Schnee leise rieselt, schlägt ihr Herz schneller. Ihre Heimatliebe lebt sie zwar mit dem Instagram Account *@rothaarmountains* aus. Doch das reicht ihr nicht. Deshalb nimmt sie sich mit A am 01.12.2020 frei, um eine private Glühweinwanderung zu machen.

Ein Freund von A – Rudolf (R) – jobbte während der Corona-Pandemie kurzerhand in einem Gesundheitsamt in seiner Heimatstadt Marburg a.d. Lahn. Seine Mitarbeiter wissen, dass er eigentlich ausgebildeter Lokführer bei der Kurhessenbahn ist. Doch aufgrund der lokalen Lockdowns fuhren weniger Züge. Rudolf musste umsatteln und telefonierte seitdem mit Infizierten. R ist bald stark gefrustet, da A so viel Zeit mit L verbringt. Während der Corona-Einsamkeit hat er keine Freunde um sich, die ihn ablenken könnten. Ende November erfährt er, dass er ab Dezember 2020 wieder in Kurzarbeit einsteigen kann. R kann sich über die Nachricht nur kurz freuen, denn er hat sich beim Gesundheitsamt eingelebt. Sein Frust nimmt eines Abends so stark zu, dass er einen Plan ausheckt: Er möchte As und Ls Aufmerksamkeit wieder zurückerobern. Vom 1.12. an wird R wieder von seinem Arbeitgeber von Marburg nach Erndtebrück als Lokführer der Kurhessenbahn eingesetzt. Seine Schicht soll um 8 Uhr beginnen. Um 5 Uhr morgens will er am 1.12. zwei Buderus-Gulli-Deckel (40Kg), die er aus dem Innenhof einer stillgelegten Fabrik (das Grundstück ist weiträumig umzäunt) in Biedenkopf gestemmt hat, an einem sehr festen, gefärbten Kordelseil von der die Bahnlinie überquerenden Brücke „Schöne Aussicht“ in der Nähe des Ortes Wisenthütte baumeln lassen. Den Gulli-Deckel will er soweit herablassen, dass dieser direkt über den Schienen auf der Höhe der Fahrerkabine des Zuges baumelt. Er will bei der ersten Fahrt des Tages mit geringer Geschwindigkeit gegen den Gulli-Deckel fahren. Die Frontscheibe soll zu Bruch gehen. Er plant, rechtzeitig eine Vollbremsung einzuleiten, damit mögliche Insassen des Zuges nicht zu Schaden kommen. Stattdessen erhofft sich R, dass A und L in größter Sorge um ihn sein werden.

A und L sind am 1.12. früh auf den Beinen. Beim Einsteigen in den Zug pfeift ein hinter A stehender Mann X und sagt zu L:

„Hey, Nice Ass – wanna fuck me one day?“ L und A sind perplex. L hat A vor kurzem erzählt, dass „Catcalling“ nicht strafbar sei, doch ungeschoren soll der Typ nicht davon kommen. A sieht sich in der Pflicht, die Ehre seiner Frau verteidigen zu müssen und verpasst dem X, der sich bereits abwandte, als L nicht reagierte, spontan eine Ohrfeige. X spürt ein „heißes Brennen“ auf der Backe und schwört A, bevor er verschwindet, er werde ihn anzeigen. A sieht R noch in die Lok steigen. Er winkt ihm zur Begrüßung.

Im Zug angelangt, nehmen A und L ihre Plätze ein. Alle tragen Masken. A und L haben sich in ihren Tee einen Schuss Rum gegeben, den sie nun aber während der Fahrt nicht trinken können. Stattdessen macht L verschiedene Selfies, um sie später mit ihrer „Mädels-Gruppe“ per ChatApp zu teilen. Mit Maske sehen diese allerdings langweilig aus, meint sie gegenüber A. A sieht dann einen Fahrgast (F), der mit dem Rücken zu ihm sitzt. Er trug beim Einsteigen eine Nikolausmütze, die er dann neben sich abgelegte, da es ihm im Zug zu warm erschien. A greift in einem Moment, als F die vorbeiziehende Landschaft genießt, nach der Mütze. Er will sie nur kurz für ein Foto mit L aufsetzen und sie dann an ihren angestammten Platz zurücklegen. L guckt ihn komisch an, lächelt dann aber, da sie versteht, was A vorhat. Sie machen „coole Bilder“. A legt die Mütze des F zurück. In diesem Moment nimmt F seine „Coronaschutzmaske“ ab, da er die stickige Luft nicht mehr erträgt. L sieht dies und fordert A auf, F zu bitten, die Maske wieder aufzusetzen. A spricht F an, der sich unwillig zeigt. L fordert A auf, er solle etwas unternehmen. A meint, er könne F drohen, ihm seine Nikolausmütze wegzunehmen. L meint, das reiche nicht. Er müsse F in den „Schwitzkasten“ nehmen, bis dieser einlenke. So nimmt A den F, der weiter protestiert, zwischen den rechten Arm und drückt heftig auf dessen Nacken. F, der schleunigst in einen anderen Waggon will, um dem Schmerz und einer potentiellen Infektionsgefahr durch die Nähe des A zu entkommen, schreit vor Schmerz auf und meint kurz danach, er ziehe die Maske sofort wieder auf. A lässt ihn nach knapp einer Minute los.

Gerade als sie wieder sitzen, geschieht alles so, wie R es geplant hat. Um 9:06 Uhr geht ein starker Ruck durch den Zug. L und drei andere Fahrgäste hören einen dumpfen Knall. Keiner der Fahrgäste wird verletzt, nur durchgeschüttelt. Die Frontscheibe des Zuges zerberstet (Reparatur: 3000 €). Der von R geführte Zug hatte eine Geschwindigkeit von 45 km/h. Zwei große Glassplitter der Frontscheibe haben sich in Rs Hand gebohrt. R alarmiert unmittelbar nach dem „Unfall“ die Polizei. A und L stürzen nach

<sup>\*</sup> Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Pierre Hauck, LL.M. (Sussex) in Gießen

<sup>\*\*</sup> Der Autor ist Referendar im Justizdienst des Bundeslandes NRW; Stammdienststelle Landgericht Hagen, Rechtsanwaltsstation.

<sup>\*\*\*</sup> Der Sachverhalt ist in Teilen einer unveröffentlichten, nicht rechtskräftigen Entscheidung des AG Bad Berleburg (NRW) aus 2020 nachgebildet (vgl.

den medial sehr stark rezipierten Fall: <https://www.fnp.de/hessen/bad-berleburg-nordrhein-westfalen-gullydeckel-attacke-vorgetauscht-regionalbahn-lokfuehrer-zug-prozess-zr-12190121.html>, zu Letzt abgerufen am 10.11.2020).

vorne ins Fahrerhäuschen und schauen nach ihrem Freund. Sie sind erleichtert, dass R wohlauf ist und meinen, er habe viel Glück gehabt. Das gleiche ja einem Anschlag auf ihn. R beteuert, er habe sich beim Gesundheitsamt mit Coronaleugnern angelegen müssen. Irgendeiner der Tausenden von ihm getrackten Infizierten könnte Rache für die Quarantäne nehmen wollen, die er anordnen musste. A und L glauben ihm. Die eintreffende Polizei vermutet bei Besichtigung des leicht verschneiten Tatortes einen schweren Angriff auf R und die Bahn. Als R auch noch betont, er habe einen Schatten gesehen, leiten die Beamten sofort umfangreiche Ermittlungen wegen versuchten Mordes (sie gehen von §§ 212, 211 Abs. 2 1. Gr. 3. Var StGB aus) gegen Unbekannt ein. Dafür müssen sie Bearbeiter von einem anderen Fall abziehen. Sie kontaktieren das Gesundheitsamt, in welchem R zuvor tätig gewesen ist, und verlangen die gespeicherten Tracking-Listen heraus.

**Wie haben sich R, A und L strafbar gemacht? Alle evtl. erforderlichen Strafanträge sind gestellt.**

**Es ist davon auszugehen, dass § 164, § 258 oder § 258a das Verhalten von R nicht erfassen. §§ 316b, § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a) und b) StGB sowie 303 StGB (kommunaler Straßenbaulastträger), 240, 123, sowie 242 sind in Bezug auf die Gullideckel sowie Corona-bezogene Infektionsstraftaten<sup>1</sup> sind nicht zu prüfen! Das Unterlassen des Aufziehens der Maske stellt keinen Angriff dar.**

**Es wird eine durchschnittliche Bearbeitungszeit von zweieinhalb bis drei Stunden angeraten.**

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu aber ►*Außem*, JSE 2020, 10 ff.

## Gliederung

### A) Strafbarkeit des R

#### I. Strafbarkeit des R aus § 315 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
  - aa) Nr. 2
  - bb) Nr. 4
  - cc) Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit
  - dd) und dadurch
  - ee) Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen
  - ff) Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert
- b) Zwischenergebnis
- c) Subjektiver Tatbestand
- d) Rechtswidrigkeit
- e) Schuld

##### 2. Ergebnis

#### II. Strafbarkeit des R aus § 315b Abs. 1 Nr. 1 Var. 3. StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
  - aa) Nr. 1 Gefährdung der Sicherheit des Straßenverkehrs durch Anlagenbeseitigung
  - bb) Zwischenergebnis
- b) Zwischenergebnis

##### 2. Ergebnis

#### III. Strafbarkeit des R aus § 145d StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
  - aa) Vortäuschen einer rechtswidrigen Tat
  - bb) Vortäuschung
    - (1) gegenüber einer Behörde
    - (2) zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle
- cc) rechtswidrige Tat
  - (1) a.A. Tat muss sich noch nicht ereignet haben
  - (2) e.A. Tat muss sich bereits ereignet haben
- dd) Abs. 2 Nr. 1
- b) Subjektiver Tatbestand
  - aa) Wider besseres Wissen
  - bb) Zwischenergebnis
- c) Rechtswidrigkeit
- d) Schuld

##### 2. Ergebnis

#### IV. Strafbarkeit des R aus § 303 StGB

### B) Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A aus § 223 Abs. 1 StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand
- c) Rechtswidrigkeit
  - aa) Rechtfertigungsgrund
    - (1) Nothilfefolge
      - (a) Nothilfefähiges Rechtsgut
      - (b) Gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff
    - (2) Zwischenergebnis
  - bb) Zwischenergebnis
- d) Zwischenergebnis
- e) Schuld

##### 2. Ergebnis

#### II. Strafbarkeit des A aus § 242 StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand
  - aa) Vorsatz bzgl. Obj. Tatbestand
  - bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

##### 2. Ergebnis

#### III. Strafbarkeit des A aus § 223 Abs. 1 StGB

##### 1. Tatbestand

##### 2. Ergebnis

#### IV. Strafbarkeit des A aus § 239 Abs. 1 StGB

##### 1. Tatbestand

##### 2. Ergebnis

#### V. Strafbarkeit des A aus § 240 Abs. 1 StGB

### C) Strafbarkeit der L

#### I. Strafbarkeit der L aus §§ 223 Abs. 1, 26 StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Doppelter Anstiftervorsatz
- b) Rechtswidrigkeit
- c) Schuld

##### 2. Zwischenergebnis

##### II. Ergebnis

### D) Gesamtergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Viele Klausuren im Studium sind BGH-Entscheidungen (Rechtsfragenperspektive) nachgebildet – diese ist im Anfang hingegen einer AG-Entscheidung nachgebildet. Sämtliche Informationen, die dem 1. Teil des Sachverhalts zugrunde gelegt wurden, entstammen Publikationen der Presse über den Fall. Die Personen im SV sind jedoch rein fiktional - nur das Tatgeschehen wurde im ersten Teil an die echte Causa angelehnt. Die Lösungsskizze stellt aufgrund der Fiktionalisierung keine Prüfung des echten Falls dar. Der zweite Teil des SV ist gänzlich konstruiert.

Die Klausur liegt auf einem leichten Niveau für Fortgeschrittene. Besonderer Fokus liegt auf den Delikten des R (sie sind – bis auf eins – regelmäßig von Anfängern im Strafrecht nicht zu prüfen), die sehr sicher geprüft werden müssen.

### A) Strafbarkeit des R

#### I. Strafbarkeit des R aus § 315 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB

R könnte sich, indem er zwei Gulli-Deckel der Marke Buderus à 40 Kg an einem Kordelseil an der Brücke „Schöne Aussicht“ in der Nähe des Ortes Wisenthütte festmachte und gegen diese fuhr, wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Schienenverkehr gem. § 315 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

Hierfür muss R den Tatbestand des § 315 StGB Abs. 1 Nr. 2 (benannter Eingriff) oder zumindest Nr. 4 StGB verwirklicht haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

R muss zur Verwirklichung des obj. TB die Sicherheit des Schienenbahnverkehrs dadurch beeinträchtigt haben, dass er Hindernisse bereitet hat. Gerade dadurch müsste R Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet haben.

Die Kurhessenbahn stellt ein an den Schienenstrang gebundenes Fahrzeug dar.<sup>2</sup> Verkehr meint die Ortsveränderung von Menschen und/oder Gütern.<sup>3</sup> Die Kurhessenbahn bringt Menschen und Güter von Marburg nach Erndtebrück und zurück.

#### aa) Nr. 2

Durch das Anbringen des Gulli-Deckels könnte R Hindernisse iSd. § 315 Abs. 1 Nr. 2 StGB bereitet haben. Was Hindernisse sind, ist umstritten. Eine Auffassung will den Begriff extensiv verstehen und grds. jedes irgendwie geartete Einwirken auf den Verkehrsraum, das den reibungslosen Verkehrsablauf hemmen

kann, erfassen.<sup>4</sup> Die opponierende Auffassung begreift Hindernisse als physische Objekte im Verkehrsraum (sog. Körpertheorie).<sup>5</sup> Demnach wäre der Gulli-Deckel, der einen Festkörper darstellt, nach beiden Auffassungen, ein Hindernis. Ein Hindernis bereitet, wer es installiert, aufbaut, einrichtet bzw. grundsätzlich eine zur Hindernisentstehung beitragende Handlung ausführt oder unterlässt. Es ist ohne Belang, dass R das Hindernis selbst installiert hat, da es auf einen Überraschungsmoment nicht ankommt.<sup>6</sup> Um 9:06 Uhr musste der Zug nach der Kollision anhalten, womit sich bereits der übliche Verkehr verzögerte. Die Hindernisqualität wird nicht etwa durch die Selbstbereitung durch R aufgehoben.

#### bb) Nr. 4

Hinweis: Nr. 4 ist subsidiär und entbehrlich, wenn bereits Nr. 2 bejaht wurde.

#### cc) Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit

R muss die Verkehrssicherheit durch die in Nr. 2 beschriebenen Handlungsweisen gefährdet haben. Dafür muss der Verkehr in seinem ungestörten, geregelten Ablauf gefährdet bzw. die normale Betriebsgefahr so gesteigert worden sein, dass konkrete Gefahren deutlich wahrscheinlicher wurden. Der BGH lässt objektiv das Durchführen einer Schnellbremsung als „untrügliches Anzeichen“ für eine Gefahr ausreichen.<sup>7</sup> Es entstand eine erhöhte Gefahr für Fahrgäste und mittransportierte Sachen, womit die Verkehrssicherheit abstrakt beeinträchtigt wurde.<sup>8</sup>

#### dd) und dadurch

Die beeinträchtigte Verkehrssicherheit muss eine Gefahr für die Schutzgüter hervorgerufen haben. Der durch die Gefahr konkret drohende Schaden muss auf ein geschütztes Rechtsgut ausgerichtet sein<sup>9</sup> und er muss nur noch vom Zufall abhängen (Beinahe-Unfall)<sup>10</sup>. Das Baumelnlassen der Gulli-Deckel war kausal für den Schaden an der Frontscheibe und das „Durchrütteln der Insassen“ der Bahn. Die Gefahr hat sich konkret verdichtet.<sup>11</sup>

#### ee) Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen

Es sind keine anderen Menschen (Insassen) verletzt worden. Dass die Insassen „durchgeschüttelt“ wurden, reicht nach obergerichtlicher Rspr. nicht aus<sup>12</sup>, „sofern nicht weitere erhebliche Schäden nur zufällig ausgeblieben sind.“<sup>13</sup> Ein Durchrütteln liegt sogar noch unterhalb der Schwelle einer Tathandlung gem. § 223 Abs. 1 StGB. Somit rechtfertigt systematisch gesehen die gestiegene Strafandrohung in § 315 StGB schon keine Annahme einer konkreten Gefahr. R, als Täter, der nur sich selbst gefährdet, ist ebenfalls kein „anderer“ Mensch iS der Norm.<sup>14</sup>

<sup>2</sup> Vgl. *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. Ed. (1.8.2020), StGB § 315 Rn. 2; *Pegel*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 26; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), StGB § 315 Rn. 2.

<sup>3</sup> *Pegel*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 16.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 9.7.1954, 4 StR 329/54; BGH Urt. v. 31.08.1995, 4 StR 283/95; zuletzt BGH NSTZ-RR 2020, 183; *Pegel*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 40, 44; allerdings nicht soweit, dass auch ein Laserpointer ausreicht. Mithin verlangt auch die h.L eine gewisse Körperlichkeit des Hindernisses; auch *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. Ed. (1.8.2020), StGB § 315 Rn. 10.

<sup>5</sup> *Pegel*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 30 (Fn. 196); so noch *Barnickel*, MüKo, StGB, 1. Auflage (2006) Rn 39; *Zieschang*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), StGB § 315 Rn. 12.

<sup>6</sup> Vgl. *Pegel*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 30.

<sup>7</sup> So BGHSt 6 = NJW 1954, 931.

<sup>8</sup> Vgl. insoweit BGH NJW 1959, 1187.

<sup>9</sup> Vgl. *Pegel*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 58.

<sup>10</sup> Vgl. *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. Ed. (1.8.2020), StGB § 315 Rn. 14.

<sup>11</sup> Vgl. nur *Zieschang*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), StGB § 315 Rn. 30 ff.

<sup>12</sup> Vgl. insoweit OLG Zweibrücken 30.11.1966, Ss 127/66; *Geppert*, Jura 1996, 639 (645f).

<sup>13</sup> *Expressis verbis* so *Zieschang*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, StGB, 5. Auflage (2017) Rn. 42.

<sup>14</sup> *Pegel*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 69.



**ff) Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert**

R könnte stattdessen aber fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet haben. Unter den Sachenbegriff (§ 90 BGB) fallen auch die Fahrerkabine der Bahn mit der Frontscheibe. Diese stehen auch nicht im Alleineigentum des R, sondern in dem seines Arbeitgebers. Fraglich ist, ob das vom Täter selbst geführte Beförderungsmittel Gefährdungsobjekt sein kann. Eine Auffassung meint, dass nur ein Drittes, nicht vom Täter geführtes Beförderungsmittel betroffen sein könnte.<sup>15</sup> Diese Auffassung findet keinen Halt im Wortlaut. Die Systematik (§ 315 b Abs. 1) zeigt, dass nicht nur eine konkrete Person im Eigentum betroffen sein kann. Das Interesse des Arbeitgebers des R betrifft auch die Nichtbeschädigung seines Eigentums durch den AN. Ein bedeutender Wert liegt schon bei 750 €. <sup>16</sup> Es ist auf den Verkehrswert (Wiederbeschaffung) abzustellen.<sup>17</sup> Lt. Sachverhalt ist ein vierstelliger, damit ausreichender Betrag erforderlich.

**b) Zwischenergebnis**

Somit liegt eine Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert vor.

**c) Subjektiver Tatbestand**

R muss auch vorsätzlich gehandelt haben. Bedingt vorsätzlich bzgl. der konkreten Gefahr handelt, wer die Umstände kennt, welche die Schädigung eines der Individualrechtsgüter als nahe liegende Möglichkeit erscheinen lassen, und den Eintritt der konkreten Gefahr billigend in Kauf nimmt.<sup>18</sup> R hat nicht nur Gefährdungsvorsatz, sondern sogar Verletzungsvorsatz. Er will, dass die Gulli-Deckel mit der Bahn kollidieren, um behaupten zu können, es habe einen Angriff auf ihn gegeben. Die Erreichung dieses weiter gehenden Ziels, führt nicht dazu, dass R den Schaden an der Bahn nicht will.<sup>19</sup> Dieser ist aus seiner Sicht sogar dringend notwendig, also ein mindestens in Kauf genommener Zwischenerfolg.

**d) Rechtswidrigkeit**

R handelte auch rechtswidrig.

**e) Schuld**

R handelte auch schuldhaft.

**2. Ergebnis**

R hat sich gem. § 315 StGB Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Bahnverkehr strafbar gemacht.

**II. Strafbarkeit des R aus § 315b Abs. 1 Nr. 1 Var. 3. StGB**

R könnte sich, indem er zwei Gulli-Deckel vom Grundstück einer stillgelegten Fabrik aus der versiegelten Fläche stemmte, wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

**1. Tatbestand**

Dann muss R den Tatbestand des § 315b Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB erfüllt haben.

**a) Objektiver Tatbestand**

R muss im Sinne der Nr. 3 Var. 3 des § 315 Abs. 1 StGB die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt haben, dass er Anlagen beseitigt hat und dadurch Leib oder Leben oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet hat.

**aa) Nr. 1 Gefährdung der Sicherheit des Straßenverkehrs durch Anlagenbeseitigung**

Anlagen sind alle dem Verkehr dienenden Einrichtungen wie Verkehrszeichen, Ampeln, Absperrungen, aber auch die Straße selbst mit ihrem Zubehör.<sup>20</sup> Grundsätzlich sind Gulli-Deckel, die einen Abwasserkanal abdecken und Niederschlagswasser kontrollierend verschließen, Straßenkomponenten, stellen somit Anlagen dar.<sup>21</sup> R hat die Gulli-Deckel, indem er sie aus ihrer vorgesehenen Örtlichkeit stemmte und an einen anderen zweckfremdem Ort brachte, auch beseitigt.<sup>22</sup> Fraglich ist, ob auch Gulli-Deckel auf privaten Grundstücken unter den Anlagenbegriff fallen. Dieser Streit kann allerdings insofern unbeantwortet bleiben, als dass ein privates Grundstück nicht unter den Begriff des Straßenverkehrs, der den öffentlichen Verkehrsraum, der jedermann zugänglich ist, meint, erfasst.<sup>23</sup> Die durch das Beseitigen bewirkte abstrakte Gefahr hat sich nicht zu einer konkreten Gefahr für das Schutzobjekt verdichtet.<sup>24</sup>

**bb) Zwischenergebnis**

R hat somit nicht die Sicherheit des Straßenverkehrs durch die Beseitigung einer Anlage im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB gefährdet.

**b) Zwischenergebnis**

Der Tatbestand ist folglich nicht erfüllt.

**2. Ergebnis**

R hat sich nicht gem. § 315b Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr strafbar gemacht.

**III. Strafbarkeit des R aus § 145d StGB**

R könnte sich auch, indem er wider besseren Wissens gegenüber der herbeigerufenen Polizei angab, es habe einen Angriff auf ihn gegeben, er habe einen Schatten gesehen und werde möglicherweise von ehemaligen Coronainfizierten bedroht, weswegen Mordermittlungen eingeleitet wurden, wegen des Vortäuschens einer Straftat gem. § 145d Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

**1. Tatbestand**

Dann muss R zunächst wiederum den Tatbestand erfüllt haben.

**a) Objektiver Tatbestand**

Voraussetzung für Abs. 1 Nr. 1 ist, dass R wider besseres Wissen einer Behörde oder einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle vorgetäuscht hat, dass eine rechtswidrige Tat begangen worden sei.

<sup>15</sup> Kudlich, JA 2013, 235.

<sup>16</sup> Kudlich, JA 2013, 235.

<sup>17</sup> Pegel, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 75.

<sup>18</sup> BGHSt 22, 67 (74 ff.) = NJW 1968, 1244 (1245); Pegel, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 315 Rn. 79.

<sup>19</sup> Vgl. NStZ-RR 01, 298.

<sup>20</sup> BGH, Beschl. v. 02.07.2002, 4 StR 174/02 = NStZ 2002, 648.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 02.07.2002, 4 StR 174/02 = NStZ 2002, 648.

<sup>22</sup> Vgl. Kudlich, in: BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 47. Edition, Stand: (01.08.2020), § 315b Rn. 10.

<sup>23</sup> BGH NStZ 2004, 625; Kudlich, in: BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 47. Edition, Stand: (01.08.2020), § 315b Rn. 3-4.

<sup>24</sup> Vgl. Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. Edition, Stand: (01.08.2020), § 315b Rn. 24.

**aa) Vortäuschen einer rechtswidrigen Tat**

R muss die Tathandlung des Abs. 1 Nr. 1 des § 145d StGB verwirklicht haben.

**bb) Vortäuschung**

Eine Vortäuschung ist gegeben, wenn ein Verdacht einer rechtswidrigen Tat erregt oder verstärkt wird.<sup>25</sup> Fraglich ist, wie stark das Ausmaß der Täuschung sein muss. Es wird vertreten, die Täuschung müsse *ex ante* geeignet sein, unberechtigte Ermittlungs- bzw. Präventivmaßnahmen auszulösen.<sup>26</sup> Dies wird im Hinblick auf den Adressaten der Aussage des Täters bedeutsam.

**(1) gegenüber einer Behörde**

R ist tauglicher Täter (behördenextern). Die Aussage erfolgte gegenüber Beamten der Behörde, was ausreicht.

**(2) zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle**

Die Polizei ist eine gem. §158 StPO zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle.<sup>27</sup>

**cc) rechtswidrige Tat**

Gem. der Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist eine Tat rechtswidrig, wenn sie als solche den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Es ist streitig, ob sich die Tat schon ereignet haben muss oder ob die Tat nicht begangen wurde.

**(1) a.A. Tat muss sich noch nicht ereignet haben**

Einer Auffassung nach muss sich die Tat entgegen des Wortlautes („begangen“) noch nicht ereignet haben.<sup>28</sup> Die Täuschung beziehe sich gerade auf eine Tat, die nicht stattgefunden habe. Der Täter täusche über die nicht erfolgte Begehung der Tat. Es erscheine nur so, als ob eine Straftat begangen wurde. Eine tatsächlich begangene Tat könne daher allenfalls aufgebauscht werden. Das Aufbauschen erreiche dann ein ausreichendes Maß für Abs. 1 Nr. 1, wenn die Ermittlungsbehörden erheblichen Mehraufwand hätten.<sup>29</sup>

**(2) e.A. Tat muss sich bereits ereignet haben**

Die andere Auffassung geht davon aus, dass sich das „begangen“ auf die Vergangenheit beziehe und damit eine tatsächlich, vorliegende Tat gemeint sei.<sup>30</sup> Diese Auffassung bezieht ihre Überzeugung aus einer Gesamtbetrachtung des Tatbestandes. Abs. 1 Nr. 1 und 2 würden sich in ihrer Ausrichtung auf Vergangenheit und Zukunft unterscheiden (begangen/bevorstehe). Abs. 1 Nr. 1 müsse daher beide Varianten erfassen. Wenn man über eine tatsächlich nicht stattgefundenen Tat täusche, müsse erst recht die Täuschung über eine stattgefundenen Tat mit einer Täuschung über den Wahrheitskern erfasst sein.<sup>31</sup> Zumindest dann, wenn ein erheblicher Mehraufwand der Ermittlungsbehörden herbei-

geführt werde, sei dies gegeben. Insoweit sind sich die opponierenden Auffassungen über die Einschlägigkeit des Abs. 1 Nr. 1 bei erheblichem Mehraufwand einig. Dies entspricht auch dem Schutzzweck des § 145d (Rechtsgut: Bewahrung staatlicher Behörden vor kapazitätsbindender Ermittlungsarbeit).<sup>32</sup> R dürfte die Tat aber nicht nur grob entstellen haben. Lt. OLG Hamm „erfüllen [b]loße Übertreibungen oder die Vortäuschung einer qualifizierten Form einer wirklich begangenen Straftat [...] nicht den Tatbestand der ersten Alternative des § 145 d StGB. Diese liegt nur dann vor, wenn durch Weglassen oder Hinzudichten von Tatumständen die tatsächlich begangene Tat in ihrem Charakter völlig verändert wird.“<sup>33</sup>

Rechtswidrige Tat iSd. § 145d ist objektiv der durch R begangene gefährliche Eingriff in den Schienenverkehr, der sich nach außen auch als Tat, die noch weitergeht, darstellt. Die Tat hat sich bereits ereignet. R hat Verbrechensspuren inszeniert, die rein objektiv, ein auf ihn verübtes Verbrechen nahelegen.<sup>34</sup> Dadurch, dass R der Polizei am Tatort gesagt hat, er glaube an einen Anschlag auf ihn und habe einen Schatten gesehen, hat diese umfangreiche Mordermittlungen eingeleitet. Mordermittlungen sind eine qualitativ vom vermuteten Unrecht abweichende Straftat. R erweckte damit den Eindruck einer Tat mit einer ganz anderen Dimension. In Kombination mit der erforderlichen Täteranalyse unter den mehreren Tausend ehemals von R getrackten Coronainfizierten ist das „Aufbauschen“ von § 315 StGB zu § 211 StGB ausreichend kapazitätsbindend<sup>35</sup>. Das Maß für Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nach beiden Auffassungen erreicht.

**dd) Abs. 2 Nr. 1**

Für die Verwirklichung des Abs. 2 Nr. 1 des § 145d StGB müsste R wider besseres Wissen eine der in Abs. 1 benannten Stellen über den Beteiligten an einer rechtswidrigen Tat getäuscht haben. Nach einhelliger Auffassung kann Abs. 2 Nr. 1 nur erfüllt sein, wenn über eine begangene Tat<sup>36</sup> getäuscht wird, an der eine Beteiligung möglich ist.<sup>37</sup> Fraglich ist aber, ob R als Täuschender selbst Beteiligter an der vorgetäuschten Tat sein kann. R täuschte die Beamten über die Person eines an einer Straftat Beteiligten. Dies braucht aber nicht beantwortet zu werden, da er den Verdacht auf einen Unbekannten lenkte. Würde ein Unschuldiger tatsächlich die Gulli-Deckel an der „Schönen-Aussichts-Brücke“ befestigt haben, um R zu schädigen, wäre die Polizei bei wahrer Lage zwar sowieso zu Ermittlungen verpflichtet gewesen (Legalitätsgrundsatz). Da die Polizei aber zu diesem Zeitpunkt gar nicht auf R als Täter kam, handelt es sich nicht um

<sup>25</sup> Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. Ed. (1.8.2020), StGB § 145d Rn. 4-5; Kretschmer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 145d Rn. 21.

<sup>26</sup> Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. Ed. (1.8.2020), StGB § 145d Rn. 4-5; Zopfs, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 315 StGB Rn. 19; Goppert, Jura 2000, 383.

<sup>27</sup> Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. Ed. (1.8.2020), StGB § 145d Rn. 6.

<sup>28</sup> Geerds, Jura 1985, 617 (621) sogar ein Verdacht reiche aus.

<sup>29</sup> Kretschmer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 145d Rn. 4: „Eröffnen eine neuen Verfolgungsspur.“

<sup>30</sup> Vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019) Rn. 8; Zopfs, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 145d StGB Rn. 15; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Auflage (2018), § 145d Rn. 4

<sup>31</sup> Krümpelmann, ZStW 96 (1984), 999 ff; Zopfs, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 145d StGB Rn. 23.

<sup>32</sup> Vgl. Zopfs, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 145d StGB Rn. 25.

<sup>33</sup> OLG Hamm NJW 1971, 1324.

<sup>34</sup> Vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019), 145d Rn. 9; Braunschweig NJW 1955, 1935.

<sup>35</sup> A.A. bei guter Begründung vertretbar. Hier spricht aber gegen e.A., dass Personen der Polizei dienstlich von einem anderen Fall abgezogen wurden.

<sup>36</sup> A.A. OLG Hamm NJW 1963, 2138.

<sup>37</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019) Rn.14.

eine Verdachtsablenkung, sondern sogar um eine sog. -umlenkung.<sup>38</sup> Fraglich ist deshalb allein, ob es ausreicht, dass R die Polizei auf eine fremde Fährte lenkte.<sup>39</sup> Dafür wird gefordert, dass der Täter die Ermittlungen in eine bestimmte Richtung lenken muss.<sup>40</sup> R will sich selbst als Opfer inszenieren.<sup>41</sup> Problematisch ist, dass er durch die Benennung eines Unbekannten auch sich selbst begünstigt. Seine Behauptungen und Bekräftigungen gehen allerdings über eine bloße straflose Selbstbegünstigung hinaus.

### b) Subjektiver Tatbestand

Des Weiteren muss R den subjektiven Tatbestand erfüllt haben.

#### aa) Wider besseres Wissen

Dafür muss R wider besseres Wissen die Straftat vorgetäuscht haben. R weiß in Bezug auf Abs. 1 Nr. 1 sicher, dass nur ein Eingriff in den Schienenverkehr vorliegt und kein Mordanschlag auf ihn begangen wurde.<sup>42</sup> Zudem weiß R auch sicher, dass er selbst die Tat inszeniert hat, da kein von ihm behaupteter Unbeteiligter die vorgetäuschte Tat verübt hat.

#### bb) Zwischenergebnis

R handelte dennoch und damit vorsätzlich.

#### c) Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

#### d) Schuld

R handelte auch schuldhaft.

### 2. Ergebnis

R hat sich gem. § 145d StGB wegen des Vortäuschens einer Straftat strafbar gemacht.

## IV. Strafbarkeit des R aus § 303 StGB

R könnte sich gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung an der Substanz der Kurhessenbahn strafbar gemacht haben. Indem R aktiv auf die von ihm befestigten Gulli-Deckel zufuhr, sodass diese frontal in die Frontscheibe des Personenbeförderungszuges, der nicht in seinem, sondern im fremden Eigentum, nämlich dem der Kurhessenbahn steht, knallten, zerstörte er eine Sache. R hat sich mithin einer Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## B) Strafbarkeit des A

### I. Strafbarkeit des A aus § 223 Abs. 1 StGB

A könnte sich, indem er X eine Ohrfeige verpasste, einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

Dann müsste A den Körperverletzungstatbestand verwirklicht haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt voraus, dass A dem X eine körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung zugefügt hat.

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, welche die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.<sup>43</sup> Eine Gesundheitsschädigung ist gegeben, wenn ein pathologischer, vom Normalzustand abweichender Zustand des Körpers eintritt.<sup>44</sup> Eine Ohrfeige verursacht auf der Wange einen kurzen, brennenden Schmerz. Eine Gesundheitsschädigung ist hierin nicht zu erblicken, wohl aber eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, mithin eine körperliche Misshandlung. Der Schlag des A war kausal und ist ihm auch objektiv zurechenbar, da sich ein grundsätzlich rechtlich missbilligtes Körperverletzungsverhalten im Erfolg realisiert hat.

#### b) Subjektiver Tatbestand

R muss auch vorsätzlich gehandelt haben. Er handelte in Kenntnis der die Tatumstände begründenden Lage (Ehrverteidigung) und schlug dennoch. Damit handelte er vorsätzlich.

#### c) Rechtswidrigkeit

Fraglich ist allein, ob As Handeln deshalb nicht rechtswidrig ist, weil es gerechtfertigt war.

#### aa) Rechtfertigungsgrund

Dafür bedarf es zunächst eines Rechtfertigungsgrundes. Jener könnte sich über § 32 Abs. 1 StGB ergeben, denn A könnte Nothilfe für L geleistet haben.

#### (1) Nothilfelage

Dann müsste eine Nothilfelage vorliegen. Diese setzt ein nothilfefähiges Rechtsgut<sup>45</sup>, sowie einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus.

#### (a) Nothilfefähiges Rechtsgut

Als nothilfefähiges Rechtsgut kommt allein die Ehre der L infrage. Die Ehre wird als potentiell nothilfefähiges Rechtsgut angesehen.<sup>46</sup> Ob im Rahmen des sog. Catcallings<sup>47</sup>, also der sexuellen, rein verbalen Straßenbelästigung ein kriminalisierender Tatbestand fehlt<sup>48</sup>, die Geschlechtsehre durch Beleidigung betroffen ist<sup>49</sup>, oder ob die Geschlechtsehre überhaupt noch von

<sup>38</sup> Vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019), 145d Rn. 14.

<sup>39</sup> Valerius, in: BeckOK StGB, 47. Ed. (1.8.2020), StGB § 145d Rn. 15-20: „Bei Abs. 2 Nr. 1 muss über die Beteiligung an einer bereits begangenen rechtswidrigen Tat getäuscht werden. Dass der Täter selbst an der Tat beteiligt war, steht der Strafbarkeit nicht entgegen, wenn er etwa die Tat allein begangen hat und vortäuscht, noch weitere Mittäter oder Gehilfen gehabt zu haben“.

<sup>40</sup> BGHSt 6, 251 (255); OLG Celle NJW 1961, 1416 (1417).

<sup>41</sup> Vgl. dazu Kretschmer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), 145d Rn. 21: „Jenes Verhalten will § 145d StGB durchaus erfassen, vgl. „Womöglich geht es sogar nur darum, Aufmerksamkeit und Zuwendung als vermeintliches Kriminalitätsoffer zu erheischen.“

<sup>42</sup> Zopfs, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 145d StGB Rn. 39.

<sup>43</sup> BGHSt 14, 269 = NJW 1960, 1477.

<sup>44</sup> Eschelbach, in: BeckOK StGB, 47. Ed. (11.08.2020), § 223 Rn. 24.

<sup>45</sup> Hauck, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. (2020), § 32 Rn. 3.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 14.02.1952, 5 StR 1/52, BGHSt 3, 217, 218; BGH 3 StR 622/17, Urteil vom 17.05.2018.

<sup>47</sup> Fischer, Spiegel Beitrag v. 25.09.2020: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/gesetzgebung-alles-neu-kolumne-von-thomas-fischer-a-coa57139-23af-447c-b163-5d8e1cfa19ba>.

<sup>48</sup> DPA, SZ, 05.10.2020, <https://www.sueddeutsche.de/leben/gesellschaft-mainz-mertin-strafen-fuer-verbale-sexuelle-belaestigung-ausreichend-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-201005-99-826214>.

<sup>49</sup> Schneider, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Auflage (2017), § 185 Rn. 22.

§ 185 StGB erfasst wird<sup>50</sup>, kann dahinstehen, wenn schon kein gegenwärtiger Angriff mehr vorliegt.

### (b) Gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff

Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert.<sup>51</sup>

### (2) Zwischenergebnis

Vorliegend war das Zurufen des X bereits abgeschlossen. Zwar soll auch ein bereits abgeschlossener Angriff noch gegenwärtig sein können, doch eine Wiederholung durch X ist nicht erkennbar.

### bb) Zwischenergebnis

Damit war die Nothilfebehandlung keine Reaktion auf einen gegenwärtigen Angriff.

### d) Zwischenergebnis

R ist nicht gerechtfertigt.

### e) Schuld

A handelte auch schuldhaft.

## 2. Ergebnis

A hat sich wegen einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. Strafbarkeit des A aus § 242 StGB

Durch das Aufgreifen der Nikolaus-Mütze des Fahrgasts F könnte A sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

Dann muss A den Tatbestand erfüllt haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt voraus, dass A dem F eine fremde, bewegliche Sache weggenommen hat.

Fremd ist eine Sache, die im Allein-, Fremd- oder Miteigentum eines Anderen steht. Die Nikolaus-Mütze ist eine überall mit hinnehmbare Sache, steht im Eigentum des Fahrgasts, ist für A also fremd. A müsste die Mütze dem F auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden Allein- oder Mitgewahrsams und die Begründung neuen (nicht notwendig eigenen) Gewahrsams an der Sache. Gewahrsam meint, verkürzt gesagt, die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, die vom Herrschaftswillen getragen ist (Sicht der Verkehrsanschauung).<sup>52</sup> Der F konnte auf die neben sich liegende Mütze einwirken, hatte also Sachherrschaft. A müsste den Gewahrsam auch gebrochen und neuen begründet haben. Dafür müsste er den Gewahrsam des Fahrgasts ohne dessen Willen aufgehoben haben. Neuer Gewahrsam ist dann begründet, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keinerlei wesentliche Hindernisse mehr entgegenstehen und der bisherige Gewahrsamsinhaber auf die Sache nicht mehr

einwirken kann ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters beseitigen zu müssen.<sup>53</sup> F hatte die Mütze nur abgelegt, da ihm im Zug zu warm war. A handelte auch gegen die Willen des Fahrgasts. Zwar befand sich A noch im räumlichen Machtbereich des Fahrgasts, hätte also ohne weiteres die Mütze in seine Tasche stecken können. Aber auch schon ohne Gewahrsamsenklaue kann der Fahrgast nicht mehr auf die Mütze einwirken. Damit liegt eine Wegnahme vor.

### b) Subjektiver Tatbestand

A muss auch den subjektiven Tatbestand verwirklicht haben.

#### aa) Vorsatz bzgl. Obj. Tatbestand

Dann muss A Vorsatz bzgl. des obj. Tatbestandes gehabt haben. A wusste um die Fremdheit der Sache des F und handelte dennoch.

#### bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

A muss zudem Zueignungsabsicht gehabt haben. Dies setzt voraus, dass A im Zeitpunkt der Wegnahme gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz hatte, also sich oder einem Dritten die Sache zueignen wollte. Zueignungsabsicht ist dann gegeben, wenn der Täter die Sache selbst (bloße Sachsubstanz) oder den in ihr verkörperten funktionspezifischen Wert (Sachwert) seinem Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten zumindest vorübergehend einverleiben und den Berechtigten auf Dauer aus seiner wirtschaftlichen Position verdrängen will.<sup>54</sup> Für die Aneignung benötigt A *dolus directus* 1. Grades, für die Enteignung genügt grds. *dolus eventualis*. A wollte sich die Sache zumindest zeitweilig, also vorübergehend, aneignen, denn er verfuhr mit der Sache wie ein Eigentümer. Fraglich ist allein, ob A auch Enteignungsvorsatz hatte. Demnach muss hier abgegrenzt werden, zwischen einem bloßen Gebrauch der Sache und einer Zueignung.<sup>55</sup> Enteignung meint den Willen, einen endgültigen Ausschluss des Eigentümers herbeizuführen. Die Enteignung muss von Dauer sein und darf nicht sofort vorübergehen. Der Täter muss über die Sache verfügen wollen.<sup>56</sup> A hatte von Anfang an vor, L und sich nur ein paar „coole Fotos“ zu verschaffen. Er wollte die Mütze nicht in eine Tasche stecken und dadurch gar eine Gewahrsamsenklaue bilden. Nach der Fotosession hat er sodann auch die Mütze wieder an ihren angestammten Platz zurückgelegt. Mithin liegt eine bloße, straflose Gebrauchsanmaßung, ein sog. *furum usus* vor.<sup>57</sup> A hat die Mütze durch das einmalige Aufsetzen auch nicht verbraucht oder diese irgendwie unbrauchbar gemacht.<sup>58</sup>

## 2. Ergebnis

A hat sich somit nicht wegen eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## III. Strafbarkeit des A aus § 223 Abs. 1 StGB

A könnte sich, indem er F in den „Schwitzkasten“ nahm, wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

<sup>50</sup> Pegge/Pegel, in: MüKO StGB, 3. Auflage (2017), 185 StGB Rn. 12: „kein besonderer Teil der Ehre“, übereinstimmend Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB-K, 2. Aufl., (2020), § 185 Rn. 10.

<sup>51</sup> Vgl. nur. Hauck, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. (2020), 32, Rn. 4.

<sup>52</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), StGB § 242 Rn. 23 f.

<sup>53</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), StGB § 242 Rn. 39, 42.

<sup>54</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), StGB § 242 Rn. 39, 47.

<sup>55</sup> Vgl. nur Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), StGB § 242 Rn. 51.

<sup>56</sup> Gropp, JuS 1999, 1043.

<sup>57</sup> Vgl. anders für den Fall eines gelesenen Buches OLG Celle Urt. v. 16.3.1967 – 1 Ss 10/67).

<sup>58</sup> So die Voraussetzung schon bei RGSt. 44, 335; BGH NSTZ 1981, 63.

### 1. Tatbestand

A müsste den Tatbestand erfüllt haben. A müsste F körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Indem A den Kopf des F unter seinen rechten Arm nahm und ihm heftig auf den Nackenbereich drückte<sup>59</sup>, sodass dieser aufschrie, hat er ihn übel und unangemessen und nicht nur unerheblich in seiner körperlichen Integrität beeinträchtigt.<sup>60</sup> Eine Gesundheitsschädigung ist kritisch zu sehen (Schmerz nur kurz).

A wollte F dazu bringen, wieder seine Maske aufzusetzen und sah in der „Schwitzkastenaktion“ eine Möglichkeit, sein Ziel zu erreichen. Er kannte die Umstände und handelte dennoch (§ 15 StGB).

R handelte auch rechtswidrig.

R handelte zudem ohne Entschuldigungs- oder Schuldausschlussgrund.

### 2. Ergebnis

A handelte tatbestandlich und hat sich somit gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## IV. Strafbarkeit des A aus § 239 Abs. 1 StGB

A könnte sich, indem er den F im Schwitzkasten hielt, wegen einer Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

A müsste den Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

A könnte F auf andere Weise gem. § 239 Abs. 1 StGB seiner Freiheit beraubt haben.

Dann müsste er ihn gegen seinen Willen seiner Fortbewegungsfreiheit beraubt haben.<sup>61</sup> Ein Handeln gegen den Willen des Opfers liegt vor, wenn sich dieses nicht mehr zu einer Ortsveränderung entschließen kann, da es sich (potentiell<sup>62</sup>) durch den Täter daran gehindert sieht.<sup>63</sup> So liegt es vorliegend. A nahm F durch den „Schwitzkasten“ zwar mit Gewalt die Möglichkeit, sich auf leichte Art und Weise fortzubewegen. Hingegen nahm er ihm nicht seine völlige Fortbewegungsfreiheit. Zudem ist auch fraglich, ob die Zeit ausgereicht hätte. Zwar wird eine nur kurzfristige Entziehung der Bewegungsfreiheit erfasst, doch muss diese immer noch erheblich sein (Dauer: „Vater Unser“). Wenn jemand nur in den „Schwitzkasten“ genommen wird, wobei die unteren Extremitäten beweglich bleiben, kann dies nicht ausreichen. Mithin ist das Handeln As unerheblich.<sup>64</sup> Der Tatbestand ist somit nicht erfüllt.

### 2. Ergebnis

Somit hat sich A keiner Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

## V. Strafbarkeit des A aus § 240 Abs. 1 StGB

A hat sich, indem er den Kopf des F mit seinem rechten Arm unter seinem Arm einklemmte, wodurch er Gewalt als Nötigungsmittel zum Zwecke F dazu zu bringen, die Maske wieder aufzusetzen, was dieser auch tat (Nötigungserfolg), angewandt, gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### C) Strafbarkeit der L

#### I. Strafbarkeit der L aus §§ 223 I, 26 StGB

L könnte sich, indem sie den A dazu aufforderte, den F in den „Schwitzkasten“ zu nehmen, wegen Anstiftung zur Körperverletzung gem. § 223 I, 26 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

Es muss eine rechtswidrige, vorsätzlich begangene Haupttat vorliegen.<sup>65</sup> Jene ist in der von A verwirklichten Körperverletzung zu sehen (s. o. IV unter B.). L müsste A zu dieser Tat bestimmt haben. Bestimmen meint die Beeinflussung des Willens einer anderen Person, wodurch diese zur Ausübung des im Gesetz beschriebenen Verhaltens gebracht wird.<sup>66</sup> Indem L den A dazu brachte, den F in den Schwitzkasten zu nehmen, um ihn dazu zu bringen, seine Coronamaske wieder aufzusetzen, stiftete sie ihn zur Begehung einer Körperverletzung an. Fraglich ist allein, ob A nicht bereits ein *omnimodo facturus* war, also ein bereits zur Tat Entschlossener – folglich wäre Anstiftung nicht mehr möglich, aber psychische Beihilfe.<sup>67</sup> A hatte L zu verstehen gegeben, er würde F drohen. A wollte *ex ante* lediglich mit der Wegnahme der Nikolaus Mütze drohen. Seine geplante, aber so nicht umgesetzte Drohung hätte den TB einer Nötigung verwirklicht. Nun stehen sich zwei Auffassungen gegenüber. Nach der ersten solle es bereits ausreichen, wenn der Anstifter den Unwertgehalt der ursprünglichen Tat erhöhe.<sup>68</sup> Nach der zweiten Auffassung müsse der Anstifter zu einem echten Aliud, also einer qualitativ anderen Tat anstiften.<sup>69</sup> Nach beiden Auffassungen liegt vorliegend eine über die Qualität des bereits von A geplanten Tatgeschehens hinausgehende Anstiftung vor. So hat L den A nämlich einerseits sowohl über den Unwert des Nötigungsmittels hinaus angestiftet und ihn andererseits auch zur Begehung eines echten Aliuds (Umstiftung)<sup>70</sup> bestimmt. Damit ist ein Streitentscheid entbehrlich. Der Tatbestand ist verwirklicht.

#### a) Doppelter Anstiftervorsatz

Bei L liegt auch der doppelte Anstiftervorsatz vor, da sie sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen Haupttat des A als auch ihrer Bestimmungshandlung der Umstände kannte und dennoch handelte.

#### b) Rechtswidrigkeit

L handelte auch rechtswidrig.

#### c) Schuld

L handelte auch schuldhaft.

<sup>59</sup> BGH NStZ-RR 2010, 374.

<sup>60</sup> Vgl. ähnlicher Fall BGH 2 StR 400/10 - Urteil vom 15. September 2010 (HRRS 2010 Nr. 971, Rn. 14) sowie zur Definition BGHSt 14, 269, 271.

<sup>61</sup> Vgl. Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. (01.08.2020), § 239, Rn. 6-8.

<sup>62</sup> BGHSt 32, 183 (188).

<sup>63</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 673; u. s. nochmals Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 47. (01.08.2020), § 239, Rn. 7, 10.

<sup>64</sup> Vgl. in etwa auch BGH NStZ 2003, 371.

<sup>65</sup> Auch Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, 4. Auflage (2020), § 26, Rn. 6.

<sup>66</sup> So Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, 4. Auflage (2020), § 26, Rn. 10.

<sup>67</sup> Vgl. in etwa BGH NStZ-RR 1996, 1.

<sup>68</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, (2003), § 26 Rn. 119 f.

<sup>69</sup> Vgl. Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, 4. Auflage (2020), § 26, Rn. 48.

<sup>70</sup> Vgl. etwa Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, (01.11.2020), Rn. 18–18.5, 18.2.

## 2. Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen somit vor.

## II. Ergebnis

Somit hat L sich wegen einer Anstiftung gem. §§ 223 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

## D) Gesamtergebnis

R hat sich gem. § 315 StGB Abs. 1 Nr. 2 StGB und zudem Tateinheitlich (§ 52 StGB) gem. § 145d StGB und § 303 StGB (Konsumtion) strafbar gemacht. A hat sich gem. § 223 Abs. 1 StGB (gegen X) strafbar gemacht. A hat sich auch gem. § 223 Abs. 1, § 240, 52 StGB (F) strafbar gemacht. Die hierbei verwirklichte Nötigung tritt zurück. L hat sich wegen der Anstiftung des A gem. §§ 223 I, 26 StGB strafbar gemacht.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



---

# KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

---

Prof. Dr. **Simone Wunderle**, LL.M.\*

## „Die strittige Werbetafel“ Fortgeschrittenenklausur

### Sachverhalt

Die A-GmbH betreibt ein Unternehmen der Wirtschaftswerbung, das auf großflächige, der Fremdwerbung dienende Werbeanlagen spezialisiert ist. Sie beabsichtigt auf dem in der kreisangehörigen Gemeinde G gelegenen Grundstück Flst.-Nr. 136 eine 2,80 m x 3,80 m große unbeleuchtete Werbetafel zu errichten, auf der wechselnde Werbung für verschiedene Produkte plakatiert werden soll. Die geplante Werbetafel soll an der einer Hauptstraße zugewandten Außenfassade eines baurechtlich genehmigten zweigeschossigen Wohnhauses angebracht werden.

Das Grundstück Flst.-Nr. 136 befindet sich im Ortskern von G, für den kein Bebauungsplan besteht. Auf der dem Vorhaben Grundstück gegenüberliegenden Straßenseite befindet sich ein Blumen- und Gartengeschäft; daneben ein Parkplatz mit einer dahinter befindlichen Kirche. Vom Vorhaben Grundstück aus gesehen wird die Hauptstraße in ihrem weiteren Verlauf in beiden Richtungen auf beiden Straßenseiten von zwei- und dreigeschossigen Häusern gesäumt, die im Erdgeschoss überwiegend gewerblich genutzt werden und in denen sich in den oberen Geschossen hauptsächlich Wohnnutzung findet. In Sichtweite ca. 20 m vom Vorhabenstandort entfernt befindet sich eine – bereits vor über 10 Jahren genehmigte – großflächige Werbetafel des Blumen- und Gartengeschäfts. An einer Querstraße zur Hauptstraße liegt hinter einer Kurve in ca. 100 m Entfernung ein Gasthaus, in dem auch Fremdenzimmer vermietet werden.

Das Baugrundstück liegt zudem in der „Zone K – Kernstadt“ der vom Gemeinderat im Jahr 2012 aufgrund § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LBO BW beschlossenen „Gestaltungssatzung Innenstadt“ (im Folgenden: Satzung). § 7 Abs. 1 und 10 der Satzung verbieten in der Zone K großflächige Werbetafeln sowie Werbetafeln mit Fremdwerbung, mithin solche Werbung, die nicht ausschließlich an der Stätte der Leistung erfolgt.

Die A-GmbH beantragte am 18.6.2020, ihr Vorhaben im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren zu genehmigen. Die erforderlichen Bauvorlagen wurden dazu seitens der A-GmbH per E-Mail an die Gemeinde G übersandt, die das Baugesuch sogleich an das Landratsamt L weiterleitete, das die weiteren erforderlichen Verfahrensschritte ordnungsgemäß durchführte.

Der Gemeinderat von G beschloss am 6.7.2020, das Einvernehmen zu dem Vorhaben zu versagen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die geplante Werbetafel gegen die Gestaltungssatzung verstoße. Zudem würde sich die Werbetafel aufgrund ihrer Größe und Gestalt vom Ortsbild abheben und die Verkehrsteilnehmer erheblich ablenken, so dass die in § 16 Abs. 2 LBO BW geschützte Sicherheit und Leichtigkeit des öffentlichen Verkehrs gefährdet sei.

Der Geschäftsführer der A-GmbH hat über Umwege von dem versagten Einvernehmen Kenntnis erlangt und erscheint noch am selben Tag persönlich in der Sprechstunde des Bauamtsleiters im Landratsamt. Er bringt zum Ausdruck, dass er über die Vorgehensweise von G empört und der Auffassung sei, dass der Gemeinderat mit der angeführten Begründung zur Verweigerung des Einvernehmens seine Kompetenzen im Rahmen des hiesigen Genehmigungsverfahrens überschritten habe. Zwar wisse auch er von der Gestaltungssatzung, halte diese aber aufgrund des darin vorgesehenen generalisierenden Ausschlusses von Fremdwerbung nicht für rechtens. Im Übrigen könne die bereits seit längerem vor Ort anhaltende Diskussion um diese Satzung, die auch schon Gegenstand einer laufenden verwaltungsgerichtlichen Streitigkeit ist, dahinstehen, da sie im vorliegenden vereinfachten Genehmigungsverfahren ohne Belang sei. Außer der umstrittenen Satzung gebe es keinerlei Gründe, die gegen die Zulassung der Werbetafel sprechen. Insbesondere unter Berücksichtigung der näheren Umgebung füge sich die geplante Fremdwerbung als gewerbliche Nutzungsform unproblematisch ein. Auch gebe es keine Anhaltspunkte für eine durch die Werbetafel zu befürchtende konkrete Verkehrsgefährdung, die für einen Verstoß gegen § 16 LBO BW erforderlich sei.

**Prüfen Sie gutachterlich – ggf. hilfsgutachterlich –, ob die von der A-GmbH beantragte Baugenehmigung zu erteilen ist; gehen Sie dabei insbesondere auch auf die Frage ein, wie mit dem verweigerten Einvernehmen der Gemeinde G umzugehen ist.**

---

\* Die Autorin ist Professorin für Öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

## Gliederung

### A) Rechtsgrundlage

### B) Vorrangige formelle Genehmigungsvoraussetzungen

- I. Zuständigkeit
- II. Ordnungsgemäßer Bauantrag und weiterer Verfahrensablauf
- III. Sachbescheidungsinteresse
  1. Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens
  2. Offensichtlicher Verstoß gegen außerhalb des Prüfungsumfanges des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens liegende Rechtsvorschriften
- IV. Einhaltung der Entscheidungsfrist

### C) Materielle Genehmigungsvoraussetzungen

- I. Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage
  1. Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens
  2. Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens
    - a) Übereinstimmung mit der „Gestaltungssatzung Innenstadt“
    - b) Übereinstimmung mit § 16 Abs. 2 LBO
    - c) Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit nach §§ 29 ff. BauGB
      - aa) Vorhaben iSv. § 29 Abs. 1 BauGB
      - bb) Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB
- II. Weitere materielle Genehmigungserfordernisse

### D) Nachrangige formelle Genehmigungsvoraussetzungen

- I. Einvernehmen der Gemeinde G
- II. Schriftform
- III. Begründung

### E) Ergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Es handelt sich um eine Fallgestaltung, der die baden-württembergische Rechtslage zugrunde liegt und die aus behördlicher Sicht zu begutachten ist. Für die rechtsgutachterliche Prüfung sind dabei verschiedene Aufbauvarianten möglich. Die hiesige Aufteilung der Prüfung in vorrangige und nachrangige formellen Genehmigungsvoraussetzungen empfiehlt sich, da die Frage nach dem Erfordernis eines Einvernehmens der Gemeinde ebenso wie die Anforderungen an Form und Begründung vom Ergebnis der Prüfung der materiellen Genehmigungsvoraussetzungen abhängen.

### A) Rechtsgrundlage

Anspruchsgrundlage für die beantragte Baugenehmigung ist § 58 Abs. 1 S. 1 Landesbauordnung für Baden-Württemberg (im Folgenden: LBO) iVm. § 52 LBO..

Der Anwendungsbereich der LBO nach § 1 Abs. 1 LBO ist im vorliegenden Fall eröffnet. Gegenstand des Bauantrags der A-GmbH ist eine Werbeanlage iSv. § 2 Abs. 9 S. 1 u. 2 LBO. Da die streitgegenständliche Werbeanlage an der Hausfassade eines Wohngebäudes befestigt und so nicht unmittelbar mit dem Erdboden verbunden sein wird, handelt es sich bei dem Vorhaben der A-GmbH um keine bauliche Anlage iSv. § 1 Abs. 1 S. 1 iVm.

§ 2 Abs. 1 S. 1 LBO. Es handelt sich jedoch um eine andere Anlage iSv. § 1 Abs. 1 S. 2 LBO, da an Werbeanlagen u.a. in § 11 Abs. 3 Nr. 1 LBO bauordnungsrechtliche Anforderungen gestellt werden.

Der Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung wurde vorliegend im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren gestellt. Dieses Verfahren ist in § 52 LBO verankert und vorliegend auch statthafte Antragsart. Die Durchführung des vereinfachten Genehmigungsverfahrens steht einem Bauherrn nach § 52 Abs. 1 LBO in den Fällen sog. Kenntnissgabevorhaben nach § 51 Abs. 1 S. 1 LBO als zusätzliche Verfahrensart neben dem Kenntnissgabeverfahren offen. (Seit der LBO-Novelle 2019 ist durch die Neuregelung des § 51 Abs. 5 LBO der Anwendungsbereich des vereinfachten Genehmigungsverfahrens erweitert und die Wahlmöglichkeiten des Bauherrn hinsichtlich der Verfahrensarten in Abgrenzung zum traditionellen Baugenehmigungsverfahren deutlich beschränkt worden.) Das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren ist dabei nicht nur bei der Errichtung eines Wohngebäudes (§ 2 Abs. 3 LBO) statthaft, sondern gem. § 2 Abs. 13 Nr. 1 LBO auch bei dessen bloßer Nutzungsänderung. Eine derartige Nutzungsänderung ist vorliegend gegeben, da dann, wenn ein bereits bestehendes und genehmigtes Wohngebäude auch für Wirtschaftswerbung und damit gewerbliche Zwecke genutzt wird, die der genehmigten Wohnnutzung eigene Variationsbreite verlassen wird.

### Hinweis

Es ist ebenso vertretbar, die Frage der Statthafteit des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens erst bei der Prüfung der Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens zu erörtern. Dies kann zulässigerweise sowohl im Rahmen des Sachbescheidungsinteresses als auch bei den materiellen Genehmigungsvoraussetzungen erörtert werden. Entscheidend für die Klausurbearbeitung ist, dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs des vereinfachten Genehmigungsverfahrens an einer Stelle des Gutachtens dargestellt wird.

### B) Vorrangige formelle Genehmigungsvoraussetzungen

#### I. Zuständigkeit

Das Landratsamt ist als untere Verwaltungsbehörde sachlich zuständige untere Baurechtsbehörde, §§ 48 Abs. 1, 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO iVm. § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 LVwVfG.

#### II. Ordnungsgemäßer Bauantrag und weiterer Verfahrensablauf

Die A-GmbH hat die Bauvorlagen per E-Mail an die Gemeinde übersandt. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, nachdem das frühere Schriftformerfordernis für die Bauantragstellung durch die LBO-Novelle 2019 entfallen ist. Gem. § 53 Abs. 2 LBO sind Bauantrag und Bauvorlagen nunmehr in Textform iSv. § 126b BGB einzureichen; hierfür genügt auch eine einfache Mail.<sup>1</sup> Mangels anderer Anhaltspunkte im Sachverhalt ist zudem davon auszugehen, dass der Bauantrag im Übrigen ordnungsgemäß ist iSv. § 53 Abs. 1, 2 LBO sowie der Vorgaben der LBOVVO. Ferner kann davon ausgegangen werden, dass auch die weiteren

<sup>1</sup> Anhaltspunkte für eine Nachforderung der elektronisch eingereichten Dokumente in Schriftform auf der Grundlage der Übergangsbestimmung des § 77 Abs. 5 LBO sind nicht ersichtlich.



erforderlichen Verfahrensschritte iSv. § 53 Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 LBO sowie das Nachbarbeteiligungsverfahren nach § 55 LBO ordnungsgemäß durchgeführt wurden.

### III. Sachbescheidungsinteresse

Fraglich ist, ob das erforderliche Sachbescheidungsinteresse für die Erteilung einer Baugenehmigung im Fall des Vorhabens der A-GmbH gegeben ist. Die A-GmbH muss dafür ein schutzwürdiges Interesse an einer sachlichen Entscheidung über Ihren Bauantrag haben. Hieran fehlt es, wenn der Bauantrag nutzlos, überflüssig oder rechtsmissbräuchlich gestellt wird.<sup>2</sup>

#### 1. Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens

Am erforderlichen Sachbescheidungsinteresse kann es fehlen, wenn eine Baugenehmigung beantragt wird, obwohl sie nach §§ 49 Abs. 1, 50 LBO gar nicht erforderlich wäre, d.h. das Vorhaben nicht baugenehmigungspflichtig, sondern verfahrensfrei ist.<sup>3</sup>

#### Hinweis

Die Prüfung der Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens kann an dieser Stelle des Prüfungsaufbaus erfolgen; es ist jedoch auch vertretbar, diesen Prüfungspunkt erst im Rahmen der materiellen Erlassvoraussetzungen zu erörtern. Die unter A) vorgesehenen Ausführungen zur Statthaftigkeit der vereinfachten Genehmigungsverfahren wäre hier ebenfalls vertretbar.

Die der Errichtung gleichgestellte „Anbringung“ einer großflächigen Werbeanlage an einem Gebäude ist baugenehmigungspflichtig nach § 49 LBO iVm. § 2 Abs. 13 Nr. 1 LBO. Vorliegend ist keine Verfahrensfreiheit nach § 50 Abs. 1 iVm. Nr. 9 des Anhangs zur LBO gegeben. Bei einer dauerhaft an eine Hausfassade angebrachten Werbetafel in einem nicht durch Bebauungsplan erfassten Gebiet kann einzig eine Verfahrensfreiheit nach Nr. 9 a) des Anhangs zur LBO in Betracht kommen; dies scheidet in Anbetracht der Großflächigkeit der Anlage jedoch aus.

Das Vorhaben der A-GmbH ist auch unter dem Gesichtspunkt der bloßen Nutzungsänderung des bestehenden Wohngebäudes nicht verfahrensfrei nach § 50 Abs. 2 Nr. 1 LBO. Denn für die neu hinzutretende auch gewerbliche Nutzung des Wohngebäudes gelten insbesondere mit Blick auf die baugestaltungs- und baupolizeilichen Vorschriften der § 11 Abs. 3 Nr. 1 LBO und § 3 Abs. 1 S. 1 LBO andere bzw. weitergehende Anforderungen als für die bisherige reine Wohnnutzung des Gebäudes.

#### 2. Offensichtlicher Verstoß gegen außerhalb des Prüfungsumfangs des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens liegende Rechtsvorschriften

In Fällen des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens kann das Sachbescheidungsinteresse zudem fehlen, wenn offensicht-

lich ist, dass das Vorhaben an öffentlich-rechtlichen Vorschriften schlechthin scheitert, die in diesem Verfahren nicht zu prüfen sind. Es entspricht überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass die Baurechtsbehörde im vereinfachten Genehmigungsverfahren die Erteilung einer beantragten Baugenehmigung wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses versagen kann, wenn das Bauvorhaben im Widerspruch zu Anforderungen steht, die nicht Gegenstand des eingeschränkten Prüfprogramms sind und dieser Widerspruch nicht behoben werden kann.<sup>4</sup> In Anbetracht des Regelungszwecks des vereinfachten Genehmigungsverfahrens müssen hieran jedoch hohe Anforderungen gestellt werden, weil andernfalls über das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des fehlenden Sachbescheidungsinteresses der eigentliche gesetzgeberische Ansatz bewusster Prüf- und Entscheidungsverzichte unterlaufen und das Tor zu Vollprüfung wieder eröffnet würde.<sup>5</sup> Die Möglichkeit einer Zurückweisung des Bauantrags wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses setzt daher voraus, dass ein offensichtliches und schlechthin nicht ausräumbares Hindernis gegen die Verwertung der Baugenehmigung besteht.<sup>6</sup> Dies kommt nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht.

Als ein außerhalb des Prüfungsumfangs des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens liegender Rechtsverstoß kommt hier ein Verstoß des Vorhabens der A-GmbH gegen die Vorgaben der Gestaltungssatzung Innenstadt in Betracht (vgl. dazu ausführlich unter C) I. 2. a). Allerdings ist es vorliegend nicht als offensichtlich anzusehen, dass das Vorhaben der A-GmbH an diesen Vorschriften schlechthin scheitert. Vielmehr bestehen grundlegende rechtliche Bedenken an der Wirksamkeit des in der Gestaltungssatzung enthaltenen weitgehenden Verbots von großflächiger Werbung und Fremdwerbung. Dies ist laut Sachverhalt auch bereits Gegenstand einer laufenden verwaltungsgerichtlichen Auseinandersetzung. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Gestaltungssatzung im Zuge einer etwaigen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle insoweit für nichtig erachtet bzw. für unwirksam erklärt wird, so dass vorliegend jedenfalls kein offensichtlicher Fall eines fehlenden Sachbescheidungsinteresses angenommen werden kann.

#### Hinweis

Vertiefte rechtliche Ausführungen zu den insbesondere durch die Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Nichtigkeit entsprechender, auf § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LBO gestützter Ortsbausatzungen mit weitgehenden Beschränkungen für großflächige Werbetafeln oder Fremdwerbung können von Studierenden nicht erwartet werden und sind für die Fallbearbeitung nicht erforderlich.<sup>7</sup> Entscheidend ist, ob das Problem eines etwaigen fehlenden Sachbescheidungsinteresses wegen außerhalb

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Schlotterbeck*, in: *Schlotterbeck/Hager/Busch/Gammerl*, LBO BW, 8. Aufl. (2020), § 58 Rn. 47 ff.

<sup>3</sup> Vgl. etwa *Schlotterbeck*, in: *Schlotterbeck/Hager/Busch/Gammerl*, LBO BW, 8. Aufl. (2020), § 58 Rn. 50.

<sup>4</sup> Vgl. mwN. VGH BW, VBIBW 2017, 388; *Schlotterbeck*, in: *Schlotterbeck/Hager/Busch/Gammerl*, LBO BW, 8. Aufl. (2020), § 52 Rn. 23 f.

<sup>5</sup> Vgl. mwN. *Krämer*, in: *Spannowsky/Uechtritz*, BeckOK LBO BW (1.9.2020), § 52 LBO Rn. 36 ff.

<sup>6</sup> Vgl. mwN. BVerwG, NJW 1981, 2426; *Krämer*, in: *Spannowsky/Uechtritz*, BeckOK LBO BW (1.1.2021), § 52 LBO Rn. 36 ff.; nach der Rechtsprechung des BVerwG ist die Baurechtsbehörde in diesen Fällen zwar berechtigt, die Erteilung einer Baugenehmigung, die für den Antragsteller ersichtlich nutzlos ist, ohne sachliche Prüfung zu versagen; sie ist hierzu aber nicht verpflichtet.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu etwa BVerwG, DVBl 1973, 40; VGH BW, VBIBW 2011, 352 u. VBIBW 2017, 388; VG Karlsruhe, Urt. v. 6.6.2019 – 13 K 3890/18 sowie zu dem

des Prüfprogramms des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens liegender Rechtsverstöße erkannt und erörtert wird.

Auch ein Verstoß gegen § 16 Abs. 2 LBO als eine weitere außerhalb des Prüfungsumfangs des vereinfachten Genehmigungsverfahrens liegende Bestimmung ist mangels näherer Angaben im Sachverhalt nicht als offensichtlich anzusehen.

#### IV. Einhaltung der Entscheidungsfrist

Im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren ist nach § 54 Abs. 5 S. 1 LBO eine verkürzte Frist von einem Monat maßgeblich. Der Fristbeginn bestimmt sich nach § 54 Abs. 5 S. 2 LBO.

#### C) Materielle Genehmigungsvoraussetzungen

Nach der Anspruchsgrundlage des § 58 Abs. 1 S. 1 LBO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

#### I. Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage

##### 1. Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens

Das Vorhaben ist – wie bereits dargestellt – baugenehmigungspflichtig.

#### Hinweis

Die unter B) III. 1. dargelegten Ausführungen zur Baugenehmigungspflichtigkeit des Vorhabens sowie die unter A) vorgesehenen Ausführungen zur Statthaftigkeit des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens könnten auch an dieser Stelle erfolgen.

##### 2. Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens

Schwerpunkt der weiteren Prüfung ist, ob das Vorhaben auch genehmigungsfähig ist. Nach § 58 Abs. 1 S. 1 LBO dürfen dem Vorhaben keine „von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ entgegenstehen. Welche Vorschriften dies sind, bestimmt sich nach der jeweils gewählten Art des Baugenehmigungsverfahrens. Bei der vorliegend von der A-GmbH gewählten Verfahrensart des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens werden nicht nach § 58 Abs. 1 S. 2 LBO alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften geprüft, die Anforderungen an das Bauvorhaben enthalten und über deren Einhaltung nicht eine andere Behörde in einem gesonderten Verfahren durch Verwaltungsakt entscheidet. Vielmehr hat die im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung nur einen eingeschränkten Regelungsinhalt. Nach § 52 Abs. 2 LBO prüft die Baurechtsbehörde im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren im Sinne eines eingeschränkten Prüfungsumfangs nur

1. die Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 13 und 29 bis 38 BauGB,
2. die Übereinstimmung mit den §§ 5 bis 7 LBO und
3. andere öffentlich-rechtliche Vorschriften außerhalb dieses Gesetzes und außerhalb von Vorschriften auf Grund dieses

systematischen Zusammenhang zu § 11 Abs. 4 LBO, der durch die LBO-Novelle 2019 um den Gebietstypus der Dorfgebiete erweitert wurde, Quaa, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK LBO BW (1.11.2019), § 11 Rn. 23.

<sup>8</sup> Vgl. dazu VGH BW, VBIBW 2017, 388; OVG Rh.-Pf., NVwZ-RR 2012, 304; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2011, 591.

Gesetzes a) soweit in diesen Anforderungen an eine Baugenehmigung gestellt werden oder b) soweit es sich um Vorhaben im Außenbereich handelt, im Umfang des § 58 Abs. 1 S. 2 LBO.

#### a) Übereinstimmung mit der „Gestaltungssatzung Innenstadt“

Ausgehend von diesem eingeschränkten Prüfungsumfang ist zunächst festzuhalten, dass die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Vorschriften – mit Ausnahme der Abstandsflächenbestimmungen – im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nicht zu prüfen ist. Die von G aufgrund § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LBO erlassenen örtlichen Bauvorschriften in der „Gestaltungssatzung Innenstadt“ machen hiervon keine Ausnahme. Die Baurechtsbehörde ist nicht befugt, das ihr gesetzlich vorgegebene Prüfprogramm eigenständig zu erweitern.<sup>8</sup> Zugleich ist zu berücksichtigen, dass eine im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung auch nur die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den nach Maßgabe von § 52 Abs. 2 LBO zu prüfenden Vorschriften feststellt und daher nur über eine dementsprechend beschränkte Feststellungswirkung verfügt und so auch nur als beschränkte öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung anzusehen ist. Die durch die Baugenehmigung vermittelte Vertrauens- und Bestandsschutzwirkung zugunsten des Bauherrn ist somit auf den Umfang des Prüfprogramms beschränkt.<sup>9</sup> Die Regelung in § 52 Abs. 3 LBO, wonach Bauvorhaben im vereinfachten Genehmigungsverfahren den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen müssen, verdeutlicht klarstellend, dass die Einhaltung sämtlicher öffentlich-rechtlicher Vorschriften – und damit auch derer, die nicht der präventiven behördlichen Kontrolle nach § 52 Abs. 2 LBO unterliegen – im Verantwortungsbereich des Bauherrn liegt. Die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Bestimmungen der Gestaltungssatzung obliegt mithin allein dem Verantwortungsbereich der A-GmbH und ist nicht Prüfungsgegenstand der Baurechtsbehörde im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren.

#### b) Übereinstimmung mit § 16 Abs. 2 LBO

Das vorstehend unter C) I. 2. a) Ausgeführte gilt gleichermaßen auch für den von der Gemeinde vorgetragene Verstoß gegen § 16 Abs. 2 LBO, der verlangt, dass die Sicherheit und Leichtigkeit des öffentlichen Verkehrs durch bauliche Anlagen nicht gefährdet werden darf. Daher könnte selbst ein etwaiger – mangels entsprechender Anhaltspunkte im Sachverhalt nicht zu erkennender – Verstoß des Vorhabens der A-GmbH gegen § 16 Abs. 2 LBO der Erteilung einer Baugenehmigung im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nicht entgegenstehen.

#### Hinweis

Insoweit ist zu beachten, dass Werbeanlagen in städtischen Innenbereichen grundsätzlich zu den üblichen Erscheinungsformen gehören, mit denen ein Verkehrsteilnehmer rechnet und auf die er sich einstellt; deshalb können Werbeanlagen dort nur ausnahmsweise zu einer Gefährdung des öffentlichen Verkehrs führen.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Vgl. Krämer, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK (1.1.2021), § 52 LBO, Rn. 40 ff.

<sup>10</sup> Vgl. mwN. VGH BW, NVwZ 2004, 357.

### c) Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit nach §§ 29 ff. BauGB

In den beschränkten Prüfungsumfang der Baurechtsbehörde im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren fallen nach § 52 Abs. 2 Nr. 1 LBO hingegen jedenfalls die §§ 29 ff. BauGB über die städtebaurechtliche Zulassung von Vorhaben.

#### aa) Vorhaben iSv. § 29 Abs. 1 BauGB

Die Anbringung einer großflächigen Werbetafel für Fremdwerbung an der Außenfassade eines bislang ausschließlich zu Wohnzwecken genutzten Gebäudes stellt ein Vorhaben iSv. § 29 Abs. 1 BauGB dar. Dabei ist anzumerken, dass eine großflächige Werbetafel, auch wenn sie mangels unmittelbarer Verbindung mit dem Erdboden keine bauliche Anlage iSv. § 2 Abs. 1 LBO darstellt, gleichwohl als selbständige, bauplanungsrechtlich relevante bauliche Anlage iSv. § 29 Abs. 1 BauGB anzusehen ist. Denn der bauplanungsrechtliche Begriff der baulichen Anlage in § 29 Abs. 1 BauGB ist nicht deckungsgleich mit dem bauordnungsrechtlichen Begriff nach § 2 Abs. 1 LBO und erfordert insbesondere gerade keine unmittelbare Verbindung mit dem Erdboden.<sup>11</sup> Auch die für den bauplanungsrechtlichen Begriff der baulichen Anlage iSv. § 29 Abs. 1 BauGB weiter erforderliche bodenrechtliche Relevanz der Anlage ist gegeben, da die strittige Werbetafel angesichts ihrer Größe und Ausgestaltung die in § 1 Abs. 5 und 6 BauGB genannten bodenrechtlichen und städtebaulichen Belange (insbes. § 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB) in einer Weise berührt, die geeignet ist, ein Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.<sup>12</sup>

#### bb) Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB

Die Werbetafel soll im Ortskern der Gemeinde G und damit unzweifelhaft innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils, der nicht durch einen Bebauungsplan überplant ist, errichtet werden. Ihre bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich daher nach § 34 BauGB. Nach § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB ist ein Vorhaben im unbeplanten Innenbereich zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Entspricht die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete nach der BauNVO, beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach seiner Art allein danach, ob es nach der BauNVO in dem Baugebiet allgemein zulässig wäre; die Regelungen zu Ausnahmen und Befreiungen in § 31 Abs. 1 und 2 BauGB sind entsprechend anzuwenden (§ 34 Abs. 2 BauGB).

Zunächst ist daher zu bestimmen, welcher räumlicher Bereich hier zur näheren Umgebung iSv. § 34 Abs. 1 und 2 BauGB zu rechnen ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist die nähere Umgebung insoweit zu berücksichtigen, als sich die Ausführung des Vorhabens auf sie auswirken kann und soweit die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst, wozu auch die auf dem Baugrundstück selbst vorhandene Bebauung gehört. Dabei ist die nähere

Umgebung für die in § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB bezeichneten Kriterien jeweils gesondert abzugrenzen.<sup>13</sup> Vorliegend ist nach den Angaben im Sachverhalt allein das Kriterium der Art der baulichen Nutzung in den Blick zu nehmen (für ein fehlendes Einfügen der Werbetafel nach dem Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbauten Grundstücksfläche bestehen keinerlei Anhaltspunkte im Sachverhalt). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Werbetafel der Fremdwerbung dienen soll und daher bauplanungsrechtlich als selbständiger Gewerbebetrieb zu behandeln ist.<sup>14</sup> Sie wirkt sich in erster Linie optisch auf ihre Umgebung aus. Daher kommt es für die Bestimmung der näheren Umgebung vorliegend entscheidend auf die Sichtbeziehung zwischen der Werbetafel und der umliegenden Bebauung an. Diesen Maßstäben folgend gehört hier zur näheren Umgebung die vom Vorhabenstandort sichtbare Bebauung entlang der Hauptstraße. Das im weiteren Verlauf an einer Querstraße zur Hauptstraße hinter einer Kurve gelegene Gasthaus nebst vermieteter Fremdenzimmer ist dagegen vom geplanten Vorhabenstandort nicht zu sehen und es ist dem Sachverhalt auch nicht zu entnehmen, dass es ihrerseits Auswirkungen auf das Baugrundstück hätten. Es hat daher keinen Einfluss auf den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks und zählt daher nicht zur näheren Umgebung.

Ist die nähere Umgebung damit abgegrenzt, ist weiter zu prüfen, ob die Eigenart der so abgegrenzten näheren Umgebung einem der in der BauNVO bezeichneten Baugebiete entspricht, mithin von einem sog. faktischen Baugebiet nach § 34 Abs. 2 BauGB iVm. der entsprechenden Regelung der BauNVO auszugehen ist.

Vorliegend kommt durch die in der näheren Umgebung neben der Wohnnutzung vorhandene deutliche gewerbliche Nutzung eine Einordnung als faktisches Mischgebiet in Betracht. In einem faktischen Mischgebiet wäre das Vorhaben der A-GmbH als selbständige gewerbliche Nutzung nach § 34 Abs. 2 BauGB iVm. § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO zulässig. Charakteristisch für ein (faktisches) Mischgebiet ist jedoch die Gleichwertigkeit und Gleichgewichtigkeit der beiden Hauptnutzungsarten „Wohnen“ und „Gewerbenutzung“, die eine quantitative und qualitative Durchmischung des Baugebiets mit Wohn- und Gewerbenutzung verlangt.<sup>15</sup> Ob vorliegend das erforderliche Gleichgewicht zwischen Wohn- und gewerblicher Nutzung gegeben ist, liegt anhand der verkürzten Sachverhaltsdarstellung nahe, kann jedoch auf dieser Grundlage nicht abschließend beurteilt werden.

Doch selbst wenn die nähere Umgebung des Vorhabens nicht als faktisches Mischgebiet iSv. § 34 Abs. 2 BauGB iVm. § 6 BauNVO oder als ein anderes faktisches Baugebiet eingestuft werden kann, wäre von der Zulässigkeit des Vorhabens der A-GmbH der Art der Nutzung nach auszugehen. Die Zulässigkeit der Werbetafel nach der Art der baulichen Nutzung beurteilt sich dann im Fall einer sog. Gemengelage allein nach § 34 Abs. 1 BauGB. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts fügt sich ein Vorhaben in die Eigenart der näheren Umgebung ein, wenn es sich innerhalb des aus seiner näheren

<sup>11</sup> Vgl. hierzu mwN. BVerwG, DVBl 1973, 40; DVBl 1974, 336; VGH BW, Urt. v. 28.10.1992 – 3 S 2490/91, Rn. 18; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 140. EL (2020), § 29 Rn. 37 ff.

<sup>12</sup> Vgl. mwN. etwa BVerwG, DVBl. 1993, 439; VGH BW, Urt. v. 28.10.1992 – 3 S 2490/91, Rn. 18 ff.

<sup>13</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.5.2014 – 4 B 38.13, Rn. 7.

<sup>14</sup> Vgl. BVerwG, DVBl. 1993, 439; VGH BW, Urt. v. 16.4.2008 – 3 S 3005/06, Rn. 49.

<sup>15</sup> Vgl. etwa mwN. BVerwG, DVBl 1973, 40; NVwZ-RR 1997, 463 sowie Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 140. EL (2020), § 6 BauNVO Rn. 10 ff.

Umgebung hervorgehenden Rahmens hält und nicht die gebotene Rücksichtnahme auf die in der unmittelbaren Umgebung vorhandene Bebauung fehlen lässt.<sup>16</sup> Die geplante Werbetafel fügt sich nach der Art der baulichen Nutzung in jeder Hinsicht in diese Umgebung ein. Sie stellt eine weitere gewerbliche Nutzung in einer bereits entsprechend geprägten Umgebung dar. Etwa 20 m vom Vorhabenstandort entfernt befindet sich eine großflächige Werbetafel des Blumen- und Gartengeschäfts und in Sichtweite zahlreiche andere Gewerbebetriebe. Es ist zudem nicht erkennbar, dass das Vorhaben durch seine konkrete Art der Ausgestaltung (etwa wegen Größe, Beleuchtung, Anbringungshöhe) die gebotene Rücksichtnahme auf die in der unmittelbaren Umgebung vorhandene Bebauung fehlen lässt.

#### Hinweis

Beide Lösungswege, dh. sowohl über § 34 Abs. 2 BauGB iVm. § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO als auch über § 34 Abs. 1 BauGB, sind vorliegend nach den Angaben im Sachverhalt als vertretbar anzusehen. Entscheidend ist, dass die Bearbeitung zu erkennen gibt, dass innerhalb der Prüfung des § 34 BauGB stets zunächst die faktischen Baugebiet zu prüfen sind und sodann die Prüfung folgerichtig durchgeführt wird.

Da sich das geplante Vorhaben – mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt – auch nach dem Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, keine entgegenstehenden öffentlichen Belange iSv. § 34 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 BauGB erkennbar sind und die Erschließung gesichert ist, liegen auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 34 Abs. 1 BauGB vor.

## II. Weitere materielle Genehmigungserfordernisse

Die zu erteilende Baugenehmigung muss den Anforderungen der inhaltlichen Bestimmtheit nach § 37 Abs. 1 LVwVfG Rechnung tragen, als Adressat die A-GmbH als Bauantragstellerin (vertreten durch ihren Geschäftsführer) ausweisen und hat von der Rechtsfolge her als gebundene Entscheidung zu ergehen.

### D) Nachrangige formelle

#### Genehmigungsvoraussetzungen

##### I. Einvernehmen der Gemeinde G

Grundsätzlich ist in der hiesigen Verfahrenssituation zum Schutz der Planungshoheit der Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB erforderlich, da über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach §§ 29 Abs. 1, 34 BauGB entschieden wird. Die Vorschrift des § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ist vorliegend auch anwendbar, da die Gemeinde nicht zugleich selbst untere Baurechtsbehörde ist.<sup>17</sup>

Das Einvernehmen wurde jedoch von der Gemeinde G laut Sachverhalt ausdrücklich verweigert, was grundsätzlich der Erteilung einer Baugenehmigung entgegensteht. Die Verweigerung des Einvernehmens war auch fristgerecht vor Eintritt der Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB erfolgt. Zu beachten ist

jedoch, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 ergebenden Gründen versagen darf. Die Prüfungskompetenz der Gemeinde umfasst demnach das vollständige aber zugleich auch darauf beschränkte planungsrechtliche Entscheidungsprogramm der §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB, das mit dem planungsrechtlichen Prüfprogramm der (Bau-)Genehmigungsbehörde übereinstimmt.<sup>18</sup> Eine Verweigerung des Einvernehmens aus anderen als den vorgenannten bauplanungsrechtlichen Gründen ist rechtswidrig. Vorliegend beruft sich G zur Verweigerung ihres Einvernehmens auf einen Verstoß gegen die kommunale Gestaltungssatzung sowie gegen § 16 Abs. 2 LBO. Beide Einwände liegen außerhalb der in § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB statuierten Prüfungskompetenz der Gemeinde, so dass das Einvernehmen rechtswidrig versagt wurde.

Fraglich ist, wie mit einem rechtswidrig verweigerten Einvernehmen der Gemeinde im weiteren Verfahren umzugehen ist. Gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB kann die nach Landesrecht zuständige Behörde ein rechtswidrig verweigertes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Hierdurch hat der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, dass ein von der Gemeinde rechtswidrig versagtes Einvernehmen durch die zuständige Aufsichtsbehörde ersetzt werden kann. Von dieser Möglichkeit hat Baden-Württemberg in § 54 Abs. 4 S. 1 LBO Gebrauch gemacht. Danach ist die zuständige Baugenehmigungsbehörde verpflichtet, ein u.a. nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB rechtswidrig verweigertes Einvernehmen zu ersetzen. Die Ersetzung eines rechtswidrig verweigerten Einvernehmens durch die Baurechtsbehörde stellt gegenüber der Gemeinde einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt dar, auch wenn die Erteilung des Einvernehmens selbst mangels Außenwirkung kein Verwaltungsakt, sondern eine bloße Verfahrenshandlung ist. Denn die Baurechtsbehörde wird in Fällen der Ersetzung gegenüber der Gemeinde unmittelbar rechtsgestaltend tätig, indem sie deren verweigertes Einvernehmen aufhebt, durch die eigene Entscheidung ersetzt und damit in die Planungshoheit der Gemeinde als Teil der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) eingreift.<sup>19</sup> Einer eigenständigen Ersetzungsentscheidung der Baurechtsbehörde bedarf es nicht; vielmehr gilt nach § 54 Abs. 4 S. 3 LBO die erteilte (Bau-)Genehmigung im Fall der Ersetzung des rechtswidrig verweigerten Einvernehmens durch die Baurechtsbehörde zugleich als Ersatzvornahme.

#### Hinweis

Eine etwaige Rechtswidrigkeit der Ersetzungsentscheidung kann die Gemeinde daher nach hM. auch nur im Rahmen der Anfechtung der Sachentscheidung geltend machen.<sup>20</sup>

Vom weiteren Verfahren her ist zu beachten, dass vorliegend das Landratsamt als untere Baurechtsbehörde verpflichtet ist, die Gemeinde nach § 54 Abs. 4 S. 6 LBO vor der beabsichtigten Erteilung der Baugenehmigung nochmals anzuhören und ihr dabei nach § 54 Abs. 4 S. 7 LBO Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über das gemeindliche Einvernehmen

<sup>16</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2017, 717.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu mwN. etwa BVerwG, Beschl. v. 17.1.2013 – 8 B 50/12, Rn. 6; VGH BW, VBIBW 2012, 339.

<sup>18</sup> Vgl. mwN. etwa Hofmeister, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB (1.11.2020), § 36 Rn. 22; Schoch, NVwZ 2012, 777 (780).

<sup>19</sup> Vgl. Gassner, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK LBO BW (1.1.2021), § 54 Rn. 50.

<sup>20</sup> Vgl. mwN. Schlotterbeck, in: Schlotterbeck/Hager/Busch/Gammerl, LBO BW, 8. Aufl. (2021), § 54 Rn. 35 ff.

zu entscheiden. Erst nach diesem weiteren Verfahrensschritt kann die Baugenehmigung erteilt werden.

## II. Schriftform

Die zu erteilende Baugenehmigung bedarf gem. § 58 Abs. 1 S. 3 LBO der Schriftform.

## III. Begründung

Nach § 58 Abs. 1 S. 5 LBO bedarf die Baugenehmigung als solche vorliegend grundsätzlich keiner Begründung. Die Entscheidung über die Ersetzung des rechtswidrig verweigerten Einvernehmens durch die Baurechtsbehörde ist hingegen nach § 54 Abs. 4 S. 4 LBO in der Baugenehmigung explizit zu begründen.

## E) Ergebnis

Auf den Bauantrag der A-GmbH hat das Landratsamt die Baugenehmigung im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren zu erteilen. Das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen der Gemeinde wird durch die erteilte Baugenehmigung ersetzt.

► [Inhaltsverzeichnis](#)





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

# RECHTSPRECHUNG

## ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Sachmangel und Verschleiß – Reichweite des § 476 BGB

Urteil vom 9. September 2020, Az.: VIII ZR 150/18

1. Ein bei Gefahrübergang vorliegender, dem Alter, der Laufleistung und der Qualitätsstufe entsprechender, gewöhnlicher, die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigender Verschleiß eines für den Straßenverkehr zugelassenen Kraftfahrzeugs begründet einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 BGB nicht. Dies gilt auch dann, wenn sich daraus in absehbarer Zeit – insbesondere bei der durch Gebrauch und Zeitablauf zu erwartenden weiteren Abnutzung – ein Erneuerungsbedarf ergibt.

2. Die Vermutung des § BGB § 476 Hs. 1 BGB – in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung (jetzt § BGB § 477 Hs. 1 BGB) – entbindet den Käufer nicht davon, darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass sich an der Kaufsache innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (Mangelercheinung) gezeigt hat. Der Käufer ist dann durch die genannte Vorschrift des Vortrags und des Nachweises enthoben, auf welche Ursache der zutage getretene mangelhafte Zustand zurückzuführen ist, sowie dass diese Ursache in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt.

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (Vereinfacht)

A kauft von B (gewerblich) einen PkW (gebraucht, 9 Jahre alt). Vereinbart wurde „TÜV neu“. A rügt eine Mangelhaftigkeit des Auspuffs, B führt daran im Rahmen der Nacherfüllung Schweißarbeiten durch. Dennoch rügt A weiterhin einen Mangel aufgrund eines zu lauten Auspuffs und tritt zurück.

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

Streitgegenständlich war damit der Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Kfz aus §§ 346, 437 Nr.2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr.1, S. 2, 433 Abs. 1 S. 2 BGB.

#### I. Rücktrittsgrund

In Betracht kam ein Rücktritt aufgrund der Mangelhaftigkeit der Sache.

##### 1. Kaufvertrag

Ein wirksamer Kaufvertrag lag vor

##### 2. Sachmangel

Fraglich ist, ob ein zum Rücktritt berechtigender Mangel vorlag.

Als Mangel kommt hier eine zu starke Geräusentwicklung des Auspuffs in Frage.

Ob ein Mangel vorliegt, bestimmt sich nach § 434 BGB. Hier kommt in der Klausel „TÜV neu“ eine Beschaffenheitsvereinbarung in Betracht. Der BGH führt dazu aus:

*„Zutreffend hat das BerGer. angenommen, dass der im Kaufvertrag der Parteien vom 11.1.2014 unter dem Punkt „Sonstige Vereinbarungen“ zu findende Hinweis „TÜV/AU neu“ bei interessengerechter Auslegung als stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB des Inhalts zu verstehen ist, dass sich das Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe in einem für die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO geeigneten, verkehrssicheren Zustand befindet. Dies ist nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des BerGer. hier der Fall. Ein Rücktrittsrecht der Kl. ergibt sich daher nicht aus einer Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit. Dies stellt auch die Revision nicht infrage.“*

Eine Beschaffenheitsvereinbarung liegt also zwar vor, allerdings weicht die tatsächliche Beschaffenheit von dieser auch nicht ab.

Im Übrigen muss sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignen. Daran könnte es durch die Geräusentwicklung des Auspuffs fehlen. Der BGH hält dazu aber fest:

*„Das BerGer. hat zunächst darauf abgestellt, dass „normaler“ – also nicht atypischer oder ungewöhnlicher – Verschleiß an der Auspuffanlage eines Gebrauchtfahrzeugs nicht als Sachmangel nach § BGB anzusehen ist. Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern. Verschleißteile eines Kraftfahrzeugs unterliegen – in Abhängigkeit von Alter, Laufleistung, Anzahl der Vorbesitzer, Art der Vorbenutzung sowie Qualität des Fahrzeugs – einer kontinuierlichen Abnutzung, beispielsweise in Form von Rosterscheinungen. Bei sicherheitsrelevanten Teilen – wie etwa der Bremsanlage – wird es allerdings im Fall der Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit regelmäßig an der Eignung des Fahrzeugs zur Verwendung im Straßenverkehr fehlen und somit ein Sachmangel gem. § 434 BGB vorliegen; denn der Käufer eines als fahrbereit veräußerten Gebrauchtfahrzeugs kann erwarten, dass Verschleißteile in einem solchen Fall ersetzt oder repariert worden sind.“*

Soweit jedoch – wie hier nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. – die Verkehrssicherheit nicht betroffen ist, ist ein „normaler“, das heißt ein insbesondere nach Alter, Laufleistung und Qualitätsstufe nicht ungewöhnlicher Verschleiß nicht als Sachmangel einzustufen. Dies gilt auch dann, wenn sich daraus in absehbarer Zeit –

*insbesondere bei der durch Gebrauch und Zeitablauf zu erwartenden weiteren Abnutzung – ein Erneuerungsbedarf ergibt.“*

Also ist die Geräuschentwicklung des Auspuffs hier aufgrund des Alters des PkW nicht als Mangel anzusehen.

Allerdings ergibt sich möglicherweise aus § 477 BGB hier etwas anderes. Danach wird die Anhänglichkeit eines Mangels beim Verbrauchsgüterkauf vermutet, falls der Mangel sich innerhalb der ersten 6 Monate zeigt.

Der BGH verneint jedoch auch das:

*„Allerdings greift die Vermutung des § 476 Hs. 1 BGB aF (heute § 477 BGB Hs. 1 BGB) nach der neueren Rechtsprechung des Senats zugunsten des Käufers bereits dann ein, wenn diesem der Nachweis gelingt, dass sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (eine Mangelerscheinung) gezeigt hat, der – unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand – dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründen würde. Der Käufer ist durch die genannte Vorschrift des Vortrags und des Nachweises enthoben, auf welche Ursache der zutage getretene mangelhafte Zustand zurückzuführen ist, sowie dass diese Ursache in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt. Die Vermutungswirkung des § 476 BGB Hs. 1 aF kommt dem Käufer grundsätzlich auch dahin zugute, dass der binnen sechs Monaten nach Übergabe zutage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz (latent) schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat*

*28(2) Im Streitfall ist jedoch ein mangelhafter Zustand (Mangelerscheinung), an den die Vermutung des § 476 BGB anknüpfen könnte, innerhalb der Sechs-Monats-Frist nicht aufgetreten. Die von der Kl. innerhalb der ersten sechs Monate nach der Übergabe des Fahrzeugs beanstandete starke Geräuschentwicklung an der Auspuffanlage mag zwar darauf schließen lassen, dass an der Auspuffanlage zu diesem Zeitpunkt mehr oder minder starke Durchrostungen vorhanden waren. Das BerGer. ist aber ohnehin von erheblichen Durchrostungen ausgegangen, hat diese jedoch – wie ausgeführt – rechtsfehlerfrei als „normalen“ Verschleiß unter Berücksichtigung von Kaufgegenstand, Alter, Laufleistung und bisherigen Vorbesitzern angesehen.“*

## II. Ergebnis

Der begehrte Anspruch besteht demnach nicht.

### Abschließende Hinweise

1. Entscheidungen des BGH zum Kauf, insbesondere von PkW, weisen üblicherweise eine hohe Examensrelevanz aus
2. Die Entscheidung ist auch praktisch von erheblicher Bedeutung, eliminiert der BGH doch Verschleißerscheinungen aus dem Mangelbegriff in grundsätzlicher Weise. Wer einen älteren gebrauchten PkW erwirbt, kann also nicht erwarten, dass dieser in seinem Zustand und seiner Funktionsfähigkeit einem Neuwagen entspricht

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

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Hochschule für öffentliche Finanzen

Ludwigsburg

► [Inhaltsverzeichnis](#)



## RECHTSPRECHUNG

### ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

## Unterschlagung und Eigentumsverlust nach gutgläubigem Erwerb eines Autos während einer Probefahrt

Urteil vom 18. September 2020, Az.: V ZR 8/19

**1. Ein Kaufinteressent, der eine Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug unternimmt, ist nicht Besitzdiener des Verkäufers.**

**2. Die Überlassung eines Kraftfahrzeugs durch den Verkäufer zu einer unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt eines Kaufinteressenten auf öffentlichen Straßen für eine gewisse Dauer (hier eine Stunde) ist keine Besitzlockerung, sondern führt zu einem freiwilligen Besitzverlust.**

**2. Wird das Fahrzeug in einem solchen Fall nicht zurückgegeben, liegt daher kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB vor.**

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht)

Bei einem Autoverkäufer A erschien der professionelle Fälscher und vermeintliche Kaufinteressent K für ein als Vorführwagen genutztes Kraftfahrzeug im Wert von 52.900,00 Euro. Der Interessent hatte einen gefälschten italienischen Personalausweis, eine gefälschte Meldebestätigung einer deutschen Stadt und einen gefälschten italienischen Führerschein dabei, den er unter Angabe seiner gefälschten Personalien vorlegte. Für die Dauer von einer Stunde wurde ihm eine unbegleitete Probefahrt auf der Grundlage eines sog. Fahrzeug-Benutzungsvertrages gewährt. Hierfür wurden ihm ein Fahrzeugschlüssel, ein Fahrtenbuch, der Fahrzeugschein, eine Kopie der Zulassungsbescheinigung Teil I und das mit einem roten Kennzeichen versehene Fahrzeug überlassen.

K kehrte von der Probefahrt nicht zurück. K fotografierte das Fahrzeug und bot es auf einer Internetverkaufsplattform zum Kauf an. Auf Grundlage von gefälschten Papieren schloss er sodann einen Kaufvertrag und übergab den Wagen später auf einem Hauptbahnhofsparkplatz der nächstgrößeren Stadt der Erwerberin E. Dort wurden gegen Zahlung von 46.500,00 Euro neben dem Fahrzeug auch die Zulassungspapiere, der passende sowie ein weiterer, nicht dem Fahrzeug zuzuordnender, Schlüssel übergeben.

Auf Wunsch des Verkäufers wurden im Vertragsformular statt den bezahlten 46.500,00 Euro nur 43.500,00 Euro eingetragen, weil er angab, dass dies „besser für seine Arbeit“ sei. Als die Erwerberin das Auto zulassen wollte, lehnte die zuständige Behörde dies ab, weil das Auto als gestohlen gemeldet war.

#### B) Die Entscheidung des Senats

Der Anspruch auf Herausgabe des Autos stützt sich mangels vertraglicher Ansprüche auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 BGB. Die Erwerberin hat die tatsächliche Sachherrschaft über das Fahrzeug, mithin Besitz, § 854 Abs. 1 BGB. Außerdem hat sie kein Recht zum Besitz. Ein aus dem Kaufvertrag abgeleitetes Recht zum Besitz wirkt nur gegenüber dem Verkäufer, nicht gegenüber einem Dritten.

#### I. Anspruch des A gegen E auf Herausgabe des KFZ nach § 985 BGB

Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB setzt zunächst voraus, dass A Eigentümer des KFZ ist. Ursprünglich war A Eigentümer, er könnte sein Eigentum jedoch verloren haben.

##### 1. Übereignung an K

Zunächst kommt ein Eigentumsverlust durch Übereignung von A an K nach § 929 S. 1 BGB in Betracht. Zur Übereignung bedarf es zuerst der Einigung hinsichtlich des dinglichen Rechtsgeschäfts.

Hier fehlt es gerade an dieser dinglichen Einigung. A und K einigten sich explizit nur auf die Durchführung einer Probefahrt. Nach dem Ablauf von einer Stunde sollte K das KFZ (inklusive Schlüssel) zurückbringen, entsprechend sollte das Eigentum bei A verbleiben, eine Einigung hinsichtlich des Verfügungsgeschäfts liegt nicht vor.

##### 2. Übereignung an E

E könnte von K das Eigentum an dem Fahrzeug durch Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB erworben haben.

##### a) Eigentumserwerb von K

K und E einigten sich darüber, dass das Eigentum an KFZ auf E übergehen solle, §§ 133, 157, 929 BGB. Auch eine Übergabe fand statt. K müsste aber auch zur Eigentumsübertragung berechtigt gewesen sein. Da K wie oben geprüft nicht Eigentümer war und auch sonst nicht berechtigt war, scheidet eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB aus.

##### b) Gutgläubiger Eigentumserwerb von K

Es kommt ein gutgläubiger Eigentumserwerb des E nach §§ 929 S. 1, 932 BGB in Betracht. Neben der Nichtberechtigung, einer dinglichen Einigung, der Übergabe der Erwerbssache, des

Rechtsgeschäfts im Sinne eines Verkehrsgeschäfts und dem notwendigen Rechtsschein,<sup>1</sup> bedarf es der Gutgläubigkeit des E, § 932 Abs. 1 S. 1, HS. 2.

### aa) Guter Glaube

Nach Legaldefinition des § 932 Abs. 2 BGB ist ein Erwerber dann nicht in gutem Glauben, wenn bekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört oder ihm dies infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Hierbei kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Bei einem Gebrauchtwagenverkauf begründet der Besitz des KFZ allein nicht den für den gutgläubigen Erwerb erforderlichen Rechtsschein.<sup>2</sup> Der Erwerber ist, um sich nicht dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit auszusetzen, gehalten, sich mindestens die Zulassungsbescheinigung Teil II vorlegen zu lassen und anhand der dortigen Eintragungen zu prüfen, ob der Besitzer des Fahrzeugs auch zur Übereignung berechtigt ist, beispielsweise indem kontrolliert wird, ob der Name des Veräußerers auch in der Bescheinigung enthalten ist.<sup>3</sup>

Vorliegend ist K sowohl im Besitz des KFZ als auch professionell gefälschter Zulassungsbescheinigungen, die ihn als Berechtigten auswiesen. E hatte aufgrund der Professionalität der Fälschungen keinen Anlass, an der Echtheit der Papiere zu zweifeln, auch wurde ihr ein zweiter Schlüssel übergeben, E war gutgläubig.

### bb) Kein Abhandenkommen

Das KFZ dürfte allerdings gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB auch nicht abhandengekommen sein. Ein Abhandenkommen liegt bei unfreiwilligem Verlust des unmittelbaren Besitzes vor.<sup>4</sup> Besitz ist die vom Verkehr anerkannte tatsächliche Sachherrschaft.<sup>5</sup> Fraglich ist, ob A während der Probefahrt des K noch unmittelbaren Besitz an dem KFZ samt Schlüsseln hatte. Dies wäre der Fall, wenn statt einer Aufgabe des Besitzes hier nur eine Besitzlockerung vorläge.

Ob während einer Probefahrt der Besitz nur gelockert und somit noch beim Eigentümer verbleibt oder auf den vermeintlichen Kaufinteressenten oder Probefahrenden übergegangen ist, wird anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt. Bleibt etwa bei der Probefahrt eine Begleitung, zum Beispiel ein Angestellter des Verkäufers oder der Werkstatt, als Beifahrer dabei oder erfolgt eine sonstige Überwachung der Probefahrt, zum Beispiel in Form einer Verfolgung per GPS-Ortung, wird nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Sachherrschaft nicht aufgegeben.<sup>6</sup> Vorliegend ist es zu keiner Begleitung oder andersgearteter Überwachung der Probefahrt gekommen, der unmittelbare Besitz könnte mit Beginn der Probefahrt mithin auf K übergegangen sein.

Dieses wäre aber dann nicht der Fall, wenn der Probefahrende als Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB einzuordnen wäre. Jemand ist als Besitzdiener und nicht als Besitzer anzusehen, wenn er die tatsächliche Sachgewalt für einen andere ausübt, zu diesem in einem Weisungsverhältnis, zumindest aber in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis steht und das Vorgenannte nach außen erkennbar ist.<sup>7</sup>

Problematisch erscheint hier die Voraussetzung des o.g. Abhängigkeitsverhältnisses:

*„Verwiesen wird dabei darauf, dass § 855 BGB nicht notwendig das Vorliegen eines Abhängigkeits- oder sozialen Über-/Unterordnungsverhältnisses voraussetze, sondern lediglich eine Beziehung, welche den Besitzherrn zur jederzeitigen Weisung bzw. zum Eingreifen, etwa zum Abbruch der Fahrt berechtige.“<sup>8</sup> Jedenfalls liege in solchen Fällen eine strukturell vergleichbare Situation vor, die eine analoge Anwendung des § 855 BGB rechtfertige.“*

In der Sache entscheidet der BGH sich gegen das Vorliegen eines solchen Verhältnisses und damit auch gegen das Vorliegen einer Besitzdienerschaft:

*„Ein Kaufinteressent, der eine Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug unternimmt, ist nicht Besitzdiener des Verkäufers. Ist – wie hier – mit der Überlassung des Fahrzeuges keine bloße Besitzlockerung verbunden, liegt daher kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB vor, wenn das Fahrzeug nicht zurückgegeben wurde. Besitzdiener ist nach § 855 BGB, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat. Auch für das hier nur in Betracht kommende „ähnliche Verhältnis“ muss ein nach außen erkennbares soziales Abhängigkeitsverhältnis begründet werden, das dem Besitzherrn zumindest faktisch die Möglichkeit gibt, seinen Willen gegenüber dem Besitzdiener durchzusetzen. Besitzdiener ist nicht jeder, der Weisungen des Eigentümers der Sache zu befolgen hat, sondern nur derjenige, demgegenüber der Eigentümer die Einhaltung seiner Weisungen im Nichtbefolgungsfall auf Grund eines Direktionsrechts oder vergleichbarer Befugnisse unmittelbar selbst durchsetzen kann. Dies geht nicht nur in eindeutiger Weise aus dem Wortlaut der Vorschrift hervor, sondern auch aus der Gesetzgebungsgeschichte.*

*Die von dem Gesetz genannten Fälle - Ausübung der unmittelbaren Gewalt über die Sache im Haushalt des Besitzherrn oder in dessen Erwerbsgeschäft - machen deutlich, dass das Weisungsrecht seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden und diesem Rechtsverhältnis das Gepräge geben muss. [...]*

*An einem solchen sozialen Abhängigkeitsverhältnis fehlt es zwischen einem Kaufinteressenten und dem Verkäufer.*

Auch eine analoge Anwendung des § 855 BGB schließt der BGH in seiner Urteilsbegründung aus, ausdrücklich lässt der BGH offen, ob der § 855 BGB, der in seinem Tatbestand mit dem „ähnlichen Verhältnis“ bereits eine unspezifische Erweiterung enthält, überhaupt analogiefähig ist:

*Die Vorschrift begründet eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine*

<sup>1</sup> Oechsler, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020), § 932 Rn. 10 ff.

<sup>2</sup> Ibid. Rn. 55 ff.

<sup>3</sup> BGH NJW 1994, 2022; NJW 2013, 1946.

<sup>4</sup> OLG Brandenburg BeckRS 2014, 13060.

<sup>5</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020), § 854 RN. 21.

<sup>6</sup> Schon: RGZ 67, 387; BGH NJW-RR 2017, 818.

<sup>7</sup> Berger, in: Jauernig, BGB, 18. Auflage (2021), § 855 Rn. 1.

<sup>8</sup> OLG Köln, MDR 2006, 90.

*Sache ausübt, als deren unmittelbarer Besitzer anzusehen ist. Sie stellt eine besondere Zurechnungsnorm für den Fall dar, dass sich der Besitzer bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt Hilfspersonen bedient. Als Ausnahmevorschrift erfordert sie grundsätzlich ein enges Verständnis. Die Frage bedarf hier aber keiner Entscheidung, da eine entsprechende Heranziehung der Vorschrift allenfalls in den Fällen in Betracht kommt, in denen sich eine Person aus Gefälligkeit - mithin nicht aufgrund eines Rechtsverhältnisses.*

*Die Überlassung eines Kraftfahrzeuges an einen Kaufinteressenten zum Zweck einer Probefahrt stellt kein derartiges Gefälligkeitsverhältnis dar. Zwar wird die Annahme eines rechtlich selbständigen Nutzungsvertrages über das Fahrzeug, das für die Probefahrt zur Verfügung gestellt wird, dem Willen der Beteiligten regelmäßig nicht gerecht. [...] Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass insoweit überhaupt kein Schuldverhältnis begründet wird. Vielmehr wird dem Kaufinteressenten das Fahrzeug im Rahmen der Vertragsanbahnung anvertraut (vgl. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB). [...] Sowohl der Probefahrer als auch der Verkäufer verfolgen allein eigene Interessen; der Probefahrer will das Fahrzeug im Straßenverkehr auf dessen Fahreigenschaften und Funktionalität prüfen; der Verkäufer möchte mit dem Fahrer über kurz oder lang einen Vertrag abschließen.*

#### Hinweis

Das mögliche Vorliegen eines mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB ist für die Frage des Abhandenkommens nicht ausschlaggebend, da es im Rahmen der Prüfung des § 935 BGB gerade auf den unmittelbaren Besitz ankommt.

A hat den unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug verloren, weder eine Besitzdienerschaft noch eine bloße Besitzlockerung liegen vor.

#### cc) Freiwilligkeit des Besitzverlustes

In diesem Moment des Verlustes des unmittelbaren Besitzes muss dieser Besitzverlust des A unfreiwillig erfolgt sein. Hierbei kommt es darauf an, ob der Besitzverlust auf einem tatsächlichen Willensentschluss ohne Zwang beruht.<sup>9</sup> Ein freiwilliger Besitzverlust durch Überlassung liegt vor, die Besitzübertragung wird nicht schon deshalb unfreiwillig, weil sie auf einer Täuschung – etwa über das in Wahrheit nicht bestehende Kaufinteresse und die Absicht, das KFZ nach einer Stunde zurückzubringen – beruht.<sup>10</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Der Verlust des unmittelbaren Besitzes erfolgte freiwillig, ein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB kommt deswegen nicht in Betracht. E konnte gutgläubig nach §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum an dem KFZ erwerben. A ist mithin nicht mehr Eigentümer.

### 3. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Herausgabe des KFZ aus § 985 BGB gegen E.

#### II. § 861 BGB

A könnte einen Anspruch auf Herausgabe des KFZ gegen E gemäß § 861 BGB haben. Danach hat ein früherer Besitzer einen Anspruch gegen den neuen Besitzer, wenn der unmittelbare Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist, der aktuelle Besitzer fehlerhaft besitzt und keine Ausschlussgründe gegeben sind.

Der unmittelbare Besitz von A müsste zuerst durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sein. Verbotene Eigenmacht iSd. § 858 Abs. 1 BGB ist jede gesetzlich nicht gestattete Handlung, die den unmittelbaren Besitzer ohne dessen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache beeinträchtigt. Der Wille des Besitzers ist dabei nicht rechtsgeschäftlicher Art, sodass auch eine Zustimmung aus einer Täuschung heraus wirksam sein kann.<sup>11</sup> Das KFZ wurde zur Probefahrt überlassen, A hat somit den unmittelbaren Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht verloren.

A hat keinen Anspruch auf Herausgabe des KFZ gem. § 861 BGB gegen E.

#### III. § 1007 Abs. 1 BGB

A könnte indes einen Anspruch auf Herausgabe des KFZ gegen E gem. § 1007 Abs. 1 BGB haben. Hiernach kann der frühere Besitzer Herausgabe vom derzeitigen Besitzer verlangen, wenn dieser bei Besitzerlangung nicht in gutem Glauben gewesen ist. Abweichend von § 932 BGB muss sich die Bösgläubigkeit dabei auf die Besitzberechtigung gegenüber dem früheren Besitzer beziehen.<sup>12</sup>

E ging hier davon aus, dass K Eigentümer und damit auch berechtigter Besitzer des KFZ war, sodass dieser aus Sicht von der Erwerberin E auch zur Besitzübertragung berechtigt gewesen ist. Eine Bösgläubigkeit liegt mithin nicht vor, ein Anspruch gem. § 1007 Abs. 1 BGB besteht nicht.

#### IV. § 1007 Abs. 2 BGB

A könnte einen Anspruch auf Herausgabe des KFZ gem. § 1007 Abs. 2 BGB gegen E haben. Danach kann ein früherer Besitzer Herausgabe von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, wenn ihm die Sache abhandengekommen ist. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der neue Besitzer Eigentümer geworden ist oder ihm die Sache vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhandengekommen ist.

Vorliegend hat A den Besitz am KFZ freiwillig zur Durchführung einer Probefahrt auf K übertragen, sodass es an einem Abhandenkommen fehlt. Ein Anspruch gem. § 1007 Abs. 2 BGB besteht nicht.

<sup>9</sup> Oechsler, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020), § 935 Rn. 6f.

<sup>10</sup> BGHZ 4, 10 (38); BGH NJW 2020, 3711; Oechsler, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020) § 935 Rn. 7; Temming, JuS 2018, 108 (110f.).

<sup>11</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020), § 858 Rn. 7.

<sup>12</sup> Fritzsche, in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 56. Ed. (01.11.2020), § 1007 Rn. 8.

### V. Anspruch aus § 823 Abs. 1 iVm. § 249 Abs. 1 BGB

Ebenso besteht für A kein Anspruch auf Herausgabe des KFZ gem. § 823 Abs. 1 iVm. § 249 Abs. 1 BGB gegen E, da dies der Wertung des § 932 BGB zuwiderliefe.

#### Hinweis

An welcher Stelle der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheitert, wird unterschiedlich beurteilt. Nach wohl verbreitetster Auffassung wird argumentiert, dass die Eigentumsverletzung nicht rechtswidrig sei, da sie gerade durch § 932 BGB „ermöglicht“ werde.<sup>13</sup> Denkbar erscheint auch, dass es beim gutgläubigen Erwerber an einem Verschulden fehlt, dessen Vorliegen sich am Maßstab sich an dem des § 932 Abs. 2 BGB orientieren muss.

### VI. Anspruch des E gegen A auf Herausgabe der Original-Zulassungsbescheinigung aus § 985 BGB

E könnte Eigentümerin der Zulassungsbescheinigung geworden sein. Ursprünglich war A Eigentümer.

A könnte das Eigentum durch Übereignung des K an E im Sinne des § 929 S. 1 verloren haben. Die dingliche Einigung zwischen B und E bezog sich nur auf das gefälschte Dokument. Rechtsgeschäftlich hat E kein Eigentum an der Zulassungsbescheinigung Teil II erlangt.

Das Eigentum an der Zulassungsbescheinigung Teil II ist jedoch mit dem Eigentumserwerb an dem KFZ nach § 952 BGB analog auf E übergegangen. Es besteht eine planwidrige Regelungslücke und zudem auch eine vergleichbare Interessenlage zu Fällen, die sonst dem § 952 BGB unterfallen.<sup>14</sup> Diese ergibt sich aus dem auch bei KFZ bestehenden engen Zusammenhang zwischen dem KFZ als solchem und der Zulassungsbescheinigung Teil II. Diese gilt nach § 12 Abs. 6 FZV gegenüber der Zulassungsbehörde als Legitimation(spapier), es besteht das Bedürfnis, formelle und materielle Legitimation in Einklang zu bringen. Das Eigentum an der Zulassungsbescheinigung Teil II folgt daher in analoger Anwendung des § 952 BGB stets dem Eigentum am KFZ.<sup>15</sup>

Da A im Besitz der Zulassungsbescheinigung Teil II ist, jedoch nicht zum Besitz berechtigt ist, hat E einen Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe der Zulassungsbescheinigung Teil II gegen A.

#### Abschließende Hinweise

Die vorliegende Entscheidung eignet sich aufgrund ihrer Aktualität und der vorhandene Möglichkeit zur Argumentation sehr für eine (Examens-)Klausur im Mobiliarsachenrecht. Sie bietet einen hervorragenden Aufhänger und geht dann in die gebotene Tiefe, in der Argumentation lässt die Entscheidung auch innovative Gedanken zu. Die intensive Auseinandersetzung mit dem Abschluss des gutgläubigen Erwerbs durch das Abhandenkommen der Sache ist für Studierende ohnehin Pflichtstoff, der nunmehr um eine Nuance erweitert worden ist. Die Kenntnis der Anwendbarkeit des § 952 BGB analog auf die Zulassungsbescheinigung Teil II ist eine geeignete „Zusatzfrage“, wenn die Klausur im Examen zu kurz erscheint oder der Fall in der mündlichen Prüfung zu schnell gelöst ist.

Einen Einstieg in die Klausurbearbeitung dieser Themen bietet: v. *Finckenstein/Kuschel*, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Sachenrecht – Cabrio mit großer Schleife, JuS 2016, 717.

**Dr. Tim Brockmann**

Hannover

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>13</sup> Vgl. *Hans Schulte-Nölke*, in: HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 932 Rn. 2.

<sup>14</sup> BGHZ 10, 122 (125); 34, 122 (134); 88, 11 (13); *Schrader*, JA 2020, 946.

<sup>15</sup> *Füller*, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020), § 952 Rn. 11 (mwN.).



## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

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

# RECHTSPRECHUNG

## STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Schöffenschlaf als absoluter Revisionsgrund

Beschluss vom 14. Oktober 2020, Az.: 1 StR 616/19

**Schläft ein Schöffe während eines erheblichen Teils der Anklageverlesung, begründet dies den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 1 StPO (Leitsatz des Bearbeiters)**

**(Leitsatz des Bearbeiters)**

#### A) Sachverhalt

Gegen den Angeklagten wurde vor der Großen Wirtschaftskammer u.a. wegen 159 Fällen der Steuerhinterziehung verhandelt.

„[Der] Verteidiger des Angeklagten [bemerkte] am Nachmittag des ersten Verhandlungstages während der Verlesung des Anklagesatzes, dass der Schöffe S. die Augen geschlossen, den Mund leicht geöffnet und eine erschlaffte Sitzhaltung eingenommen hatte. Er beobachtete den Schöffen, der weiterhin in dem beschriebenen Zustand auf der Richterbank saß, mindestens eine Minute lang und wandte sich dann während der Verlesung der Tatvorwürfe Nr. 176 bis 177 der Anklageschrift mit der Bemerkung an den Vorsitzenden Richter, er möge sich versichern, ob der Schöffe noch wach sei. Der Vorsitzende erwiderte spontan, dass der Schöffe noch wach sei; der Schöffe selbst reagierte auf die vom Verteidiger veranlasste Unterbrechung der Verlesung der Anklageschrift und den Wortwechsel zwischen dem Verteidiger und dem Vorsitzenden nicht. Als sich die Berufsrichter zu dem Schöffen hinwandten, öffnete dieser die Augen und benötigte ersichtlich einen kurzen Augenblick, um zu realisieren, dass er eingeschlafen war. Die Verlesung der Anklageschrift wurde anschließend fortgesetzt, aber nicht – auch nicht teilweise – wiederholt.“

Das Landgericht verurteilt den Angeklagten, der sich hiergegen mit einer (zulässigen) „auf die Rüge einer Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision“ wendet.

#### B) Die Entscheidung des Senats

Die Revision des Angeklagten kann mit der Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 1 StPO Erfolg haben. Danach ist die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts ein absoluter Revisionsgrund

#### I. Fehlende ununterbrochenen Gegenwart der zur Urteilsfindung berufenen Personen

Hierzu rechnet die herrschende Ansicht auch die **fehlende ununterbrochenen Gegenwart der zur Urteilsfindung berufenen Personen**.<sup>1</sup> Und so wird unter diese Norm auch<sup>2</sup> der Fall eines schlafenden<sup>3</sup> Richters oder Schöffen gefasst, also dessen jedenfalls teilweise (geistige) Abwesenheit.<sup>4</sup>

#### Hinweis

Abwesende Richter oder Schöffen sind wie erwähnt nach herrschender Ansicht gemäß § 338 Nr. 1 StPO zu beurteilen<sup>5</sup> Die Abwesenheit von Prozessbeteiligten, deren Abwesenheit vom Gesetz zwingend vorgeschrieben wird (vgl. §§ 145, 226, 230, 247 StPO, 185 GVG), ist dagegen ein Fall des § 338 Nr. 5 StPO.<sup>6</sup>

#### II. Nicht nur eine kurzfristige Unaufmerksamkeit

Zudem darf es sich **nicht nur um eine kurzfristige Unaufmerksamkeit** handeln.<sup>7</sup> Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist notwendig, dass die Gerichtsperson über einen „nicht unerheblichen Zeitraum fest schläft“<sup>8</sup>, der „Richter oder Schöffe in so tiefen Schlaf verfallen ist, dass er die Vorgänge in der Hauptverhandlung nicht mehr wahrnimmt“.<sup>9</sup> Demgegenüber genügt danach eine vorübergehende Beeinträchtigung der Aufmerksamkeit durch Ermüdungserscheinungen nicht.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Wiedner, in: BeckOK StPO, 38. Ed. (01.10.2020), § 338 Rn. 7.

<sup>2</sup> Zu den Fällen der vorschriftswidrigen Besetzung und Entziehung des gesetzlichen Richters ausführlich Gericke, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 338 Rn. 17 ff.

<sup>3</sup> Ebenso der blinde, taube oder stumme Richter Kock/Neumann, Strafurteil und Revisionsrecht in der Assessor Klausur, 9. Aufl. (2018), Rn. 381; Gericke, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 338 Rn. 50.

<sup>4</sup> S. bereits RGSt 60, 63 (64) zu § 338 Nr. 1 StPO: „Ein Gericht ist auch dann nicht vorschriftsgemäß besetzt, wenn einer der Richter unfähig ist, die Vorgänge in der Hauptverhandlung wahrzunehmen.“

<sup>5</sup> Wie vorliegend der Senat auch etwa Wiedner, in: BeckOK StPO, 38. Ed. (01.10.2020), § 338 Rn. 7, 99; Gericke, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 338 Rn. 71 mwN. Dagegen zweifelnd und zu § 338 Nr. 5 neigend der 3. Senat, BGH NJW 2017, 181 (183). Diese Streitfrage dürfte in der Praxis weniger Relevanz erlangen, da die – in § 338 Nr. 5 StPO nicht enthaltenen – Präklusionsregelungen des § 338 Nr. 1 StPO keine Anwendung finden, sofern (wie vorliegend) der Grund für die fehlerhafte Gerichtsbesetzung erst während der

Hauptverhandlung entsteht (Böhm, FD-StrafR 2020, 434513 mN.). In der Literatur (Mosbacher, JuS 2021, 126 (127) mwN.) wird ferner auch die Ansicht vertreten, bei einer schlafenden (kurz abwesenden) Gerichtsperson handle es sich bloß um einen relativen Revisionsgrund, nämlich einen Verstoß gegen das aus § 261 StPO resultierende Mündlichkeitsprinzip.

<sup>6</sup> Wiedner, in: BeckOK StPO, 38. Ed. (01.10.2020), § 338 Rn. 99.

<sup>7</sup> Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO (2019), § 338 Rn. 33

<sup>8</sup> BGH NStZ 1982, 41 (41); NStZ 2019, 106 (107): „während einer ins Gewicht fallenden Zeitspanne“.

<sup>9</sup> RGSt 60, 63 (64). Zwar müsse „ein einmaliger oder gelegentlicher ‚schnarchender Ton‘“ nicht zu § 338 Nr. 1 StPO führen (RGSt 60, 63 (64)), jedoch sei dies anders zu bewerten, „wenn der Schöffe fortgesetzt, häufig oder wenigstens bald nacheinander Schnarchlaute von sich [gibt ...], die eine kurze, nach Lage des Falls unerhebliche Zeitspanne überschreiten“ (RGSt 60, 63 (65)).

<sup>10</sup> BGH NStZ 2019, 106 (107) mwN.

### III. Während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung

Die Abwesenheit auf der Richterbank muss ferner **während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung** vorgelegen haben.

#### Hinweis

Dass der Rechtsfehler nur dann revisibel ist, wenn sich die Abwesenheit auf einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung erstreckt, mag mit fehlender Normbeschwer oder dem insoweit denkgesetzlich ausgeschlossenen Beruhen begründet werden.<sup>11</sup>

Wesentliche Teile im genannten Sinne sind z.B. die Verlesung des Anklagesatzes, die Vernehmung des Angeklagten zur Person oder zur Sache, die Vernehmung des Mitangeklagten oder die Erhebung von Beweisen. Unwesentliche Teile sind demgegenüber der Aufruf der Zeugen und Sachverständigen, die Belehrung nach § 57 StPO oder die Verkündung von Beschlüssen nach § 268a StPO.

### IV. Ergebnis

Der Senat hält mit Blick auf den als erwiesen erachteten vorliegenden Sachverhalt fest:

*„Danach liegt, weil es sich bei der Verlesung des Anklagesatzes um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung handelt und der Schöffe dieser während einer erheblichen Zeitspanne schlafbedingt nicht gefolgt ist, der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 1 StPO vor.“*

Dies führt zu dem Tenor:

*„1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts ... vom ... mit den Feststellungen aufgehoben.*

*2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.“*

#### Abschließende Hinweise

Diese (neuerliche) höchstrichterliche Entscheidung zum Thema birgt interessanten Prüfungsstoff und bietet etwa im Mündlichen die Gelegenheit, unter anderem auf die Abgrenzung zwischen den Nummern 1 und 5 des § 338 StPO einzugehen<sup>12</sup>.

Bei vorübergehender Abwesenheit auf der Richterbank kann der Mangel dadurch geheilt werden, dass die in nicht vorschriftsgemäßer Besetzung bzw. während der Abwesenheit durchgeführte Hauptverhandlung in ihren wesentlichen Teilen wiederholt wird.<sup>13</sup> Auch hier gilt: lieber einmal zu oft gleich wiederholen, als später – nach ggf. erfolgreicher Revision – komplett neu verhandeln und entscheiden.

Es lässt sich notieren, dass in tatsächlicher Hinsicht entscheidend ist, zu welchem Zeitpunkt der Hauptverhandlung und über welchen Zeitraum geschlafen wurde. Dies wird seitens des Revisionsgerichts im Freibeweisverfahren (üblicherweise durch dienstliche Erklärungen der anwesenden Beteiligten) festgestellt.<sup>14</sup> Der Verfahrensfehler muss zur Überzeugung des Revisionsgerichts feststehen. Ist dies nicht der Fall, geht dies mangels Anwendbarkeit des Zweifelssatzes zu Lasten der Revision.<sup>15</sup> Vorliegend war der Senat vom Vorliegen des Verfahrensfehlers überzeugt.

#### RiLG. Dr. **Guido Philipp Ernst**

Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg  
Stuttgart

Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare,  
Landgericht Stuttgart

Lehrbeauftragter,  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen,  
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>11</sup> Kock/Neumann, Strafurteil und Revisionsrecht in der Assessor Klausur, 9. Aufl. (2018), Rn. 416 mN.

<sup>12</sup> Vertiefend etwa die Assessorexamensklausur bei Bischoff/Heil, JuS 2019, 707 (710).

<sup>13</sup> Wiedner, in: BeckOK StPO, 38. Ed. (01.10.2020), § 338 Rn. 7; BGH NJW 1953, 1800 (1801).

<sup>14</sup> Dazu Mosbacher, JuS 2021, 126 (127).

<sup>15</sup> BGH NSTZ 2019, 106 (107) mN.

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Verletzung des Rechts einer politischen Partei auf Chancengleichheit durch die Veröffentlichung eines Interviews eines Bundesministers auf der Internetseite eines Bundesministeriums

Urteil vom 09. Juni 2020, Az.: 2 BvE 1/19

1. Auch außerhalb von Wahlkampfzeiten erfordert der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Beachtung des staatlichen Neutralitätsgebots.

2. Eine parteiübergreifende Äußerung eines Bundesministers im politischen Meinungskampf verstößt gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien und verletzt die Integrität des freien und offenen Prozesses der Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen, wenn sie entweder unter Einsatz der mit dem Ministeramt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder Gewichtung zu verleihen.

3. Ob eine Äußerung unter spezifischer Inanspruchnahme der Autorität des Regierungsamtes oder der mit ihm verbundenen Ressourcen stattgefunden hat, ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu bestimmen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

Am 14. September 2018 veröffentlichte das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat auf seiner Website ein Interview der Deutschen Presse-Agentur (dpa) mit dem Bundesminister des Innern Horst Seehofer. Im Interview äußerte sich Seehofer zu einer Debatte im Bundestag, in der die AfD-Bundestagsfraktion beantragt hatte, den Haushaltsplan des Bundespräsidenten zu beraten. Dieser habe für eine linksradikale Großveranstaltung Werbung gemacht und dadurch seine Neutralitätspflicht verletzt. Dazu bezog Seehofer im Interview im Hinblick auf die AfD unter anderem wie folgt Stellung:

„Die stellen sich gegen diesen Staat. Da können sie tausend Mal sagen, sie sind Demokraten. Das haben Sie am Dienstag im Bundestag miterleben können mit dem Frontalangriff auf den Bundespräsidenten. Das ist für unseren Staat hochgefährlich. Das muss man scharf verurteilen. Ich kann mich nicht im Bundestag hinstellen und wie auf dem Jahrmarkt den Bundespräsidenten abkanzeln. Das ist staatszersetzend.“ Dieses Verhalten sei einfach „schäbig“ gewesen. Seit 2015 sei die AfD radikaler geworden. Ihn erschrecke „dieses kollektive Ausmaß an Emotionalität, diese Wutausbrüche – selbst bei Geschäftsordnungsdebatten. Als ginge es jetzt um die Auflösung der Bundesrepublik

Deutschland. So kann man nicht miteinander umgehen, auch dann nicht, wenn man in der Opposition ist“.

Das Interview kann seit dem 1. Oktober 2018 nicht mehr von der Website des Ministeriums aufgerufen werden.<sup>1</sup>

Die antragsstellende AfD-Partei macht im Organstreitverfahren geltend, durch die Veröffentlichung des Interviews in ihrem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt zu sein. Da der Prozess der politischen Willensbildung nicht nur während des Wahlkampfs stattfindet, hätten Staatsorgane das Neutralitätsgebot auch außerhalb von Wahlkampfzeiten zu beachten. Die Äußerungen des Ministers seien unsachlich und diffamierend. Bei der Veröffentlichung des Interviews auf der Website habe Seehofer im Rahmen seines Regierungsamtes gehandelt.

Bundesinnenminister Seehofer sieht den Antrag hingegen bereits als unzulässig an. Beim Interview sei keine spezifische Amtsautorität in Anspruch genommen worden. Zudem seien die Aussagen auf die AfD-Bundestagsfraktion und nicht auf die antragsstellende AfD-Partei gerichtet gewesen. Im Übrigen bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis, da das Interview bereits von der Internetseite entfernt wurde. Der Antrag sei auch unbegründet, da das Interview kein regierungsamtliches Handeln darstelle, sondern sich Seehofer als Parteipolitiker allgemeinpolitisch geäußert habe. Zudem müsse es auch Mitgliedern von Verfassungsorganen möglich sein, verfassungsimmanente Wertentscheidungen zu verteidigen sowie Anfeindungen entgegenzutreten.

#### B) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der Antrag der AfD-Partei hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

##### I. Zulässigkeit

###### 1. Parteifähigkeit

Die AfD-Partei müsste im Organstreitverfahren parteifähig sein.

„Die Antragstellerin ist als politische Partei im Organstreit parteifähig, da sie eine Verletzung ihres Rechts auf gleichberechtigte Teilnahme am politischen Wettbewerb geltend macht und sich damit auf ihren besonderen, in Art. 21 GG umschriebenen verfassungsrechtlichen Status beruft.“

<sup>1</sup> BVerfG NVwZ 2020, 1024 (1025) (mAnm. Nellesen).



Gem. Art. 65 S. 2 GG und §§ 9 bis 12, 14 GOBReg ist Bundesinnenminister Seehofer mit eigenen Rechten aus dem Grundgesetz sowie der GOBReg ausgestattet und somit „anderer Beteiligter“ iSd. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Er ist mithin parteifähig, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG iVm. § 63 BVerfGG.

## 2. Antragsgegenstand

Die Veröffentlichung des Interviews auf der Website des Ministeriums ist ein tauglicher Gegenstand des Organstreitverfahrens iSd. § 64 Abs. 1 BVerfGG.<sup>2</sup>

## 3. Antragsbefugnis

Die AfD-Partei müsste auch antragsbefugt sein. Der Antragssteller ist antragsbefugt, wenn er geltend macht, „dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist“ (§ 64 Abs. 1 BVerfGG).

*„Da Äußerungen von Regierungsmitgliedern unter Inanspruchnahme der Amtsautorität oder der mit dem Amt verbundenen Ressourcen die Grenzen zulässiger Teilnahme am politischen Meinungskampf überschreiten können [...], erscheint auf der Grundlage des Sachvortrags der Antragstellerin eine Verletzung ihres Rechts aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG nicht von vornherein ausgeschlossen.“*

Die AfD-Partei ist somit antragsbefugt.

## 4. Rechtsschutzbedürfnis

Jedoch könnte durch die freiwillige Entfernung des Interviews von der Website das Rechtsschutzbedürfnis entfallen sein.

*„Der Antragsgegner hält ausdrücklich an der Auffassung fest, dass die Veröffentlichung [...] auf der Internetseite [...] verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden gewesen sei. Zwar mag der Anlass des Interviews eine Kritik der AfD-Bundestagsfraktion am Bundespräsidenten und damit ein in der Vergangenheit liegender und abgeschlossener Sachverhalt gewesen sein. In Anbetracht der fortdauernden Teilnahme der Beteiligten am politischen Diskurs und der Rechtsauffassung des Antragsgegners ist es aber nicht auszuschließen, dass er sich bei einem anderen Anlass erneut vergleichbar zur Antragstellerin äußert und diese Äußerung auf der Internetseite seines Ministeriums veröffentlicht.“*

Es besteht mithin Wiederholungsgefahr. Ein Rechtsschutzbedürfnis der AfD-Partei besteht.

## 5. Zwischenergebnis

Der Antrag der AfD-Partei ist also zulässig.

## II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die AfD-Partei durch die Veröffentlichung des Interviews auf der Website des Bundesministe-

riums des Innern, für Bau und Heimat in ihrem Recht auf chancengleiche Teilnahme am politischen Wettbewerb der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt ist.

### 1. Prüfungsmaßstab des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG

Das BVerfG geht im Rahmen der Begründetheit zunächst auf den Prüfungsmaßstab ein.

#### a) Recht der Parteien auf gleichberechtigte Teilnahme am politischen Wettbewerb

Um die aufgrund des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) gebotene Offenheit des Prozesses der politischen Willensbildung sicherzustellen, sei es unerlässlich, so das Verfassungsgericht, dass die Parteien möglichst gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilnehmen.<sup>3</sup>

Dieses Recht der politischen Parteien auf gleichberechtigte Teilnahme werde verletzt, „wenn Staatsorgane als solche zugunsten oder zulasten einer politischen Partei [...] auf den Wahlkampf einwirken“ und so gegen die die Neutralität des Staates verstießen.<sup>4</sup>

Der politische Wettbewerb finde zudem nicht nur während, sondern auch außerhalb von Wahlkämpfen fortlaufend statt und wirke dementsprechend auf die Willensentscheidung der Wählerinnen und Wähler zurück. Der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien erfordere daher auch außerhalb von Wahlkampfzeiten die Beachtung des staatlichen Neutralitätsgebots.<sup>5</sup>

#### b) Befugnis der Bundesregierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit

Die Bundesregierung habe auch im Rahmen ihrer Informations- und Öffentlichkeitsarbeit das staatliche Neutralitätsgebot zu beachten.<sup>6</sup>

Die Informations- und Öffentlichkeitsarbeit gebe der Regierung die Möglichkeit ihre Politik darzulegen und zu erläutern, sowie Bürgerinnen und Bürger sachgerecht und objektiv gehalten zu informieren.<sup>7</sup> Bei ihrer Informations- und Öffentlichkeitsarbeit sei es der Bundesregierung aber versagt,

*„sich mit einzelnen Parteien zu identifizieren und die ihr zur Verfügung stehenden staatlichen Mittel und Möglichkeiten zu deren Gunsten oder Lasten einzusetzen [...]. Demgemäß endet die Zulässigkeit der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung dort, wo Werbung für oder Einflussnahme gegen einzelne im politischen Wettbewerb stehende Parteien oder Personen beginnt.“*

Die Bundesregierung sei zwar berechtigt, Angriffen gegen ihre Politik öffentlich entgegen zu treten. Jedoch habe sie hinsichtlich der Darstellung ihres Regierungshandels sowie im Hinblick auf den Umgang mit der daran geäußerten Kritik das Gebot der Sachlichkeit zu wahren.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> BVerfG BeckRS 2020, 11570 Rn. 37.

<sup>3</sup> Ibid. Rn. 44 ff.

<sup>4</sup> Ibid. Rn. 47.

<sup>5</sup> Ibid. Rn. 48.

<sup>6</sup> Ibid. Rn. 43, 52.

<sup>7</sup> Ibid. Rn. 49.

<sup>8</sup> Ibid. Rn. 52.

### c) Äußerung im Rahmen des parteipolitischen Engagements

Damit sei aber nicht ausgeschlossen, dass ein Mitglied der Regierung im Rahmen seines parteipolitischen Engagements am politischen Meinungskampf teilnimmt.

*„Es muss aber sichergestellt sein, dass ein Rückgriff auf die mit dem Regierungsamt verbundenen Mittel und Möglichkeiten, die den politischen Wettbewerbern verschlossen sind, unterbleibt.“*

*„Demgemäß verstößt eine parteiübergreifende Äußerung eines Bundesministers im politischen Meinungskampf gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien und verletzt die Integrität des freien und offenen Prozesses der Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen, wenn sie entweder unter Einsatz der mit dem Ministeramt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder Gewichtung zu verleihen [...].“*

Diese Grundsätze finden, so das Verfassungsgericht weiter, auch auf Äußerungen im Wege der digitalen Kommunikation (insbes. Webseiten der Bundesministerien) Anwendung.<sup>9</sup>

### d) Abgrenzung nach den Umständen des Einzelfalls

Inwiefern eine Äußerung eines Regierungsmitglieds unter Inanspruchnahme der Autorität des Regierungsamtes stattgefunden hat oder auf die mit dem Amt verbundenen Ressourcen zurückgegriffen wurde, beurteile sich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>10</sup>

So erfolge unter anderem regelmäßig dann ein Rückgriff, wenn ein Bezug zum Ministeramt gegeben sei, die Äußerungen auf offiziellen Internetseiten erschienen oder sich aus den äußeren Umständen (Verwendung von Staatssymbolen, Hoheitszeichen etc.) ein Amtsbezug ergebe.<sup>11</sup>

Eine schlichte Beteiligung am politischen Wettbewerb liege hingegen vor allem dann vor, wenn ein Regierungsmitglied im „*parteipolitischen Kontext*“ agiere (z.B. auf Parteiveranstaltungen).<sup>12</sup>

### 2. Verstoß gegen Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG im vorliegenden Fall

Im Folgenden wendet das BVerfG die herausgearbeiteten Maßstäbe auf die streitgegenständliche Veröffentlichung des Interviews an. Dabei differenziert der Senat zwischen Seehofers Äußerungen im Interview und der Veröffentlichung des Interviews auf der Website des Ministeriums.

#### a) Äußerungen im Rahmen des Interviews

Das BVerfG bewertet die Aussagen Seehofers als „*eine parteiübergreifende deutliche Kritik und negative Bewertung*“. Seine Äußerung „*Die Stellen sich gegen den Staat*“ sei nicht nur auf die AfD-Bundestagsfraktion, sondern auf die AfD-Partei als Ganzes bezogen gewesen. Mit seinen Aussagen habe Seehofer einseitig zu-

lasten der AfD-Partei in den Wettbewerb der politischen Parteien eingegriffen und so die inhaltlichen Grenzen des Neutralitätsgebots überschritten.<sup>13</sup>

Seehofer müsste das Interview aber auch in Ausübung seines Ministeramts und nicht lediglich in seiner Eigenschaft als Parteipolitiker gegeben haben.

Gegen ein solches Handeln als Minister spreche, dass die besprochenen Themen weit über den Umfang der Ressortzuständigkeit des Ministers Seehofer hinaus reichen und sowohl die Arbeit der Großen Koalition als auch allgemeinpolitische Fragen betreffen (Erosion der Volksparteien, Verhältnis zum AfD-Gründer Bernd Lucke).<sup>14</sup>

*„Insbesondere die Fragen, die der Antragsgegner zum Anlass genommen hat, die streitbefangenen Äußerungen zu tätigen, weisen keinen Ressortbezug auf. Dies gilt sowohl für den Vorhalt, seine Behauptung einer politischen Polarisierung richte sich hauptsächlich gegen die AfD, als auch für die Fragen, ob die AfD von der Flüchtlingskrise profitiert habe und ob sie seit 2015 radikaler geworden sei.“*

Es handele sich mithin um Äußerungen, die allgemeinpolitische Einschätzungen des Parteipolitikers Seehofer darstellten und nicht unter Berufung auf seine Amtsautorität getätigt wurden.<sup>15</sup>

Das Interview als solches verletzt somit das Recht der AfD-Partei auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG nicht.

#### b) Veröffentlichung des Interviews auf der Website des Ministeriums

Jedoch könnte die Veröffentlichung des Interviews auf der Website das Recht der AfD-Partei aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt haben.

*„Mit der Veröffentlichung des Interviews auf der Internetseite des von ihm geführten Ministeriums hat der Antragsgegner auf Ressourcen zurückgegriffen, die ihm allein aufgrund seines Regierungsamtes zur Verfügung stehen. Er hat diese auch zur Beteiligung am politischen Meinungskampfeingesetzt, da die Wiedergabe des Interviews auf der Internetseite der weiteren Verbreitung der darin enthaltenen Aussagen diene.“*

Die Verbreitung des Interviews auf der Website könnte aber mit Verweis auf die Befugnis der Bundesregierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit gerechtfertigt werden.

*„Ob und inwieweit es eine allgemeine Befugnis gibt, gegen andere Staatsorgane oder speziell gegen den Bundespräsidenten gerichtete Angriffe ohne Bezug zum eigenen Verantwortungsbereich öffentlich zurückzuweisen oder die Beachtung der Grundregeln des demokratischen Zusammenlebens einzufordern, ist in der Rechtsprechung des Senats bisher nicht abschließend entschieden.“*

Im Ergebnis könne dies aber dahinstehen, da die Äußerungen – die AfD-Partei stelle sich gegen den Staat, habe sich radikalisiert,

<sup>9</sup> Ibid. Rn. 65.

<sup>10</sup> Ibid. Rn. 58.

<sup>11</sup> Ibid. Rn. 59.

<sup>12</sup> Ibid. Rn. 60.

<sup>13</sup> Ibid. Rn. 68, 74.

<sup>14</sup> Ibid. Rn. 82.

<sup>15</sup> Ibid. Rn. 84.

sei übermütig geworden und habe ihre Maske fallen gelassen – die Grenzen einer sachlichen Kritik jedenfalls überschreiten.<sup>16</sup>

### III. Ergebnis

Die AfD-Partei ist somit durch die Veröffentlichung des Interviews auf der Website des Ministeriums in ihrem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

#### C) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht setzt mit seiner Entscheidung seine Rechtsprechung aus den Fällen Schwesig<sup>17</sup> und Wanka<sup>18</sup> konsequent fort. Immer, wenn Regierungsmitglieder die Autorität ihrer Ämter und die damit verbundenen Ressourcen nutzen, um zielgerichtet zugunsten oder zulasten einer Partei auf den politischen Wettbewerb einzuwirken, sieht das BVerfG die Chancengleichheit verletzt. Während die damalige Bundesfamilienministerin Manuela Schwesig ohne Bezug zu ihrem Amt in einem Interview gesagt hatte, „Ziel Nummer 1 muss sein, dass die NPD nicht in den Landtag kommt“ und mithin in zulässiger Weise am politischen Meinungskampf teilgenommen hatte, veröffentlichte Johanna Wanka, ehemalige Bundesministerin für Bildung und Forschung, eine Pressemitteilung mit dem Titel „Rote Karte für die AfD“ auf der Website ihres Ministeriums und verletzte somit das Recht der AfD auf Chancengleichheit.

In seiner Entscheidung im Fall Seehofer lässt das BVerfG allerdings offen, inwiefern es Mitgliedern der Bundesregierung rechtlich möglich ist, Anfeindungen gegen den Bundespräsidenten oder andere staatliche Organe öffentlich entgegenzutreten. Auch ob an Spontanäußerungen geringere Anforderungen zu stellen sind, ließ das BVerfG dahinstehen, da im streitgegenständlichen Verfahren jedenfalls die Veröffentlichung des Interviews nicht spontan erfolgte.

Für Studierende bietet die Entscheidung die Möglichkeit, sich mit den verfassungsrechtlichen Maßstäben der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung und der Beachtung des Neutralitätsgebots bei der Bewertung politischer Parteien durch Mitglieder der Bundesregierung auseinanderzusetzen.

cand. iur. *Jonas Eberhardt*

Student

Eberhard Karls Universität  
Tübingen

► [Inhaltsverzeichnis](#)

---

<sup>16</sup> Ibid. Rn. 95.

<sup>17</sup> BVerfG BeckRS 2014, 59289.

<sup>18</sup> BVerfG BeckRS 2018, 1876.

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Dr. Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Richterin Dr. Caprice Doerbeck  
 Dr. Pius O. Dolzer  
 Jonas Eberhardt  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)  
 RA Steffen Follner  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 RR Dr. Christine Keilbach  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (*Schriftleiter*)  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.  
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)  
 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*)  
 Ass. iur. 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)  
 ELB 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  
 MR 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 a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

11. Jahrgang (2021)

ISSN 2195-044X

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

4/2020   <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!
4/2020   <i>Gesine Berthold</i>	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona
3/2020   <i>Michael Hippeli</i>	Smart Contracts
3/2020   <i>Friederike Meurer</i>	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona
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 Migrantinnen in den Arbeitsmarkt
4/2016   <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordpa- ragraphen
4/2016   <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen

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

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

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den 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