



HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

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

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst
Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und
Besitzverletzung als Notwehr?

KLAUSUR

Sascha Sebastian
Strafrecht: „Aus dem Leben eines Tankwarts“

RECHTSPRECHUNG

BGH
Vertragliche Vereinbarung als „zufällige Schadensverlagerung“
im Rahmen der Drittschadensliquidation

OLG Dresden

Schenkung einer Photovoltaikanlage an minderjähriges Kind

BGH

Zu den Voraussetzungen eines fehlgeschlagenen Versuchs
sowie zu den Anforderungen an den Rücktritt
bei gemeinschaftlicher Tatbegehung

BVerfG

Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für
Betreuungsgeld

VG Berlin

„Schmähkritik“ vor türkischer Botschaft nicht erlaubt

INHALTSVERZEICHNIS

Beitrag	Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?	Seite ▶ 58
Klausur	Sascha Sebastian Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Aus dem Leben eines Tankwarts“	Seite ▶ 64
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Anwendung von § 64 Satz 1 GmbHG auf den Direktor einer englischen Limited Urteil vom 15.03.2016 (<i>Steffen Follner</i>)	Seite ▶ 74
	BGH Vertragliche Vereinbarung als „zufällige Schadensverlagerung“ im Rahmen der Drittschadensliquidation Urteil vom 14.01.2016 (<i>Julius Forschner</i>)	Seite ▶ 79
	OLG Dresden Schenkung einer Photovoltaikanlage an ein minderjähriges Kind Urteil vom 23.12.2015 (<i>Julius Forschner</i>)	Seite ▶ 81
	ArbG Mannheim Kündigung wegen rassistischer Äußerungen auf privatem Facebook-Nutzerkonto Urteil vom 19.02.2016 (<i>Markus Meißner</i>)	Seite ▶ 83
Rechtsprechung Strafrecht	BGH Zur Herleitung eventualvorsätzlichen Handelns bei erhöhter objektiver Gefährlichkeit der Tathandlung Beschluss vom 07.09.2015 (<i>Alexander Bechtel</i>)	Seite ▶ 87
	BGH Zu den Voraussetzungen eines fehlgeschlagenen Versuchs sowie zu den Anforderungen an den Rücktritt bei gemeinschaftlicher Tatbegehung Beschluss vom 23.02.2016 (<i>Alexander Bechtel</i>)	Seite ▶ 90

Rechtsprechung

Öffentliches Recht

OLG Stuttgart

„Wann ist ein Werkzeug i.S. von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB gefährlich?“

Beschluss vom 22.06.2015 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 93

BVerfG

Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Betreuungsgeld

Urteil vom 21.07.2015 (*Mario Leggio*)

Seite ▶ 96

VG Berlin

„Schmähhkritik“ vor türkischer Botschaft nicht erlaubt

Beschluss vom 14.04.2016 (*Finn Mengler/Lorenz Bode*)

Seite ▶ 101

EDITORIAL

Fragen und Probleme rund um den Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 32 StGB) sind sowohl in Anfängeralso auch in Examensklausuren häufig anzutreffen. Gerade weil der Großteil der Bevölkerung auch ganz ohne juristische Vorbildung meint, eine ungefähre Vorstellung vom Inhalt dieses Erlaubnistatbestandes zu haben, sind Studierende der Rechtswissenschaften nicht selten überrascht, wenn ihnen die scheinbare Schrankenlosigkeit des von § 32 StGB gewährten Rechts nähergebracht wird. Und in der Tat sind es nicht zuletzt Fragen der Restriktion eben dieses Verteidigungsrechts, welche das Gros der Klausurprobleme der Notwehr ausmachen. Mit einem dieser Probleme befassen sich MAJER und ERNST in ihrem **Beitrag** „Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?“. Dabei handelt es sich um ein auch in der Öffentlichkeit besonders umstrittenes Thema: darf ein Dieb oder Sachbeschädiger notfalls getötet werden? Die Bejahung dieser These stößt in weiten Teilen der Bevölkerung oftmals auf heftiges Unverständnis.

Auch die **Klausur** in dieser Ausgabe beschäftigt sich – unter anderem – mit der Verbindung von Eigentumsverletzungen und Gewalt. In seiner vornehmlich an Studierende der Fortgeschrittenenübung gerichteten Falllösung „Aus dem Leben eines Tankwarts“ behandelt SEBASTIAN einige „Klassiker“, wie die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung, die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sowie den sog. „Tankbetrug“.

Den Schwerpunkt des Heftes bilden auch in dieser Ausgabe wieder die verschiedenen Urteilsaufbereitungen. Im **Zivilrecht** geht es zunächst um eine Frage des grenzüberschreitenden Gesellschaftsrechts. Dort hatte der BGH zu entscheiden, inwieweit die deutsche Regelung zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auch auf den Direktor einer englischen Limited anwendbar ist (FOLLNER). Eher dem allgemeinen Schuldrecht zugehörig ist die zweite Entscheidung des BGH, in welcher dieser der Frage nachzugehen hatte, inwiefern eine vertragliche Vereinbarung als „zufällige Schadensverlagerung“ im Rahmen einer Drittschadensliquidation in Frage kommt (FORSCHNER). Die Entscheidung des OLG Dresden zur Frage, welche Rechtsfolgen die Schenkung einer Photovoltaikanlage an ein minderjähriges Kinde nach sich zieht (FORSCHNER), führt schließlich zurück in den Allgemeinen Teil des BGB.

In der einzigen **arbeitsrechtlichen** Entscheidung in dieser Ausgabe musste das Arbeitsgericht Mannheim urteilen, ob rassistische Äußerungen, die von einem privaten Facebook-Nutzerkonto getätigt wurden, eine Kündigung rechtfertigen (MEIßNER).

Die beiden BGH Entscheidungen im **Strafrecht** stehen ganz im Zeichen des Allgemeinen Teils. So mussten die Karlsruher Richter im ersten Fall entscheiden, inwiefern ein eventualvorsätzliches Handeln aus der erhöhten objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung abgeleitet werden kann (BECHTEL). In der zweiten Entscheidung ging es um die Frage der Voraussetzungen des fehlgeschlagenen Versuchs und welche Anforderungen an den Rücktritt bei einer gemeinschaftlichen Tatbegehung zu stellen sind (BECHTEL). In der letzten strafrechtlichen Entscheidung dieser Ausgabe geht das OLG Stuttgart schließlich der Frage nach, wann ein „Werkzeug“ im Sinne von § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB gefährlich ist (ERNST).

In der ersten Entscheidung aus dem Bereich des **Öffentlichen Rechts** musste sich das BVerfG mit einer Frage aus dem Staatsorganisationsrecht auseinandersetzen: Hatte der Bund die Gesetzgebungskompetenz für eine gesetzliche Regelung des Betreuungsgeldes? (LEGGIO). Die Entscheidung des VG Berlin ist schließlich ein weiterer Rechtsstreit im Rahmen der „Causa Böhmermann“. Konkret ging es um die Frage, ob das Rezitieren des Gedichtes „Schmähkritik“ vor der türkischen Botschaft erlaubt ist (MENGLER/BODE).

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

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

BEITRAG

Prof. Dr. Christian F. Majer*/StA Guido Philipp Ernst**

Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?

Gliederung

A) Hinführung

B) Die Grenze der Gebotenheit

I. Sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts

1. Legitimation der Notwehreinschränkungen
2. In Frage kommende Fallgruppen
 - a) Bagatellangriffe
 - b) Krasses Missverhältnis
 - aa) Geringwertigkeit
 - bb) Begründung

II. Lebensgefährliche oder tödliche Verteidigung gegen Angriff auf Sachwerte

1. Einschränkung des Notwehrrechts durch die EMRK
2. Generelle Unzulässigkeit nach nationalem Recht

C) Schlussbetrachtung

A) Hinführung

In jüngerer Zeit findet eine der ungeklärten Fragen des Notwehrrechts¹ - speziell in der nichtjuristischen Öffentlichkeit bedingt durch Medienberichterstattung² - neue Beachtung: Kann (oder darf) die Tötung des Angreifers zur Verteidigung von Sachgütern durch § 32 StGB gerechtfertigt sein?

Schulfall hierzu ist der gezielte Schuss auf den mit der Beute fliehenden Dieb.³ Die entscheidenden Fragen betreffen hierbei weniger die Notwehrlage, denn die Grenzen der Notwehr. Auch wenn die Notwehr gemeinhin mit einem „scharfen Schwert“ verglichen wird⁴ und die dem Verteidiger zustehenden Rechte extrem weitergehend sein können, unterliegt die Notwehr Beschränkungen, nämlich der Grenze der Erforderlichkeit (§ 32 Abs. 2 StGB) und der Grenze der Gebotenheit (§ 32 Abs. 1 StGB). Während früher zum Teil von Synonyma mit identischem Bedeutungsgehalt ausgegangen und der praktische Unterschied dieser beiden Kriterien bestritten wurde⁵, kann heute als anerkannt gelten, dass es sich um zwei „strikt zu trennende Phänomene“, um Notwehrschranken mit je eigenständiger Bedeutung handelt⁶.

Die **Erforderlichkeit** verlangt, dass die Verteidigung zur Abwehr des Angriffs geeignet war sowie unter mehreren geeigneten Maßnahmen das mildeste Mittel darstellte.⁷ Das Verteidigungsmittel ist *geeignet*, den Angriff abzuwehren, wenn es grundsätzlich dazu in der Lage ist, den Angriff ganz zu beenden, ihm wenigstens ein Hindernis in den Weg zu stellen oder die Möglichkeit der bloßen Verzögerung gibt⁸. *Erforderlich* ist die Handlung, die (unter mehreren erreichbaren Mitteln) das mildeste (schonendste) Mittel ist, den Angriff sofort und ohne Risiko für den Angegriffenen endgültig abzuwehren („Prinzip

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

** Der Autor ist Staatsanwalt in Stuttgart und Lehrbeauftragter an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

¹ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 112.

² Siehe etwa <http://www.n24.de/n24/Nachrichten/Panorama/d/4630778/war-es-notwehr-oder-totschlag-.html> (Abruf am 1.6.2016);

<http://www.welt.de/vermischtes/article154777312/Hausbesitzer-erschiesst-18-jaehrigen-Einbrecher.html>

³ Etwa RG, Urt. v. 20.09.1920 - I StR 384/20 = RGSt 55, 82 = JA 2000, 460 ff. (Fahl); auch LG München I, Urt. v. 10.11.1987 - Ks 121 Js 4866/86 = NJW 1988, 1860 (1862 ff.); BGH, Urt. v. 27.10.2015 - 3 StR 199/15 = **JSE 1/2016, 37 ff. (Ernst)**.

⁴ Etwa Meyer/Ulbrich, JA 2006, 775 (776).

⁵ Vgl. dazu Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 228.

⁶ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 89 m.w.N.; auch Kühl, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 87, 163.

⁷ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 88.

⁸ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 91 m.w.N., dort in Rn. 93 auch zur ungeeigneten Notwehr; zudem Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 23.

des mildesten Mittels“⁹. Existiert nur ein (geeignetes) Mittel der Verteidigung, ist dieses erforderlich¹⁰. I.R.d. Erforderlichkeit wird ein Ausweichen des Angriffes oder gar dessen Duldung vom Verteidiger nicht verlangt.¹¹ Es wird deutlich: In Konstellationen wie der vorliegenden ist - speziell beim Einsatz von Schusswaffen oder anderen gefährlichen Werkzeugen¹² - die Wahrung der Grenze der Erforderlichkeit sorgfältig zu prüfen,¹³ gleichviel wirft die Grenze der Gebotenheit gewichtigere Fragen auf.

B) Die Grenze der Gebotenheit

Vom Vorstehenden zu unterscheiden ist die Grenze der Gebotenheit. Zwar ist im Ausgangspunkt davon auszugehen, dass im Rahmen der Notwehr grundsätzlich keine Güterabwägung und keine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfindet und der Angegriffene im Grundsatz nicht auf Abwehrmaßnahmen (Schutzwehr¹⁴) oder Flucht beschränkt ist, sondern sich auch durch einen Gegenangriff (Trutzwehr¹⁵) verteidigen kann. Doch können unter bestimmten Voraussetzungen - ausnahmsweise - Einschränkungen des Notwehrrechts in Betracht kommen¹⁶: Diese Notwehreinschränkungen knüpfen überwiegend Meinung nach an das Merkmal der Gebotenheit an¹⁷. Aus ihm werden *sozialethische Einschränkungen* und das *Verbot rechtsmissbräuchlicher Ausübung des Notwehrrechts* abgeleitet.¹⁸ Solche Einschränkungen werden erwogen, wenn dem Angegriffenen aus besonderen Gründen an Stelle rigoroser Trutzwehr ein anderes Verhalten (Hinnahme des Angriffs, Ausweichen usw.) ohne Preisgabe berechtigter Interessen zuzumuten ist und wenn (nach wohl h.M.) die Rechtsordnung der Bewährung durch nachdrückliches Niederschlagen des Angriffs nicht bedarf.¹⁹ Die Gebotenheit setzt also - wie es *Günther*²⁰ ausdrückt - „Mittel und Zweck, Intensität der notwendigen Abwehr und

durch den Angriff drohende Schäden in Relation. Sie stellt die Frage nach der Güterproportionalität, der Verhältnismäßigkeit der erforderlichen Abwehrmaßnahme: „Heiligt“ der Zweck (Schutz des angegriffenen Individualrechtsguts, bei dualer Notwehrkonzeption zudem die Bewahrung der Rechtsordnung) das Mittel (Schädigung des Angreifers)?“ Sie macht eine Beschränkung oder gar auch gänzliche Versagung des andernfalls als zu rigide empfundenen Notwehrrechts möglich: Es kann komplett in Wegfall geraten oder es geht um eine „ Eskalationstrias in drei Stufen“: Ausweichen – Schutzwehr und nur als ultima ratio Trutzwehr.²¹

I. Sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts

Von Rechtsprechung und Lehre sind Fallgruppen sozialethisch eingeschränkter erlaubter Notwehr entwickelt worden.

1. Legitimation der Notwehreinschränkungen

Dabei besteht weitgehende Einigkeit darin, dass die Legitimation der Notwehreinschränkungen aus den **Grundprinzipien der Notwehr** gewonnen werden muss.²² Insofern können hier - auch weil dies den Rahmen des vorliegenden Beitrages sprengen würde - Ausführungen zum Kern der Notwehr, zu deren Geltungsgrund, der ratio legis, unterbleiben. Bekanntermaßen werden in diesem Zusammenhang gemeinhin zwei Prinzipien genannt: das Schutzprinzip, auf dem die Notwehr (zumindest auch) fußt,²³ und das Rechtsbewährungsprinzip²⁴. Uneinigkeit herrscht über deren kumulative oder alternative Anerkennung: Wohl überwiegender Ansicht (sog. dualistische Lehre) nach liegen der Notwehr beide Prinzipien zu Grunde: Notwehr bezweckt danach den Schutz der im konkreten Fall angegriffenen Individualrechtsgüter (Schutzprinzip, individualrechtliche Komponente) und der Rechtsordnung insgesamt (Rechtsbewährungsprinzip, überindividuelle oder sozialrechtliche Komponente).²⁵ Anderer Ansicht nach fußt die Notwehr nur auf einem dieser Prinzipien (sog. monistisches Erklärungsmodell): Während vereinzelt lediglich auf das Rechtsbewährungsprinzip zurückgegriffen und die Notwehr rein überindividualistisch erklärt wird (der sich Notwehrende verteidige die „empirische Geltung der Rechtsordnung“ im Sinne einer „Selbstbehauptung des Rechts“²⁶), rekurren andere wiederum nur das Schutzprinzip und begründen die Notwehr rein individualrechtlich.²⁷

⁹ Ernst, ZJS 2011, 382 (384).

¹⁰ Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 23; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 36.

¹¹ Kühl, JURA 1990, 244 (248).

¹² Zur hierbei grundsätzlich zu beachtenden abgestuften Reaktionsfolge BGH, Beschl. v. 02.11.2011 - 2 StR 375/11 = **JSE 3/2012, 101 (103, 105) (Ernst)**; BGH, Beschl. v. 01.03.2011 - 3 StR 450/10 = **JSE 4/2012, 117 (119) (Ernst/Doerbeck)** m.w.N.

¹³ Dazu etwa OLG Celle, Beschl. v. 25.01.2013 - 2 Ws 17 - 21/13 = **JSE 2014, 96 (98) (Ernst)**, das bei einem Schuss auf den Fliehenden Dieb Zweifel an der Erforderlichkeit hatte.

¹⁴ Unter *Schutzwehr* wird eine „defensive Abwehr“ verstanden, also eine Handlung, die tatbestandlich relevant und damit überhaupt rechtfertigungsbedürftig ist, *Duttge*, in: HK-GS, 2008, § 32 Rn. 16. Schädigt der Verteidiger demgegenüber bei passiver Schutzwehr keine Rechtsgüter des Angreifers, stellt sich mangels Tatbestandsmäßigkeit nicht die Frage nach einer Rechtfertigung.

¹⁵ Unter *Trutzwehr* wird hingegen verstanden, dass der Verteidiger dem Angreifer durch aktive Gegenmaßnahmen entgegen tritt, vgl. *Duttge*, in: HK-GS, 2008, § 32 Rn. 16.

¹⁶ Das kann als anerkannt gelten, auch wenn die Begründung hierfür eine uneinheitliche ist, dazu ausf. *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 225, 228.

¹⁷ Dazu ausf. *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 44; *Günther*, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 102; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 228; *Kühl*, JURA 1990, 244 (246); eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage verneinend dagegen *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 32 Rn. 42; dagegen für eine vorrangige einschränkende Auslegung der „eigentlichen“ Notwehrmerkmale *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 303 ff.

¹⁸ *Günther*, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 102.

¹⁹ *Ernst*, ZJS 2012, 654 (656); **ders./Doerbeck, JSE 2013, 169 (174)** je m.w.N.

²⁰ SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 89.

²¹ *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 30; vgl. *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 99 f. je m.w.N.

²² *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 227; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 47 je m.w.N.; *Fahl*, JA 2000, 461 (465).

²³ Dazu *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 2; *Rönnau*, JuS 2012, 404 (405); wohl auch *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 46.

²⁴ Vgl. *Rönnau*, JuS 2012, 404 (405); *Kühl*, JURA 1990, 244 (247). Synonym verwendet *Roxin*, ZStW 93 (1981), 68 (70), den Ausdruck „Rechtsbehauptungsprinzip“.

²⁵ Vgl. *Krey*, JZ 1979, 702 (710, 714); *Kühl*, JuS 1993, 177 (179, 181, 182 mit Einschränkung); *ders.*, in: Lackner/*ders.*, StGB, 28. Aufl. (2014) § 32 Rn. 1; *ders.*, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 6ff., 19; *Roxin*, ZStW 93 (1981), 68 (70 ff.); *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 2; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 1 f.; *Meyer/Ulbrich*, JA 2006, 775 (778); *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 2.

²⁶ *Schmidhäuser*, GA 1991, 97 (121, 124).

²⁷ Vgl. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr (1994), S. 78 ff.; *Günther*, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 12 f.; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 32 Rn. 4; *Erb*, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 18;

2. In Frage kommende Fallgruppen

Von den entwickelten Fallgruppen²⁸ können im vorliegenden Kontext jene von Bedeutung sein, die jedenfalls im Ergebnis auf eine Güterabwägung bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung hinauslaufen.

a) Bagatellangriffe

Mitunter werden sog. **Bagatellangriffe** (gleichbedeutend auch sog. **Unfugabwehr**, also von Handlungen, die noch an der Grenze zu noch sozialüblichen Belästigungen liegen²⁹) als eigene Fallgruppe behandelt.³⁰ Dabei fehlt es indes oft schon am Vorliegen einer Notwehrlage: Ein Angriff ist anerkanntermaßen jede Bedrohung rechtlich geschützter Güter durch menschliches Verhalten.³¹ Er muss eine gewisse Erheblichkeit aufweisen.³² Die Angriffsschwelle überschreiten Verhaltensweisen, die eher als Unhöflichkeit denn als Angriff empfunden werden (z.B. Drängeleien, Beeinträchtigungen durch Tabakqualm³³), nicht. Es wird hierbei von geringfügigen Behelligungen im sozialen Nahbereich sowie sonstigem sozial üblichem und tolerablem Verhalten gesprochen³⁴. Im Übrigen (also bei Vorliegen einer Notwehrlage) sind diese Fälle ein möglicher Anwendungsfall der nachfolgend genannten Fallgruppe.

b) Krasses Missverhältnis

Bei der Fallgruppe des **krassen Missverhältnisses**³⁵ (zwischen Angriffs- und Verteidigungshandlung bzw. geschütztem und betroffenem Rechtsgut)³⁶ liegt eine die Angriffsschwelle überschreitende Verhaltensweise vor, die durch sie drohende Rechtsgutseinbuße ist allerdings von geringem Gewicht (es droht eine lediglich geringfügige, kurzfristige oder reversible Verletzung des Rechtsguts). Allgemeiner Meinung nach wird das volle Notwehrrecht nicht gewährt, vielmehr sei eine verhältnismäßige (nicht massiv körperlich wirkende) Verteidigung zu wählen. Eine für den Angreifer lebensgefährliche oder mit der Gefahr erheblicher Gesundheitsschädigung verbundene Verteidigung scheidet aus,³⁷ findet keine Rechtfertigung nach § 32 StGB. Es geht hierbei regelmäßig um Angriffe auf die Ehre, die allgemeine Handlungsfreiheit, das Hausrecht, aber eben

auch um geringfügige Eigentumsverletzungen.³⁸ Schulfälle sind die Selbstschussanlage zum Schutz einer Obstbauplantage oder tödliche Schüsse auf einen Kirschdieb, zur Verteidigung des Hausrechts oder auf den mit nur geringer Beute fliehenden Dieb.³⁹

aa) Geringwertigkeit

Die Frage, wann Geringwertigkeit in diesem Sinne gegeben ist, lässt sich nicht schematisch beantworten; eine Orientierung an einer starren Wertgrenze der drohenden Vermögenseinbußen verbietet sich.⁴⁰ Notwendig ist eine Gesamtabwägung aller in der konkreten Situation betroffenen Interessen.⁴¹ Der den Angreifer treffende Schaden muss dabei nicht nur wie bei § 228 S. 1 BGB außer Verhältnis zum dem Verteidiger drohenden Schaden stehen, er muss vielmehr „im extremen Maße außer Verhältnis“ stehen, das Missverhältnis muss ein „außergewöhnlich grobes“ sein.⁴² Allerdings wird man bei Eigentumsverletzungen die Geringfügigkeitsschwelle des § 248a StGB als „Faustformel“ zur ansatzweisen Konkretisierung der Schwelle, unterhalb derer das Risiko ernsthafter Verletzungen nicht eingegangen werden darf, heranziehen können.⁴³ Der Begriff der Geringwertigkeit stellt auf den objektiven Wert der Sache ab.⁴⁴ Demgegenüber treten die Verhältnisse der Beteiligten (etwa die Armut des Verletzten) zurück, sollen aber nicht gänzlich außer Betracht bleiben.⁴⁵ Als Grenze zwischen geringwertig und nicht (mehr) geringwertig werden Summen von 25 €⁴⁶, 30 €⁴⁷ und 50 €⁴⁸ genannt.

Vorgeschlagen wird zum Teil eine Orientierung daran, ob die Verfolgung der im Angriffsverhalten liegende Tat aus Opportunitätsgründen unterbleiben dürfe: Sei eine strafrechtliche Sanktionierung nicht einmal notwendig angezeigt, entspräche „eine Rechtsbehauptung durch lebensgefährliche Verletzungen erst recht nicht dem Zweck des Gesetzes“.⁴⁹ Diese Überlegung hilft allerdings jedenfalls insofern nicht weiter, als dass das

²⁸ Ausführlich zu ihnen etwa Kühn, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 170 ff.; ders., JURA 1990, 244 (225, 249 ff.); kurzer Überblick bei Rönnau, JuS 2012, 404 (405 ff.).

²⁹ vgl. Kühn, JURA 1990, 244 (251).

³⁰ Momsen, in: BeckOK/StGB, Edition 25, § 32 Rn. 32.

³¹ Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 77.

³² Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 7.

³³ Dem Rauchen im Nichtraucherabteil wurde Angriffsqualität abgesprochen (LG Berlin, 07.06.1977 - 20 O 222/75 = NJW 1978, 2343 (2344)); anders und nicht nur insofern zw. (dazu Jäger, JA 2014, 472 ff., und Jahn, JuS 2014, 176 ff.) für ein „provokierende[s] Anrauchen mit zuvor bereits inhaliertem und damit mit Atemluft und Speichelnebel vermengtem Zigarettenrauch“ AG Erfurt, Urt. v. 18.09.2013 - 910 Js 1195/13 48 Ds = NStZ 2014, 160 (160).

³⁴ Kühn, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 25; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 7; auch Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 231.

³⁵ Zu dieser Terminologie Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 110; zust. Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 230.

³⁶ Diese Fallgruppe (vertiefend zu ihr Kühn, JURA 1990, 244 (249 ff.); Stemler, ZJS 2010, 347 (354 f.)) ist - trotz unterschiedlicher Terminologie - sehr weitgehend anerkannt Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 230; Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 110 Perron, in: Schönlke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 50; Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (94); BGH, Urt. v. 12.02.2003 - 1 StR 403/02 = NJW 2003, 1955 (1957); a.A. aber Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 312.

³⁷ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 110; Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (94).

³⁸ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 110; vgl. Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 231; Rönnau, JuS 2012, 404 (405 f.).

³⁹ Dazu und zu weiteren Beispielen Kindhäuser, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 112; Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), § 32 Rn. 39; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 7; Fahl, JA 2000, 461 (463, Fn. 47 ff.); Ernst, ZJS 2011, 382 (383).

⁴⁰ Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 218; Krey, JZ 1979, 702 (713).

⁴¹ Kühn, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 183; ders., JURA 1990, 244 (250); Rönnau, JuS 2012, 404 (406); ders./Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 233 je m.w.N.; Krey, JZ 1979, 702 (713); Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 218.

⁴² Rönnau, JuS 2012, 404 (406); ders./Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 233; vgl. auch Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 32 Rn. 44.

⁴³ Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 218; auch Rönnau, JuS 2012, 404 (406), und ders./Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 232: „Indiz“.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 26.03.1954 - 1 StR 161/53 = BGHSt 6, 41 (43).

⁴⁵ Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 248a Rn. 3 m.w.N.

⁴⁶ BGH, Beschl. v. 09.07.2004 - 2 StR 176/04 = BeckRS 2004, 07428.

⁴⁷ OLG Oldenburg, Beschl. v. 13.01.2005 - Ss 426/04 (I 144) = NJW 2005, 1879.

⁴⁸ Satzger JURA 2012, 786 (792, 794); abl. Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 248a Rn. 3a.

⁴⁹ Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (95); abl. Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 218, da das öffentliche Interesse an einer nachträglichen strafrechtlichen Sanktionierung nicht zwingend mit der Belastung des Angegriffenen in der Notwehrsituation korrelieren müsse. Abl. auch Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 232.

Angriffsverhalten anerkanntermaßen nicht notwendig ein strafbares sein braucht.⁵⁰

bb) Begründung

Diese Fallgruppe wird unterschiedlich begründet: Es wird auf ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis verwiesen,⁵¹ die Ausübung des Notwehrrechts sei rechtsmissbräuchlich.⁵² Auch gegenüber einem Angreifer sei in solchen Fällen ausnahmsweise eine Pflicht zur zwischenmenschlichen Mindestsolidarität gegeben,⁵³ die dazu führe, dass der Verteidiger notfalls das betroffene Interesse aufgeben müsse.⁵⁴ Das Verbot des krassen Missverhältnisses stelle eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁵⁵ und des Prinzips des wesentlich überwiegenden Interesses dar.⁵⁶ Es wird vorgebracht, dass bei geringfügigen Rechtsgutsangriffen die Rechtsordnung nicht im identischen Maße infrage gestellt werde und gewahrt werden müsse wie im Normalfall und dass vom Angriff bedrohte Individualinteressen auch nicht stärker verteidigt werden dürften als nach Notstandsregeln.⁵⁷

II. Lebensgefährliche oder tödliche Verteidigung gegen Angriff auf Sachwerte

Die vorgenannten Konstellationen werden in Rechtsprechung und Literatur auch bei unterschiedlichem dogmatischem Ansatz im Ergebnis weitgehend gleich bewertet.

Zunehmend wird - jenseits eines krassen Missverhältnisses - die Frage nach der Zulässigkeit einer lebensgefährlichen/tödlichen Abwehr von Angriffen auf Sachwerte gestellt.

1. Einschränkung des Notwehrrechts durch die EMRK

Das Notwehrrecht kann über das Dargelegte hinaus weiteren Einschränkungen unterliegen: Die EMRK - sie hat in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes⁵⁸ - verbietet in Art. 2 Abs. 1 grundsätzlich die absichtliche Tötung von Menschen. Eine Ausnahme hiervon bildet Art. 2 Abs. 2 a EMRK, wenn die Tötung durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen. Unter rechtswidriger Gewalt in diesem Sinne sollen nur Angriffe gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, nicht aber gegen Eigentum, Vermögen oder immaterielle Güter, zu fassen sein.⁵⁹

⁵⁰ Kühn, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 59, 179; ders., JURA 1990, 244 (250); Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 109.

⁵¹ Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 214.

⁵² Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 34.

⁵³ Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 214; Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 111.

⁵⁴ Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 214 m.w.N.; ähnlich BGH, Urt. v. 19.12.1974 - 4 StR 541/74 = BGHSt 26, 51 (52).

⁵⁵ Auch Kindhäuser, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 99 f.

⁵⁶ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 111.

⁵⁷ Rönnau, JuS 2012, 404 (406).

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.03.1987 - 2 BvR 589/79 u. a. = NJW 1987, 2427 (2427); Beschl. v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04 = NJW 2004, 3407 (3408) je m.w.N.; Krey JZ 1979, 702 (708); Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 32 Rn. 6; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 36; Erb, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 19.

⁵⁹ Schramm, JuS 2013, 1093 (1096); Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 36; demgegenüber verweist Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32, Rn. 117, darauf, dass Art. 2 Abs. 2 b EMRK sogar eine „absichtliche“ Tötung erlaube, sofern sie erforderlich ist,

a) Daher wird von manchen eine Einschränkung des Notwehrrechts bei Angriffen gegen das Eigentum diskutiert: So wird in Art. 2 EMRK ein vollumfänglich auch für das deutsche Notwehrrecht geltendes Verbot der Tötung zum Schutze von Sachwerten gesehen.⁶⁰ Das gelte auch im Wege der Drittwirkung der EU-Menschenrechte im Verhältnis der Bürger untereinander.⁶¹ § 32 StGB sei völkerrechtskonform auszulegen.⁶²

b) Andere verstehen das Tötungsverbot in Art. 2 EMRK hingegen nur als ein Verbot einer absichtlichen oder direktvorsätzlichen, nicht aber einer eventualvorsätzlichen Tötung.⁶³

c) Weiterer (wohl herrschender) Ansicht nach begrenzt die EMRK die Staatsgewalt und wirkt nicht auf das Verhältnis der Bürger untereinander,⁶⁴ wovon auch die Mitgliedsstaaten bei Vertragsschluss ausgegangen seien.⁶⁵ Eine Einschränkung der jedenfalls privaten Notwehr durch Art. 2 EMRK käme nicht in Betracht.⁶⁶

Das erscheint überzeugend: Argumentiert wird, ausweislich der Präambel der EMRK bezweckten deren Verfasser die Festlegung eines gemeinsamen Katalogs von „Menschenrechte[n] und Grundfreiheiten“. Hierzu seien Grundrechte des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt in Art. 2 ff. EMRK verankert worden. Aus Art. 2 EMRK Beschränkungen der Rechte des Bürgers abzuleiten, widerspreche dessen ratio. Vielmehr werde aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 a EMRK deutlich, dass es einzig um die Einschränkung staatlicher Befugnisse gehe.⁶⁷ Dies stütze auch die systematische Stellung des Art. 2 EMRK, der in Absatz 1 das Recht auf Leben festschreibe, die absichtliche Tötung einzig zur Vollstreckung eines Todesurteils und in den Fällen des Absatzes 2 zulasse. Die Vollstreckung eines Todesurteils und die in Absatz 2 b und c genannten Ausnahmen beträfen einzig hoheitliches Handeln, weswegen es systemwidrig wäre, würde für Absatz 2 a etwas anderes gelten.⁶⁸

2. Generelle Unzulässigkeit nach nationalem Recht

Verneint man mit der wohl herrschender Ansicht im Bereich privater Notwehr aufgrund nicht gegebener Einschlägigkeit der

„um eine ordnungsgemäße Festnahme durchzuführen“. Erst recht müsse sie dann zu präventiven Zwecken zulässig sein.

⁶⁰ Perron, in: Schönke/Schröder, StGB 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 62 m.w.N.

⁶¹ So Schramm, JuS 2013, 1093 (1096).

⁶² So Schramm, JuS 2013, 1093 (1096).

⁶³ Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32, Rn. 117 m.w.N.

⁶⁴ Rönnau, JuS 2012, 404 (406); Rönnau/Hohn, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 237; Erb, in: MüKo, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 22; Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 32 Rn. 40; Stemler, ZJS 2010, 347 (355); Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 37; Krey JZ 1979, 702 (708 f.).

⁶⁵ Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 37.

⁶⁶ Krey JZ 1979, 702 (708 f.); Kühn, in: Lackner/ders. StGB, 28. Aufl. (2014), § 32 Rn. 11; I. E. ebenso Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 32 Rn. 57, der zwar darauf hinweist, dass Art. 21 MRK den Staat nicht nur dazu verpflichtet, nicht in das Recht auf Leben einzugreifen, sondern ebenso dazu, dieses Recht durch Gesetz zu schützen. Doch selbst bei Anerkennung einer Schutzpflicht würde diese nur soweit reichen, wie deren Begünstigter überhaupt schutzbedürftig ist. Dies sei der Angreifer aber gerade nicht, weil er der Gefahr einer für ihn tödlich wirkenden Notwehr zu Gunsten von Sachgütern dadurch umgehen könne, den rechtswidrigen Angriff zu unterlassen.

⁶⁷ So Krey JZ 1979, 702 (708).

⁶⁸ So Krey JZ 1979, 702 (709).

EMRK die Unzulässigkeit, könnte gleichviel eine lebensgefährliche/tödliche Abwehr von Angriffen auf Sachwerte ausscheiden: Sie wird zum Teil als generell unzulässig betrachtet,⁶⁹ speziell scheidet ein gezielter tödlicher Schuss zu diesem Zwecke aus.⁷⁰

a) Zur Begründung wird insbesondere vorgebracht, die Zulassung der tödlichen Gewalt zur Abwehr eines Angriffs auf Sachgüter sei „mit der Werteordnung des sozialen Rechtsstaats unvereinbar“.⁷¹ Herangezogen wird der Gedanke der Verhältnismäßigkeit und es wird an die „Beachtung elementarer Rechtsprinzipien“ erinnert.⁷²

b) Dem ist zu widersprechen. Lebensgefährliche Verteidigung von Sachwerten ist als ultima ratio zulässig.⁷³

Ist das angegriffene Rechtsgut nicht bloß geringwertig, vermag die Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Einschränkung des Notwehrrechts nicht zu legitimieren. Überdies ist dieser Grundsatz im Rahmen der Notwehr gerade nicht vorgesehen, was entgegen *Kindhäuser*⁷⁴ keine *petitio principii* ist, sondern sich mit einem Umkehrschluss zu § 34 StGB (§ 228 BGB) begründen lässt. Dort ist nach dem Wortlaut eine Abwägung ausdrücklich angeordnet, bei § 32 StGB nicht. Sie über den Begriff des Gebotenseins in die Norm hineinzulesen, stellte eine verbotene Analogie zu Lasten des Täters (Art. 102 Abs. 2 GG) dar. Außerdem gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht allgemein für jedwedes Handeln, er bindet als Verfassungsgrundsatz staatliches Handeln.

Dem Angegriffenen die einzig mögliche – lebensgefährdende – Verteidigung des nicht bloß geringwertigen Sachgutes zu versagen, hätte nicht nur die Einschränkung, sondern die Versagung seines Notwehrrechts zur Konsequenz.

Der Fallgruppe des „krassen Missverhältnisses“ würde ihren Ausnahmecharakter genommen werden und Eigentum sowie Vermögen würden – ohne normative Stütze – zu Rechtsgütern minderen Ranges degradiert.⁷⁵ Jedwede Einschränkung des Notwehrrechts führt zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit, weswegen eine restriktive Handhabung geboten ist.⁷⁶

Zudem bliebe unklar, ob diese Einschränkung stets bei (nicht geringwertigen) Sachgütern gilt oder nur bei bestimmten, was relevant würde, wenn es sich um ein Sachgut handelte, das die gesamte wirtschaftliche Existenz des Täters ausmachen würde.

Das Argument der Unvereinbarkeit mit der Werteordnung des sozialen Rechtsstaats ähnelt einer pauschalen Behauptung. Auch Eigentum ist grundrechtlich geschützt (Art. 14 GG) und aus dem Sozialstaatsgedanke lässt sich ableiten, dass Angriffe auf Sachwerte nicht geduldet werden müssen. Im Sozialstaat ist niemand für sein Überleben darauf angewiesen, Eigentum zu verletzen.

C) Schlussbetrachtung

*Krey*⁷⁷ schrieb im Jahre 1979: Die „Frage, ob (und wie weit) man ein Menschenleben zur Rettung von Sachgütern opfern darf, oder ob man umgekehrt notfalls ohnmächtig den Verlust von Sachgütern hinnehmen muss, um das Leben des Angreifers nicht zu gefährden, berührt weltanschauliche und politische Grundfragen“. Demgemäß variiert die Antwort auf diese Frage im Laufe der Zeit. Entgegen neuerlicher Kritik ist private Notwehr zur Verteidigung von Sachgütern gerechtfertigt, auch wenn als ultima ratio gezielt tödliche Gewalt eingesetzt wird. Die einzige Ausnahme ist jene der bereits anerkannten Fallgruppe des **krassen Missverhältnisses** (zwischen Angriffs- und Verteidigungshandlung bzw. geschütztem und betroffenem Rechtsgut): Eine lebensgefährdende oder gar tödliche Verteidigung zur Wahrung geringfügiger Werte ist damit nur in diesen Fällen ausgeschlossen, also nicht durch Notwehr gerechtfertigt. In den sonstigen hier diskutierten Fällen ist eine Einschränkung des Notwehrrechts abzulehnen.

► Inhaltsverzeichnis

⁶⁹ *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 100, 112; *Schroeder*, in: Maurach-FS, 127 (139 f.); *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 290 (326).

⁷⁰ *Lange*, JZ 1976, 546 (548); *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 50; *Roxin*, ZStW 93 (1981), 68 (100); *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 290 (323, 326); weitergehender und auch die Tötung des Angreifers im Falle der Überschreitung der Bagatellgrenze erlaubend *Krey* JZ 1979, 702 (713); *Ladiges*, JuS 2011, 879 (881).

⁷¹ *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 100 m.N.

⁷² *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 100 f.

⁷³ Mit Recht *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 316; *Krey*, JZ 1979, 702 (712); *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 32 Rn. 233; *Kühl*, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 117 f.; *Günther*, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32, Rn. 114 m.w.N.

⁷⁴ *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 99 f.

⁷⁵ *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, 12. Aufl. 2007, § 32 Rn. 233.

⁷⁶ Vgl. *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 32 Rn. 47.

⁷⁷ *Krey*, JZ 1979, 702 (712).





Ankommen und durchstarten

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



MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

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

KLAUSUR – STRAFRECHT

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

„Aus dem Leben eines Tankwarts“

Fortgeschrittenenklausur**

Sachverhalt

Der kriminelle Kevin (K) und der sinistere Sirko (S) planen einen Überfall auf die am Ortsrand gelegene Tankstelle des nichtsahnenden Nico (N). Da diese am späten Abend kaum noch von Kunden aufgesucht wird, entscheiden sich K und S, ihren Plan kurz vor Schließung der Tankstelle in die Tat umzusetzen. Hierfür betritt K gegen 22 Uhr ganz unauffällig den Kassenraum und überrascht den N, indem er diesem – wie zuvor mit S abgesprochen – eine geladene halbautomatische Pistole an den Kopf hält. Mit den Worten „Geld oder Leben?!“ forderte er den Tankwart auf, die Einnahmen der letzten Tage herauszugeben. Diese befinden sich – wie K weiß – in einem Safe unterhalb der Registrierkasse, welcher ohne Kenntnis einer sechsstelligen Zahlenkombination nicht geöffnet werden kann. N, der zu Hause Partner und Kinder hat, fürchtet um sein Leben, falls er der Aufforderung des K nicht nachkommt, und öffnet daher den Safe. Das Geld, insgesamt 15.000 Euro, legt er auf den Tresen seines Verkaufsbereiches. K verstaut es sodann in einer mitgebrachten Sporttasche und verlässt damit den Kassenraum. S, der unterdessen draußen „Schmiere gestanden“ hatte, steigt gemeinsam mit K in den Fluchtwagen und freut sich auf seinen Anteil der Beute. Wie zuvor ausgemacht, beträgt dieser ein Drittel, also 5.000 Euro.

Geschockt von diesen Ereignissen überlegt N, wie er weitere Überfälle verhindern kann. Für ein aufwändiges Sicherheitssystem hat er nicht genug Geld, sodass er sich auf der deutschen Website eines großen amerikanischen online-Händlers die Kameraattrappe „MASIONE Dummy Überwachungskamera mit Roter LED-Licht“ zum Preis von 11,99 Euro bestellt und installiert. Zudem bringt er an den Zapfsäulen Schilder mit folgender Aufschrift an: „Diese Tankstelle wird videoüberwacht“.

Einige Tage später nähert sich die Anti-Kapitalistin Angelique (A) in ihrem Auto der Tankstelle. Beim Betrachten der auf einer großen Säule tagesaktuell ausgeschriebenen Preise wird ihr Hass auf „die Öl-Multis“ geweckt und sie beschließt – auch auf Grund ihres fast leeren Tanks –, folgende „Aktion“ durchzuführen: A fährt an die Zapfsäule heran, wobei ihr sowohl Kamera – samt leuchtendem LED-Licht – als auch das von N angebrachte Schild auffallen.

Nach ordnungsgemäß durchgeführtem Tankvorgang steigt sie wieder in ihr Auto, zeigt der Kamera den Mittelfinger und fährt – ohne gezahlt zu haben – mit quietschenden Reifen davon. N war unterdessen damit beschäftigt, Regale einzuräumen, weswegen er das Geschehen nicht wahrnahm.

Wie haben sich K, S und A strafbar gemacht?

Eventuell erforderliche Strafanträge wurden gestellt.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie (Prof. Dr. Joachim Renzikowski) und im Drittmittelprojekt „Prävention von Kapitalmarktdelikten und Risiken der Geldwäsche“ am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Christian Schröder).

** Der Fall wurde an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Wintersemester 2015/2016 als Klausur in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene gestellt. Von insgesamt 90 Teilnehmern haben 50% nicht bestanden. 30% wurden als „ausreichend“ bewertet, 16,7% als „befriedigend“ und 3,33% als „vollbefriedigend“.

Gliederung

1. Tatkomplex: Der Tankstellenüberfall

A) Strafbarkeit des K

I. Wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB (Schwere räuberische Erpressung)

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Gewalt
 - b) Drohung (mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)
 - c) Nötigungserfolg (Vermögensverfügung)
 - d) Vermögensnachteil
 - e) Qualifikationsmerkmal (§ 250 StGB)
 - f) Zwischenergebnis
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz (§ 15 StGB)
 - b) Absicht der rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung
3. Rechtswidrigkeit und Schuld
4. Zwischenergebnis

II. Wegen §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB (schwerer Raub)

1. Exklusivitätsverhältnis von Raub und räuberischer Erpressung
2. Spezialitätsverhältnis von Raub und räuberischer Erpressung
3. Zwischenergebnis

III. Wegen § 241 StGB (Bedrohung)

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit und Schuld
4. Zwischenergebnis

IV. Wegen § 123 StGB (Hausfriedensbruch)

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Wohn- oder Geschäftsräume
 - b) Widerrechtliches Eindringen
2. Zwischenergebnis

B) Strafbarkeit des S

I. Wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB (Schwere räuberische Erpressung in Mittäterschaft)

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Gemeinsamer Tatplan
 - b) Gemeinsame Tatausführung
2. Zwischenergebnis

II. Wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 27 StGB (Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung)

III. Wegen § 259 StGB (Hehlerei)

1. Objektiver Tatbestand
 - a) „Sache, die ein anderer [...] erlangt [...] hat“
 - b) „sich [...] verschafft“
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit und Schuld
4. Zwischenergebnis

IV. Wegen § 241, 27 StGB (Beihilfe zur Bedrohung)

2. Tatkomplex: Die antikapitalistische Aktion

A) Strafbarkeit der A nach § 242 I StGB (Diebstahl)

I. Objektiver Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache
 - a) Gesetzlicher Eigentumserwerb
 - b) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb
2. Wegnahme

II. Zwischenergebnis

B) Strafbarkeit der A nach §§ 263 I, II, 22, 23 I, 12 II StGB (Versuchter Betrug)

I. Vorprüfung

II. Tatentschluss

1. Täuschungsvorsatz
2. Irrtumserregungsvorsatz
3. Vorsatz bezüglich einer Vermögensverfügung
 - a) Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung
 - b) Übertragung des Gewahrsams am Benzin
 - c) Zwischenergebnis
4. Zwischenergebnis

V. Zwischenergebnis

C) Strafbarkeit der A nach § 246 I StGB (Unterschlagung)

I. Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Zwischenergebnis

Gesamtergebnis

- A) Strafbarkeit des K
- B) Strafbarkeit des S
- C) Strafbarkeit der A

Gutachten

1. Tatkomplex: Der Tankstellenüberfall

A) Strafbarkeit des K

I. Wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB (Schwere räuberische Erpressung)

K könnte sich wegen schwerer räuberischer Erpressung nach §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Geld des N an sich brachte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Gewalt

Unter Gewalt versteht man jede körperliche Tätigkeit, durch die ein körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.¹

K hält N eine Waffe vor. Er wirkt mithin nicht physisch auf ihn ein, sondern psychisch, indem er N – ausdrücklich – dessen möglichen Tod in Aussicht stellt, wenn er der Aufforderung nicht nachkomme. Das Handeln des K ist mithin keine Gewalt im Sinne der Norm.

b) Drohung (mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)

Unter einer Drohung versteht man das (auch konkludente) Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt.² Auf die Ernstlichkeit der Drohung aus der Sicht des Täters kommt es nicht an; entscheidend ist, dass das Opfer die Drohung ernst nehmen soll und nimmt (Opfersicht).³ Ein Übel ist hierbei jeder Nachteil, auch ein solcher, der von Rechts wegen hingenommen werden muss.⁴ Empfindlich ist das angedrohte Übel, wenn der in Aussicht gestellte Nachteil von solcher Erheblichkeit ist, dass seine Ankündigung geeignet erscheint, den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens zu motivieren.⁵

Durch das Vorhalten der Waffe und die Aussage „Geld oder Leben?“ wird N – im Falle der Verweigerung der Aufforderung – dessen Tod in Aussicht gestellt. Aufgrund der Umstände hat N keinen Grund, an der Ernstlichkeit oder Umsetzbarkeit der Aussagen des K zu zweifeln. Es handelt sich bei der Aussage „Geld oder Leben?“ mithin um die Drohung mit einem empfindlichen Übel. Da konkret mit einer Lebensgefahr gedroht wird, ist auch der qualifizierende Umstand des § 255 StGB verwirklicht.

c) Nötigungserfolg (Vermögensverfügung)

Fraglich erscheint indes, ob das dem Opfer abgenötigte Verhalten (Handlung, Duldung oder Unterlassung) im Rahmen einer

(räuberischen) Erpressung eine Vermögensverfügung sein muss.⁶

aa) Zum Teil wird dies für Fälle der Drohung und willensbeugenden Gewalt (*vis compulsiva*) gefordert.⁷ Der Grund hierfür soll die Strukturgleichheit von § 253 StGB und § 263 StGB sein.⁸ Andernfalls wäre § 253 StGB ein umfassend qualifiziertes Vermögensentziehungsdelikt und damit (iVm. § 255 StGB) auch der Grundtatbestand des § 249 StGB.⁹ Dies wäre allerdings sowohl eine systematische Ungereimtheit (Der Grundtatbestand ist ein Delikt, das nach der Qualifikation geregelt ist) als auch ein Unterlaufen der Privilegierung der Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*).¹⁰ Fälle fehlender Zueignungsabsicht wären dann nämlich stets als räuberische Erpressung strafbar.

Da sich eine Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestandes zudem gerade durch die Freiwilligkeit des Handelns des Opfers auszeichnet, ist sie im Falle willensbeugender (!) Gewalt (*vis compulsiva*) eigentlich begrifflich ausgeschlossen.¹¹ Um daher vermögensschädigendes Verhalten dennoch als „freiwillige“ Verfügung zu klassifizieren, differenzieren einige Vertreter dieser Auffassung zwischen notwendiger (Verfügung) und nicht (mehr) notwendiger Mitwirkung des Opfers (Wegnahme).¹² Letzteres sind Fälle, in denen der Vermögensgegenstand „so oder so“ verloren wäre.

Im Hinblick auf N wird man daher festhalten können, dass es aufgrund der für den Safe erforderlichen Zahlenkombination einer Mitwirkung bedurfte; man auf Grundlage der dargestellten Auffassung also zu einer Vermögensverfügung und damit zum erforderlichen Nötigungserfolg gelangt.

bb) Verzichtet man indes auf das Erfordernis einer „Vermögensverfügung“ im dargestellten Sinne, erfasst §§ 253 StGB jede durch Drohung oder Gewalt herbeigeführte Vermögensverschiebung.¹³ Geschieht diese durch eine qualifizierte Nötigung und in Form einer Wegnahme, ist § 249 StGB als *lex specialis* vorrangig. Nur so können Strafbarkeitslücken geschlossen werden.¹⁴ Insbes. ist die Verwirklichung von § 253 StGB dann auch durch willensausschließende Gewalt (*vis absoluta*) möglich. Ein Wertungswiderspruch ergibt sich insofern nicht, als *vis absoluta* nicht in jedem Falle schwerer wiegt, als *vis compulsiva*.¹⁵

⁶ Allgemein zum Streitstand: Kudlich/Aksoy, JA 2014, 81 ff.

⁷ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 253 Rn. 8; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 3. Aufl. (2015), § 17 Rn. 15 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 37. Aufl. (2014), § 18 Rn. 712.

⁸ Vgl. Jäger, BT, 6. Aufl. (2015), Rn. 376 und Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 37. Aufl. (2014), § 18 Rn. 710.

⁹ Kindhäuser, BT II, 9. Aufl. (2016), § 18 Rn. 7 ff.

¹⁰ Beulke, Klausurenkurs III, 4. Auflage (2013), Rn. 411.

¹¹ Das gestehen Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 253 Rn. 8 auch ein, wenn sie festhalten, dass für die Verfügung „willentliches (nicht aber unbedingt „freiwilliges“) Verhalten erforderlich, aber auch ausreichend ist.“

¹² Sander, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 253 Rn. 21; Rengier, JuS 1981, 656; Otto, ZStW 79 (1967), 59 ff.

¹³ St. Rspr., s. nur BGHSt 14, 386; 25, 224; BGH NStZ 2002, 31 (32) jeweils mwN. Vgl. aber auch Hecker, JA 1998, 300 (305) und Mitsch, JA 1997, 655 (664).

¹⁴ Vgl. Jäger, BT, 6. Aufl. (2015), Rn. 376.

¹⁵ Jäger, BT, 6. Aufl. (2015), Rn. 376.: „Dennoch überzeugt dieses Gegenbeispiel der Literatur nicht als Gegenargument.“

¹ Sander, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 253 Rn. 8; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 16. Auflage (2015), § 23, Rn. 2.

² BGHSt 16, 386 (387); Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 38. Aufl. (2014), Rn. 402.

³ BHG NJW 2004, 3437; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 18. Auflage (2016), § 7 Rn. 18.

⁴ Pelke, Die strafrechtliche Bedeutung der Merkmale „Übel“ und „Vorteil“ (1990), S. 87 ff.; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl. (2013), § 253 Rn. 6 f. mwN.

⁵ BGHSt 31, 195 (201); 32, 165 (174); Klein, Zum Nötigungstatbestand (1988), S. 136 ff.

Im Hinblick auf das Verhalten des N wird man im Öffnen des Safes und der Herausgabe des Geldes eine Handlung sehen können, welche nur auf Grundlage der Nötigung vorgenommen wurde. Auch nach dieser Auffassung ist der Nötigungserfolg mithin eingetreten, sodass sich das dargestellte Auslegungsproblem im vorliegenden Fall nicht stellt.

Hinweis

Das Verhältnis der räuberischen Erpressung zum Raub, also die Abgrenzung der beiden Delikte, spielt an dieser Stelle keine Rolle. Nach der Literatur ist der Tatbestand aufgrund der Verfügung erfüllt und nach der Rechtsprechung, weil es dieses Merkmals ohnehin nicht bedürfe. Es ist jedoch nicht falsch, wenn dies hier dennoch angesprochen wird. Dann ist aber darauf zu achten, dass die Darstellung sich an späterer Stelle nicht wiederholt.

d) Vermögensnachteil

Ein Vermögensnachteil ist dann zugefügt worden, wenn die Vermögenslage des Betroffenen nach der Tat ungünstiger ist als vorher.¹⁶ Aufgrund des abgenötigten Verhaltens ist das Vermögen des N um 15.000 Euro vermindert worden, ohne, dass dies durch andere Vermögenszuflüsse wieder kompensiert wurde. Ihm ist mithin ein Vermögensnachteil entstanden.

e) Qualifikationsmerkmal (§ 250 StGB)

Da der Täter des § 255 StGB „gleich einem Räuber“ zu bestrafen ist, finden die in § 250 StGB normierten Qualifikationsmerkmale Anwendung.¹⁷ Die von K mitgeführte halbautomatische Pistole ist nach § 1 II WaffG iVm. Nr. 1.2 Anlage 2 zum WaffG eine Waffe und sie wurde von K auch zum Drohen eingesetzt.¹⁸ Sein Verhalten erfüllt daher das in § 250 II Nr. 1 Var. 1 StGB normierte Qualifikationsmerkmal.

f) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz (§ 15 StGB)

Unter Vorsatz versteht man den Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Umstände.¹⁹ K wusste, dass sein Verhalten geeignet war, den N entsprechend seines Verlangens zu motivieren; gerade um diesem Verlangen Nachdruck zu verleihen, verwendete er die Schusswaffe. Er handelte daher vorsätzlich im Hinblick sowohl auf den Grundtatbestand als auch auf die Qualifikationsmerkmale.

¹⁶ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 253 Rn. 9; Sander, in: MK-StGB, 2. Aufl. (2012), § 253 Rn. 24.

¹⁷ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl. (2013), § 255 Rn. 1.

¹⁸ BT-Drs. 13/8587, S. 45; BGH NSTZ-RR 1999, 7; NSTZ 1999, 301; Hörnle, Jura 1998, 169 (174).

¹⁹ BGHSt 36, 1 (10); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Auflage (2013), Rn. 203; Zur Herleitung auch Kühl, AT, 7. Auflage (2012), § 5, Rn. 6. Aufgrund ihrer mangelnden Subsumierbarkeit sowie der begrifflichen Ungenauigkeit sollte jedenfalls die „Kurzformel“ vom „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“ vermieden werden! (Hierzu Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (1987), S. 436; Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage (2009), § 7 Rn. 41 und Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 884)

b) Absicht der rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung

Einen rechtswidrigen Vermögensvorteil im Sinne des § 253 StGB will sich der Täter dann verschaffen, wenn es ihm gerade auf eine günstigere Gestaltung seiner Vermögenslage ankommt (dolus directus 1. Grades).²⁰ K handelte hier, um seine Finanzen aufzubessern. Ferner hatte er keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Tatbeute (Rechtswidrigkeit er Bereicherung²¹) und sein Gewinn floss ihm direkt aus dem geschädigten Vermögen zu (Stoffgleichheit²²).

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

An der Schuldfähigkeit des K bestehen keine Zweifel; Rechtfertigungs- sowie Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Zwischenergebnis

A hat sich wegen schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht.

II. Wegen §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB (schwerer Raub)

K könnte sich wegen schweren Raubes nach §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Geld des N an sich brachte.

1. Exklusivitätsverhältnis von Raub und räuberischer Erpressung

Hält man es mit der oben dargestellten Auffassung, dass die (räuberische) Erpressung eine „Vermögensverfügung“ voraussetzt, so schließen sich Raub und Erpressung in Bezug auf dasselbe Verhalten aus.²³ Der Gewahrsamswechsel gegen den Willen des Berechtigten (Wegnahme) kann niemals zugleich die „freiwillige“ Herausgabe dieser Sache sein (Verfügung). Raub und räuberische Erpressung stehen dann – wie Diebstahl und Betrug – in einem Verhältnis der Exklusivität.²⁴

Da N hier über das Geld verfügt (s.o.), wäre demnach eine Strafbarkeit nach § 249 StGB mangels Wegnahme logisch ausgeschlossen.

2. Spezialitätsverhältnis von Raub und räuberischer Erpressung

Vertritt man hingegen die Auffassung, die eine „Verfügung“ im Sinne der notwendigen Mitwirkung nicht fordert, so können sich beide Delikte in ihrem Anwendungsbereich überschneiden (s.o.). Dies wiederum macht eine Abgrenzung nach dem äußeren Erscheinungsbild erforderlich²⁵: Handelt es sich äußerlich um ein Nehmen, ist § 249 StGB vorrangig; handelt es sich hingegen um ein Geben, so liegen §§ 253, 255 StGB vor. Da im zuerst genannten Fall beide Delikte verwirklicht sind, tritt die (räuberische) Erpressung als *lex generalis* hinter den Raub (räuberische Erpressung durch Wegnahme) zurück.²⁶

²⁰ Wittig, in: BeckOK-StGB, 30. Edition (2016), § 253 Rn. 11; Schmidt/Priebe, BT II, 14. Aufl. (2015), Rn. 645.

²¹ BGHSt 3, 160 (161); 48, 322 (325); Wittig, JA 2013, 401 (403).

²² Beukelmann, in: BeckOK-StGB, 31. Edition (2016), § 263 Rn. 78 mwN.

²³ Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 253 Rn. 5, 9; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 253 Rn. 3.

²⁴ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 18. Auflage (2016), § 11 Rn. 33; Schmidt/Priebe, BT II, 14. Aufl. (2015), Rn. 324 ff.

²⁵ BGHSt 7, 252 (255); 25, 224; 42, 196 (199); Rönna, JuS 2012, 888.

²⁶ BGHSt 14, 386 (390).

Hier nimmt sich K das Geld vom Tresen, sodass an einen Raub zu denken ist. Allerdings wohnt nahezu jedem Geben auch ein Element des Nehmens inne, wenn nämlich das Gegebene angenommen wird. Bei lebensnaher Betrachtung wird man daher sagen müssen, dass N dem K das Geld gibt, weswegen § 249 StGB hier (auch) nach dieser Auslegung ausscheidet.

3. Zwischenergebnis

§§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB sind daher entweder nicht anwendbar, oder tatbestandlich nicht erfüllt.

Hinweis

Der schwere Raub muss angesprochen werden, da die Abgrenzung an dieser Stelle relevant würde. Wenn dieser Aspekt aber bereits oben dargestellt wurde, können Sie sich hier allerdings auf eine kurze Subsumtion beschränken.

III. Wegen § 241 StGB (Bedrohung)

K könnte sich wegen Bedrohung nach § 241 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem N eine Tötung in Aussicht stellte, wenn dieser sich nicht im Sinne des K verhalte.

1. Objektiver Tatbestand

Der Begriff der Drohung ist mit jenem in §§ 249, 253 StGB identisch.²⁷ Das in Aussicht gestellte Übel muss hier jedoch die Begehung eines (bestimmten) Verbrechens sein.²⁸ K stellte N dessen Tod in Aussicht, was wiederum als Mord (aus Habgier) und damit als Verbrechen zu würdigen wäre. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

K war sich bewusst, dass er dem N ein – wenn auch nicht von ihm – als Mord zu würdigendes Verhalten in Aussicht stellte.²⁹ Für seine Ziele im Hinblick auf die Tageseinnahmen kam es ihm jedoch gerade auf diese Behauptung und deren Glaubhaftigkeit an. K handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Zwischenergebnis

K hat sich wegen Bedrohung strafbar gemacht.

IV. Wegen § 123 StGB (Hausfriedensbruch)

K könnte sich wegen Hausfriedensbruches nach § 123 StGB strafbar gemacht haben, indem er in ersichtlich rechtsfeindlicher Gesinnung die Räumlichkeiten des N betrat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Wohn- oder Geschäftsräume

Der Kassenbereich der Tankstelle ist zweifelsohne ein umschlossener Raum, welcher der Ausübung der beruflichen Tä-

tigkeit des N dient.³⁰ Es handelt sich also um einen Geschäftsraum.

b) Widerrechtliches Eindringen

Der Kassenbereich der Tankstelle ist jedermann zu den Öffnungszeiten frei zugänglich. Der Berechtigte hat insofern sein generelles Einverständnis erteilt.³¹

N betrat die Räumlichkeiten allerdings in der Absicht, eine Straftat zu begehen. Wenn man nun bedenkt, dass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis selbst dann wirksam ist, wenn es durch Täuschung erlangt wurde,³² wird man davon ausgehen müssen, dass das generelle Zutrittsrecht so lang besteht, wie man dem Täter seine Absicht äußerlich nicht ansehen kann.³³ Das war hier aber nicht der Fall; würde N in seinem Geschäft als Türsteher fungieren, spräche nichts gegen die Annahme, dass er den K – wie jeden anderen Kunden auch – hereingebeten hätte. In konsequenter Anwendung dieses Gedankens war das Betreten des Marktes durch K damit nicht widerrechtlich.

Hinweis

Dieser Aspekt ist ersichtlich kein Schwerpunkt der Klausur, es kommt also an dieser Stelle nur auf überzeugende Ausführungen an. Nichtsdestotrotz muss der dargestellten Auffassung nicht gefolgt werden. Auch die Gegenauffassung, die für die Widerrechtlichkeit nur auf den hypothetischen Willen des Berechtigten abstellt,³⁴ ist – mit entsprechender Argumentation – vertretbar.

2. Zwischenergebnis

K hat sich nicht wegen Hausfriedensbruches strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit des S

I. Wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB

(Schwere räuberische Erpressung in Mittäterschaft)

S könnte sich wegen schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft nach §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben, indem er mit dem Fluchtwagen „Schmiere stand“.

1. Objektiver Tatbestand

Durch das Verhalten des S („Schmiere stehen“) wurde keines der Tatbestandsmerkmale verwirklicht. Fraglich ist daher, ob ihm das Verhalten des K nach § 25 II StGB zugerechnet werden kann.³⁵ Hierfür bedarf es eines gemeinsamen Tatplans und der gemeinsamen Tatausführung.³⁶

²⁷ Sinn, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 241 Rn. 4 mwN.

²⁸ BGH NSTZ-RR 2003, 45; Wessels/Hettinger, BT I, 38. Aufl. (2014), § 8 Rn. 434b.

²⁹ Allgemein zum Vorsatz bei § 241 StGB: Laufhütte, MDR 1976, 441 (442).

³⁰ RGSt 32, 371; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 123 Rn. 5; Lilie, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 123 Rn. 14.

³¹ Walter/Schwabenbauer, JA 2014, 103 (106).

³² Schmidt/Priebe, BT I, 14. Aufl. (2015), Rn. 1005.

³³ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 123 Rn. 7.; Steinmetz, JuS 1985, S. 94 ff.; Kühl/Schramm, JuS 2003, 681 (683).

³⁴ Vgl. die Darstellung bei Schmidt/Priebe, BT I, 14. Aufl. (2015), Rn. 1006.

³⁵ Zu § 25 StGB als Zurechnungsnorm siehe Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage (2014), Vorbemerkung zu §§ 25 ff. Rn. 6.

³⁶ Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 20 Rn. 103 ff.; Sebastian, JURA 2015, 992 (997 f.).

a) Gemeinsamer Tatplan

Die Grundzüge der Tat und die Rollenverteilung bei der Tat wurden zuvor von K und S in gegenseitigem Einvernehmen festgelegt, sodass ein gemeinsamer Tatplan vorliegt.³⁷

b) Gemeinsame Tatausführung

Nach welchen Merkmalen sich bestimmt, ob zwei Täter eine Tat gemeinsam ausführen, lässt sich dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmen.

aa) Denkbar ist es zunächst, auf den Begriff der „**Tatherrschaft**“ abzustellen.³⁸ Hierunter soll das planvoll lenkende In-Den-Händen-Halten des Geschehens als dessen „Zentralgestalt“ verstanden werden; die Tatherrschaft ist daher insbesondere durch die Befugnis bzw. die Fähigkeit zur Steuerung des Ablaufes der Tat gekennzeichnet.³⁹ Soll die Frage der gemeinschaftlichen Begehung mithin am Kriterium der „Tatherrschaft“ gemessen werden, müssen die Beteiligten für diese Steuerung gemeinsam („funktional“) verantwortlich sein, wobei diese Verantwortung auch in Form der arbeitsteiligen Begehung auf verschiedene Tätigkeiten im (Gesamt)Tatplan aufgeteilt werden können.⁴⁰

Hier leistete T einen wichtigen Beitrag mit dem Fahren des Fluchtwagens. Dies geschah jedoch erst nach Vollendung der Tat. Zwar überwachte er auch das Geschehen außerhalb der Tankstelle und hätte K so vor einer möglichen Entdeckung warnen oder ihm bei Komplikationen zu Hilfe eilen können. Dies vermag indes nicht, über seine bloße „Unterstützerrolle“ bei der Tatbegehung hinwegzutäuschen. Demnach erscheint K hier als Zentralgestalt der Erpressung und S lediglich als Randfigur, sodass eine Zurechnung nach § 25 II StGB – jedenfalls nach dieser Auslegung der Norm – ausscheiden muss.

bb) Denkbar ist es indes auch, die Frage nach der gemeinschaftlichen Tatbegehung nicht an einem Merkmal festzumachen, sondern anhand einer – freilich wertenden – Gesamtbeurteilung der Umstände der Tat vorzunehmen. Als relevante Umstände sollen dabei das Eigeninteresses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, sowie die tatsächliche oder zumindest gewollte Tatherrschaft (sog. „**Normative Kombinations-theorie**“).⁴¹

Die (unmittelbare) Beteiligung des S am Geschehen bleibt deutlich hinter K zurück. Das spiegelt sich auch in dem geringeren Anteil an der Beute wieder. Bzgl. der Tatherrschaft des S kann nach oben verwiesen werden. Zieht man diese einzelnen Gesichtspunkte zusammen, erscheint der S eher als ein Teilnehmer, weswegen die Zurechnung nach § 25 II auch auf Grundlage dieser Auslegung der Norm ausscheiden muss.

³⁷ Auf Details kommt es insofern nicht an, als auch leichte Abweichungen vom Tatplan zugerechnet werden, ehe die Zurechnung nach § 25 II wegen Exzesses ausscheidet. (Siehe auch *Kühl*, AT, 7. Aufl. (2012), § 20 Rn. 117 f. und *Jäger*, AT, 7. Aufl. (2015), Rn. 224a)

³⁸ Der Begriff der Tatherrschaft geht zurück auf *Maurach*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1958), § 49 II C 2; Inhaltlich wurde die Formel wesentlich geprägt von *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. (1963).

³⁹ Im Einzelnen *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Auflage (2006), § 6.

⁴⁰ Vgl. *Schünemann*, in: LK, 12. Aufl. (2007), § 25 Rn. 7; *Roxin*, AT II (2003), § 25, Rn. 27 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, 44. Aufl. (2014); Rn. 512 ff.

⁴¹ BGHSt 28, 346 (348 f.); 40, 218 (236); 45, 270 (296).

Hinweis

Auch wenn sicher die besseren Argumente für eine Teilnehmerstrafbarkeit des S sprechen, so ist die Annahme einer Täterschaft – freilich mit entsprechender Argumentation – doch vertretbar.

2. Zwischenergebnis

S hat sich nicht wegen schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft strafbar gemacht.

II. Wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 27 StGB

(Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung)

S hat sich wegen Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung strafbar gemacht.

III. Wegen § 259 StGB (Hehlerei)

S könnte sich wegen Hehlerei nach § 259 StGB strafbar gemacht haben, indem er seinen Anteil der Beute annahm.

1. Objektiver Tatbestand

a) „Sache, die ein anderer [...] erlangt [...] hat“

Hinweis

Sieht man S als Mittäter an, so ist auch er Täter (vgl. § 25 StGB) und kann somit – wenn auch nicht ganz unumstritten – kein „anderer“ im Sinne der Norm sein.⁴²

Im Hinblick auf den Wortlaut von § 27 StGB erscheint es grundsätzlich denkbar, dass ein anderer im Sinne des § 259 StGB auch ein Teilnehmer der Vortat sein kann: „[...] wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat [...]“.⁴³ Ob dieses Ergebnis auch im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm überzeugt ist indes fraglich.

Unterstellt man, dass die Hehlerei die Perpetuierung einer Vermögenslage sanktioniert, die durch eine gänzlich fremde Vortat geschaffen wurde, so scheint dies zunächst nicht der Fall. Allerdings schafft der Vortatteilnehmer durch die Übernahme der Sache vom Vortäter neues Unrecht, da die Beute aus der kriminellen Sachherrschaftssphäre des Vortäters in seine eigene übergeht. Hierdurch wird die durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Besitzlage vertieft.⁴⁴ Die mittelbare Beteiligung am Unrecht eines anderen genügt daher nicht für die Annahme einer „eigenen Tat“, wie sie § 259 StGB ausdrücklich voraussetzt.⁴⁵

Es handelt sich bei dem Geld daher um eine Sache, die „ein anderer [...] durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Vortat [hier: schwere räuberische Erpressung] erlangt hat“.

⁴² *Maier*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 259 Rn. 58 f. mwN.

⁴³ BT-Drs. 7/550, S. 252.

⁴⁴ *Geppert*, Jura 1994, 100 (104).

⁴⁵ BGHSt 7, 134 (Großer Senat); BGHSt 8, 390 (392); BGHSt 13, 404 (405); *Geppert*, Jura 1994, 100 (104); *Rudolphi*, JA 1981, 1 (5).

b) „sich [...] verschafft“

S hat – im Einverständnis mit K – den Gewahrsam an den Geldscheinen erlangt.⁴⁶

2. Subjektiver Tatbestand

S war sich über die Herkunft der Geldscheine im Klaren und er nahm sie bewusst entgegen. Er handelte also vorsätzlich. Auch kam es ihm bei seinem Handeln gerade auf die finanzielle Besserstellung nach der Tat an. Er handelte daher auch mit Bereicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

An der Schuldfähigkeit des S bestehen keine Zweifel; Rechtfertigungs- sowie Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Zwischenergebnis

S hat sich durch das Annehmen seines Anteils der Beute wegen Hehlerei strafbar gemacht.

IV. Wegen § 241, 27 StGB (Beihilfe zur Bedrohung)

S hat sich wegen (psychischer) Beihilfe zur Bedrohung strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Die antikapitalistische Aktion**A) Strafbarkeit der A nach § 242 I StGB (Diebstahl)**

A könnte sich wegen Diebstahls nach § 242 I StGB strafbar gemacht haben, indem sie ohne zu bezahlen den Tank ihres Autos befüllte.

I. Objektiver Tatbestand**1. Fremde bewegliche Sache**

Benzin (in abgrenzbarer Form) ist eine bewegliche Sache.⁴⁷ Allerdings erscheint fraglich, ob es für A fremd war. Als sich das Benzin noch im Lager der Tankstelle befand, stand es im Eigentum des N. Das ist indes nicht der relevante Zeitpunkt, weil ein Gewahrsamsbruch frühestens mit dem Einfüllen des Benzins in den Tank in Frage kommt. Wenn A hierdurch allerdings Eigentum erworben hat, war das Benzin – zum Zeitpunkt der Tat (vgl. § 8 StGB) – nicht (mehr) fremd.

a) Gesetzlicher Eigentumserwerb

Ein gesetzlicher Eigentumserwerb kommt allenfalls durch Vermischung in Betracht (§§ 948, 947 BGB). Weil das Benzin im Tank gegenüber dem eingefüllten Benzin allerdings nicht als Hauptsache angesehen werden kann, scheidet der Erwerbstatbestand aus.⁴⁸

b) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb

Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb setzt nach § 929 S. 1 BGB eine (dingliche) Einigung, eine Übergabe und eine Verfü-

gungsbefugnis voraus.⁴⁹ Hier kommen drei Zeitpunkte in Frage⁵⁰:

aa) Das Abnehmen des Zapfhahns ist ein Angebot (*ad incertas personas*⁵¹) zum Abschluss des dinglichen Rechtsgeschäfts. Dieses wird vom Tankstellenpächter dadurch angenommen, dass die Selbstbedienung generell gestattet ist (§ 151 BGB).⁵² Nach dieser Auffassung war das Benzin also keine fremde Sache (mehr).

bb) Das Eigentum verbleibt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises beim Tankstelleninhaber, sodass das Benzin beim Einfüllen (noch) fremd wäre. Sowohl Kaufvertrag als auch dingliche Einigung kommen erst an der Kasse zustande.⁵³ Die Zapfsäule ist demnach lediglich *invitatio ad offerendum*⁵⁴.

cc) Das Eigentum verbleibt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises beim Tankstelleninhaber, sodass das Benzin auch hier beim Einfüllen (noch) fremd wäre. Zwar wird der Kaufvertrag mit Einfüllen geschlossen (*offerta ad incertas personas* mit Annahme durch einfüllen, s.o.), aber die dingliche Einigung ist durch die vollständige Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingt (§ 158 I BGB; dinglicher Eigentumsvorbehalt).⁵⁵

Hinweis

Alle genannten Auffassungen werden in der Literatur vertreten, sodass sie mit der entsprechenden Argumentation auch im Gutachten vertretbar wären.

dd) Die erste Auslegung hätte zur Folge, dass Diebstahl und Unterschlagung in Konstellationen wie der hier untersuchten niemals in Frage kämen. Fehlt es mithin an einer (versuchten) Täuschung des Tankenden, wäre dieser straffrei. In praktischer Hinsicht ist zudem zu bedenken, dass Tankstellenpächter in der Regel nur gegen Diebstahl versichert sind, sodass ein gewichtiges Interesse daran besteht, hier nicht auf einen möglichen Betrug verwiesen zu werden. Da die Vertragskonstruktion sich anhand der Interessen der Beteiligten bestimmt⁵⁶ und hier die Gefahren einseitig zu Lasten des Tankstellenpächters verteilt werden, ist die erstgenannte Konstruktion abzulehnen. Ähnlich verhält es sich mit der zweitgenannten Auffassung, welche zur Folge hat, dass der Tankstellenpächter bis zum Vertragsschluss an der Kasse sein Benzin wieder herausverlangen kann. Dies ist eine Belastung, die aus Sicht des (ehrlichen) Kunden nicht sachgerecht erscheint. Dementsprechend ist die letztgenannte Konstruktion vorzugswürdig, nachdem das Eigentum des Tankstellenpächters bis zur Zahlung gegen Diebstahl geschützt bleibt, der Tankende aufgrund des Anspruches aus dem Kaufvertrag aber nicht Gefahr läuft, zur Herausgabe

⁴⁶ Zur Definition: BGHSt 27, 160 (163); Wessels/Hillenkamp, BT II, 37. Aufl. (2014), § 23 Rn 845 ff.

⁴⁷ Vgl. RGSt 14, 121 (123).

⁴⁸ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. (2013), § 242 Rn. 17. Die genauen Anforderungen an eine Hauptsache im Sinne des § 948 BGB sind umstritten. Zum Teil wird vertreten, dass bei einer Vermengung gleichartiger Sachen generell ein Alleineigentum entstehen kann (Füller, MüKo-BGB, 6. Aufl. (2013), § 948 Rn. 6 mwN.)

⁴⁹ Im Einzelnen: Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 30. Aufl. (2015), § 7 Rn. 2.

⁵⁰ Allgemein zur Problematik: Schmidt/Priebe, BT II, 14. Aufl. (2015), Rn. 66; Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799.

⁵¹ Zum Begriff: Rütters/Stadler, BGB AT, 18. Aufl. (2014), § 19 Rn. 3 und Köhler, BGB AT, 39. Auflage (2015), § 8 Rn. 9 ff. jeweils mwN.

⁵² Herzberg, NJW 1984, 896; Ders., NSTZ 1983, 251; Ders., JA 1980, 385 (386 f.).

⁵³ Deutscher, JA 1983, 125 (126 f.).

⁵⁴ Zum Begriff: Rütters/Stadler, BGB AT, 18. Aufl. (2014), § 19 Rn. 5.

⁵⁵ OLG Hamm NSTZ 1983, 266; Radtke/Meyer, JA 2009, 702 f.; Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799.

⁵⁶ So mit Recht Schmidt/Priebe, BT II, 14. Aufl. (2015), Rn. 66.

des getankten Benzins verpflichtet zu werden.⁵⁷ Das Benzin war demnach zum Zeitpunkt des Tankens (noch) fremd.

2. Wegnahme

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams,⁵⁸ wobei unter Gewahrsam die sozial-normative Zuordnung einer Sache zur Herrschaftssphäre einer Person zu verstehen ist.⁵⁹ Zwar wechselte das Benzin hier von der Herrschaftssphäre des N (Tank unter der Tankstelle) in die Herrschaftssphäre der A (Tank in ihrem Auto), allerdings erscheint fraglich, ob dies im Wege eines Bruches geschah. Das ist dann der Fall, wenn der Gewahrsamswechsel gegen den Willen oder ohne das Wissen des Berechtigten vollzogen wurde.⁶⁰ Es läge demnach ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor, wenn der Gewahrsamswechsel mit dem Willen des Berechtigten stattfand.

Hierbei wird man festhalten können, dass der Tankstelleninhaber grundsätzlich mit dem Tanken durch die Kunden einverstanden sein wird, da dies gerade der Zweck einer *Selbstbedienungstankstelle* ist. Zwar kann ein tatbestandsausschließendes Einverständnis an eine Bedingung geknüpft werden, doch muss es sich bei der Einwilligung in den Gewahrsamswechsel um eine Bedingung handeln, deren Erfüllung auch äußerlich ersichtlich ist.⁶¹ Andernfalls wäre es nämlich nicht möglich den Gewahrsamsbruch aufgrund einer nicht erfüllten (inneren) Bedingung von der erschlichenen Gewahrsamsübertragung (Vermögensverfügung) zu unterscheiden; mit anderen Worten: die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl wäre nicht durchzuführen.⁶²

Da es hier an einem äußerlich sichtbaren Angriff auf das Eigentum des N fehlt, war der Gewahrsamswechsel von dessen generellem tatbestandsausschließenden Einverständnis für die ordnungsgemäße Bedienung der Zapfsäule gedeckt. A hat die Sache demnach nicht weggenommen.

II. Zwischenergebnis

A hat sich nicht wegen (Benzin)Diebstahl strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit der A nach §§ 263 I, II, 22, 23 I, 12 II StGB (Versuchter Betrug)

A könnte sich wegen versuchten eigennütigen Betrages gegenüber und zu Lasten des N gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I, 12 II StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Zapfsäule ordnungsgemäß bediente.

I. Vorprüfung

Das Verhalten der A wurde von niemandem wahrgenommen, konnte mithin auch keinerlei Irrtum hervorrufen. Die Tat ist dementsprechend nicht vollendet. Der Versuch des Betrages ist nach §§ 263 I, II, 22, 23 I, 12 II StGB strafbar.

II. Tatentschluss

Wenn die Umstände, von denen A bei ihrem Handeln ausging, eine Strafbarkeit wegen Betrages begründen würden und auch die übrigen subjektiven Merkmale in ihrer Person erfüllt sind, war sie zur Begehung eines Betrages entschlossen.⁶³

1. Täuschungsvorsatz

Eine Täuschung ist eine vom Opfer wahrnehmbare – ausdrückliche oder konkludente – unwahre Tatsachenbehauptung.⁶⁴ Tatsachen sind dem Beweise zugängliche Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit; als sog. „innere Tatsachen“ kann es sich dabei auch um Überzeugungen, Kenntnisse oder Absichten handeln.⁶⁵

Das äußerlich wahrnehmbare Verhalten der A erschöpfte sich in der ordnungsgemäßen Bedienung der Zapfsäule, sodass eine ausdrückliche Täuschung ausscheidet. Da das Benzin aber an einer Selbstbedienungstankstelle nicht kostenlos herausgegeben wird, erklärt derjenige, der die Zapfsäule ordnungsgemäß verwendet, jedoch schlüssig (konkludent) durch eben dieses Verhalten, dass er gewillt ist, den Kaufpreis zu entrichten. Diese Zahlungsbereitschaft („innere Tatsache“) lag bei A jedoch nicht vor.

Da sie aufgrund der Überwachungskamera davon ausging, beobachtet zu werden, war das konkludente Vorspiegeln einer in Wahrheit nicht bestehenden Zahlungsbereitschaft – in ihrer Vorstellung – auch wahrnehmbar. A wollte N mithin täuschen.

2. Irrtumserregungsvorsatz

Hätte N das Geschehen beobachtet, so wäre er davon ausgegangen, dass A bereit ist, den Kaufpreis zu entrichten. Die Vorstellung des N und die Wirklichkeit stimmten – nach der Vorstellung der A – mithin nicht überein.⁶⁶ A wollte, dass N sich über die konkludent behauptete Tatsache irrte.

3. Vorsatz bezüglich einer Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.⁶⁷ In Betracht kommen hier die Übertragung des Gewahrsams am Benzin sowie das Verzichten auf die Geltendmachung des Anspruches auf Kaufpreiszahlung.

a) Verzichten auf die Geltendmachung des Anspruches auf Kaufpreiszahlung

Im Hinblick auf den Zahlungsanspruch wird man sagen müssen, dass das Unterlassen der Geltendmachung nicht auf Grundlage einer Täuschung erfolgt wäre (bspw. weil der Tankstellenbetreiber denkt, der „Kunde“ habe bezahlt), sondern weil es ihm faktisch nicht (mehr) möglich ist. Eine solche Konstellation kommt daher von vornherein nicht als Vermögensverfügung in Betracht.

⁵⁷ So auch Jäger, BT, 6. Aufl. (2015), Rn.192.

⁵⁸ RGSt 48, 58 (59 f.); BGH NStZ 1988, 270 (271).

⁵⁹ Schmidt/Priebe, BT II, 14. Aufl. (2015), Rn. 34.

⁶⁰ BGH NStZ 2008, 624 (625); Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 242 Rn. 16; Ludwig/Lange, JuS 2000, 446 (449).

⁶¹ RGSt 34, 352; 58, 228; Rengier, Strafrecht BT I, 18. Aufl. (2016), § 2 Rn. 70 ff. mwN.

⁶² Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 263 Rn. 63a; Ast, NStZ 2013, 305 (306).

⁶³ Frister, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2015), Kap. 23 Rn. 15; Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 15 Rn. 24.

⁶⁴ Vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 263 Rn. 14; Pawlik, StV 2003, 297.

⁶⁵ Rengier, BT I, 18. Aufl. (2016), § 13 Rn. 4.

⁶⁶ Beukelmann, in: BeckOK-StGB, Edition 30 (2016), § 263 Rn. 23 mwN.

⁶⁷ BGHSt 14, 170 (171); Wessels/Hillenkamp, BT II, 37. Aufl. (2014), § 13 Rn. 515.

b) Übertragung des Gewahrsams am Benzin

Der Gewahrsam am Benzin wird an Selbstbedienungstankstellen mit dem Willen des Berechtigten auf denjenigen übertragen, welcher die Zapfsäule ordnungsgemäß bedient (s.o.). Für den hier geprüften (versuchten) Betrug ist es jedoch erforderlich, dass diese Übertragung – nach der Vorstellung der A – täuschungsbedingt erfolgt.

aa) Das wird überwiegend bejaht, wenn die konkludente Täuschung des Täters vom Tankstellenpersonal wahrgenommen wird (bzw. wenn der Täter dies glaubt). Grund hierfür soll sein, dass das Tankstellenpersonal – nach Wahrnehmung des unberechtigten Tankvorganges – seine Zustimmung zu diesem zum Ausdruck bringt bzw. ein Einschreiten unterlässt.⁶⁸ Es verhält sich mithin in einer Weise, die unmittelbar vermögensmindernd wirkt.

bb) Richtigerweise wird man jedoch sagen müssen, dass der Tankstelleninhaber bereits – durch das bedingte Einverständnis – über den Gewahrsam verfügt hat, bevor der Kunde tankt (s.o.); auf das Wahrnehmen der Täuschung kommt es insofern gar nicht (mehr) an.⁶⁹ Auch das Unterlassen, den Tankvorgang zu verhindern, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, dann es führt nur mittelbar – durch das Handeln des Tankenden – zur Vermögensminderung.⁷⁰

cc) Der Vorsatz der A war mithin nicht auf eine Vermögensverfügung des N gerichtet.

Hinweis

Da es sich bei der Gegenansicht um die wohl hM handelt, ist diese selbstverständlich ebenso vertretbar.

c) Zwischenergebnis

Die Tatumstände, welche sich A vorstellte, tragen die Würdigung ihres Verhaltens als Vermögensverfügung nicht. Sie hatte mithin diesbezüglich keinen Tatentschluss.

4. Zwischenergebnis

A hatte keinen Tatentschluss gefasst.

V. Zwischenergebnis

A hat sich nicht wegen versuchten Betruges strafbar gemacht.

C) Strafbarkeit der A nach § 246 I StGB (Unterschlagung)

A könnte sich wegen Unterschlagung nach § 246 I StGB strafbar gemacht haben, indem sie ohne gezahlt zu haben mit dem Benzin davon fuhr.

I. Tatbestand⁷¹

Das Benzin ist eine für A fremde bewegliche Sache (s. o.).

Diese wollte sie dauerhaft der Verfügungsgewalt des N entziehen (Enteignung) und sie zumindest vorübergehend, wie ein Eigentümer nutzen (hier: Verbrauchen; =Aneignung).⁷²

Fraglich ist indes die Rechtswidrigkeit der von A angestrebten Zueignung. Diese ist abzulehnen, wenn ihr ein fälliger einredefreier Anspruch auf das Benzin zusteht.⁷³ Hier kam zwischen A und N ein wirksamer Kaufvertrag zustande (s.o.), sodass A aus diesem – dem Grunde nach – einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Benzins hat (§ 433 I 1 BGB).⁷⁴ Bis A jedoch den Kaufpreis entrichtet hat, kann sich N auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB berufen. Daher ist der Anspruch einredebehaftet und die Zueignung somit rechtswidrig.

Der von A gefasste Wille muss sich äußerlich manifestiert haben.⁷⁵ Das ist spätestens mit dem Wegfahren von der Tankstelle geschehen.

Der Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

An der Schuldfähigkeit der A bestehen keine Zweifel, und Rechtfertigungs- sowie Entschuldigungsgründe sind keine ersichtlich.

III. Zwischenergebnis

A hat sich wegen Unterschlagung strafbar gemacht.

Hinweis

Wenn oben der (versuchte) Betrug bejaht wurde, tritt die Unterschlagung aufgrund der gesetzlich angeordneten Subsidiarität hinter diesen zurück (§ 246 I HS 2 StGB).

Gesamtergebnis

A) Strafbarkeit des K

K ist strafbar wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB; der mitverwirklichte § 241 StGB tritt dahinter zurück.

B) Strafbarkeit des S

S ist strafbar wegen §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 27 StGB. Die Beihilfe zur Bedrohung tritt dahinter zurück.

C) Strafbarkeit der A

A ist strafbar wegen § 246 I StGB.

► Inhaltsverzeichnis

⁶⁸ BGH NJW 1983, 2827; NJW 2012, 1292; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 263 Rn. 63b.

⁶⁹ Ast, NSTZ 2013, 305 (307 f.); Lange/Trost, JuS 2003, 961 (963); Ernst, JURA 2013, 454 (455 f.).

⁷⁰ Ast, NSTZ 2013, 305 (308).

⁷¹ Zum Prüfungsaufbau der Unterschlagung siehe: Schmidt/Priebe, BT II, 14. Aufl. (2015), Rn. 266.

⁷² Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 246 Rn. 4 mwN.

⁷³ BGH NSTZ 2011, 519; Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 242 Rn. 49.

⁷⁴ Wichtig: Der Anspruch ergibt sich aus dem Vertrag, nicht aus § 433 I 1 BGB: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet [...]“.

⁷⁵ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. (2013), § 246 Rn. 5 ff. 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

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

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Anwendung von § 64 Satz 1 GmbHG auf den Direktor einer englischen Limited

Urteil vom 15. März 2016, Az. II ZR 119/14

Auf den Direktor einer private company limited by shares, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, kommt § 64 Satz 1 GmbHG zur Anwendung. (amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht)

Die B war Direktorin der K Ltd., die als private company limited by shares in dem für England und Wales zuständigen Handelsregister in Cardiff eingetragen ist. Eine deutsche Zweigniederlassung ist im deutschen Handelsregister eingetragen. Die K Ltd. war überwiegend in Deutschland tätig. Ihr Unternehmensgegenstand bestand in der Montage von Lüftungsanlagen und damit verbundenen Dienstleistungen. Die Büros, von denen aus die Geschäfte der K Ltd. geführt wurden, befanden sich in Erfurt.

Die K Ltd. war spätestens seit dem 1. November 2006 zahlungsunfähig. Trotz dieses Umstandes veranlasste die B in der Zeit vom 11. Dezember 2006 bis zum 26. Februar 2007 weiterhin Zahlungen der K Ltd. zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 110.151,66 €.

Am 27. November 2007 eröffnete das Amtsgericht Erfurt das Insolvenzverfahren über das Vermögen der K Ltd und bestellte I zum Insolvenzverwalter.

Dieser nimmt B auf Rückzahlung der von ihr veranlassten Zahlungen in Höhe von insgesamt 110.151,66 € aus § 64 GmbHG in Anspruch.

Zu Recht?

B) Die Entscheidung des Gerichts

Fraglich ist, welche Ansprüche der K Ltd. gegen B auf Zahlung von 110.151,66 € zustehen. Als Insolvenzverwalter der K Ltd. wäre I als Partei kraft Amtes gemäß § 80 InsO befugt, Ansprüche der K Ltd. geltend zu machen.

I. Anwendbarkeit deutschen Insolvenzrechts

Zunächst ist fraglich, ob das deutsche Insolvenzrecht im Insolvenzverfahren über das Vermögen der K Ltd. überhaupt Anwendung findet.

Bei der K Ltd. handelt es sich um eine Gesellschaft, die unter dem Recht von England und Wales gegründet wurde.

Auf Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union gegründet wurden, findet nach der Rechtsprechung des EuGH und des BGH grundsätzlich das Gesell-

schaftsrecht des Gründungsstaates Anwendung.¹ Folgt man der Gründungstheorie auch für das Insolvenzverfahren, wäre auf die K Ltd. als private company limited by shares das Insolvenzrecht von England und Wales anwendbar.

Gemäß Art. 4 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO) gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dem das Verfahren eröffnet wird. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der K Ltd. wurde von dem Amtsgericht Erfurt und somit in Deutschland eröffnet. Somit sind nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO die Vorschriften der InsO auf das Insolvenzverfahren über das Vermögen der K Ltd. anwendbar.

Hier schließt sich allerdings die Frage an, ob das Amtsgericht Erfurt für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständig war.

Die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens richtet sich nach Art. 3 EuInsVO. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO sind die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (sog. Center of Main Interest – COMI). Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO widerleglich vermutet, dass das Center of Main Interest der Ort ihres satzungsgemäßen Sitzes ist.

Folgt man der Vermutungsregelung des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO wäre für die K Ltd. die englische Gerichtsbarkeit eröffnet. Ausweislich des Sachverhalts hat die K Ltd. ihre Geschäftstätigkeit jedoch vor allem in Deutschland von Erfurt aus ausgeübt.

Wie das Center of Main Interest zu bestimmen ist, wenn der satzungsmäßige Sitz und der Mittelpunkt der Interessen auseinanderfallen, war bis zur Eurofood-Entscheidung des EuGH vom 2. Mai 2006 umstritten.²

Bis dahin folgte die Rechtsprechung überwiegend der „mind-of-management“-Theorie.³ Danach wird der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen dort angenommen, wo die strategischen, unternehmensleitenden Entscheidungen einer Gesellschaft getroffen werden.⁴ Die „business-activity“-Theorie knüpft für die Bestimmung des Mittelpunkts des hauptsächlichen

¹ Sog. „Gründungstheorie“; vgl. hierzu *Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2015, Einl., Rn. 333 ff., Rn. 350 ff.

² EuGH NZI 2006, 633.

³ Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl. 2015, Int. InsR, Art. 3 EuInsVO, Rn. 19, m.w.N.

⁴ *Lüer*, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, EuInsO Art 3, Rn. 11, m.w.N.

chen Interesses hingegen an die werbende Tätigkeit der Gesellschaft an; damit wird die für Dritte erkennbare Umsetzung der internen Managemententscheidungen zugrunde gelegt,⁵ während für die „mind-of-management“-Theorie subjektive Gesichtspunkte ausschlaggebend sind.

Der EuGH hat sich zwischenzeitlich der „business-activity“-Theorie angeschlossen.⁶ Dies begründet er insbesondere mit Erwägungsgrund Nr. 13 der EuInsVO, wonach als Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Ort gelten sollte, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und damit für Dritte feststellbar ist.

Im vorliegenden Fall wurde die Geschäftstätigkeit der K Ltd. von Erfurt geführt und dort befanden sich auch die Büros der K Ltd.

Somit ist nach beiden Theorien das Amtsgericht Erfurt für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der K Ltd. zuständig.

Somit gelten für das Insolvenzverfahren über das Vermögen der K Ltd. die Normen der InsO. Gemäß § 80 InsO geht die Verfügungsbefugnis über das Vermögen der K Ltd. somit auf I als Insolvenzverwalter über und ist dieser befugt, Ansprüche der K Ltd. geltend zu machen.

II. Anspruch aus § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.

Da B nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der K Ltd. noch Zahlungen auf Verbindlichkeiten leistete, kommt eine Haftung der B gemäß § 64 GmbHG in Betracht.

Da § 64 GmbHG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Vermeidung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 mit Wirkung zum 1. November 2008 geändert wurde, ist zunächst fraglich, in welcher Fassung § 64 GmbHG anwendbar ist (hierzu 1.).

Ferner stellt sich die Frage, ob § 64 GmbHG, der im Gesetz betreffend die deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung enthalten ist, auf die K Ltd. als englische private company limited by shares anwendbar ist (hierzu lit. b)).

1. Temporal anwendbares Recht

Nach den aus Art. 179, 229 § 5, 232 § 1 BGBEG abgeleiteten allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts bestimmen sich die Voraussetzungen, der Inhalt und die Wirkungen eines Schuldverhältnisses nach dem Recht, das zur Zeit seiner Entstehung galt.⁷

Nach der Rechtsprechung entsteht der Anspruch aus § 64 GmbHG zu dem Zeitpunkt, zu dem die Zahlung geleistet worden ist.⁸ Die B führte die von I beanstandeten Zahlungen im Zeitraum vom 11. Dezember 2006 bis zum 26. Februar 2007 aus.⁹

Somit ist auf den vorliegenden Fall § 64 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG a.F. anzuwenden, der aber mit § 64 Satz 1 und 2 GmbHG n.F. identisch ist.

2. Anwendbarkeit von § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.

Gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden.

Die Vorschrift bezieht sich nach ihrem Wortlaut erkennbar auf den Geschäftsführer einer deutschen GmbH.

Da die B Direktorin der K Ltd. war, findet § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bereits seinem Wortlaut nach auf B keine direkte Anwendung.

Die Anwendbarkeit von § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. könnte sich jedoch aus Art. 4 Abs. 1 EuInsVO ergeben, wonach für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates gilt, in dem das Verfahren eröffnet wird.

Somit ist zu klären, ob es sich bei der Vorschrift des § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG um eine insolvenzrechtliche oder eine gesellschaftsrechtliche Norm handelt.

Dafür, dass es sich um eine gesellschaftsrechtliche Norm handelt, sprechen zunächst der Wortlaut und die systematische Stellung der Vorschrift im GmbHG.

Das systematische Argument greift jedoch nur eingeschränkt, da allein die systematische Stellung einer gesetzlichen Vorschrift in einem bestimmten Gesetz wenig über ihren Regelungscharakter aussagt.

Entscheidend ist somit der mit der Vorschrift des § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. verfolgte Zweck.

Hierzu führt der BGH folgendes aus:

„[15] a) Der Zweck der Vorschrift besteht darin, Masseverkürzungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu verhindern und für den Fall, dass der Geschäftsführer seiner Massesicherungspflicht nicht nachkommt, sicherzustellen, dass das Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt wird, damit es im Insolvenzverfahren zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht (ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH, Urteil vom 29. November 1999 II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 186 [BB 2000, 267]; Urteil vom 14. Mai 2007 II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, 1266 [BB 2007, 1801 m. BB-Komm. Müller-Seils]; Urteil vom 5. Mai 2008 II ZR 38/07, ZIP 2008, 1229 Rn. 10 [BB-Entscheidungsreport Maske, BB 2008, 1590]; Habersack/Foerster, ZHR 178 [2014], 387, 390 ff.). Damit wird von § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. im Regelfall nicht ein Schaden der Gesellschaft erfasst, sondern ein Schaden der künftigen Insolvenzgläubiger. Die verbotswidrigen Zahlungen dienen in der Regel der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und führen bei dieser nur zur Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden. Verringert wird nur die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger führt (BGH, Urteil vom 20. September 2010 II ZR 78/09, ZIP 2010, 1988 Rn. 14 [BB 2010, 2657 m. BB-Komm. Stöber] Doberlug; Habersack/

⁵ Lüer, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, EuInsO Art 3, Rn. 11, m.w.N.

⁶ Vgl. EuGH NZG 2006, 633, 634 f.

⁷ Vgl. BGH NJW 2009, 1277, 1279; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, Einl v § 241, Rn. 14.

⁸ Vgl. BGH NZI 2009, 486, 488, zu § 130a HGB; BGH ZIP 2010, 2107, 2108.

⁹ Zum anwendbaren Recht näher ▶ Follner, JSE 2015, 275, 276.

Schürnbrand, WM 2005, 957, 959; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 64 Rn. 4). Die Haftung nach § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG aF setzt im Regelfall die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus. Es ist dann Sache des Insolvenzverwalters, den Anspruch geltend zu machen.

[16] Dieser Gesetzeszweck trifft auf beide Gesellschaftsformen zu. Sowohl in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als auch in der Limited haften die Gesellschafter grundsätzlich nicht mit ihrem persönlichen Vermögen für die Gesellschaftsschulden. In beiden Gesellschaftsformen werden die Geschäfte von einer dafür verantwortlichen, nicht notwendig auch als Gesellschafter beteiligten Person geführt. Bei beiden Gesellschaftsformen besteht die Gefahr, dass der Geschäftsführer oder der Direktor nach Insolvenzzreife Zahlungen zu Lasten der späteren Insolvenzgläubiger leistet und damit die Insolvenzmasse verkürzt. Diese Umstände rechtfertigen es, den Geschäftsführer deutschen Rechts und den Direktor englischen oder walisischen Rechts in Bezug auf die Haftung bei derartigen Zahlungen gleichzubehandeln (zustimmend Servatius, DB 2015, 1087 ff.; Schall, ZIP 2016, 289 ff.; Mankowski, NZG 2016, 281 ff.; von Wilcken, DB 2016, 225 f.; Weller/Hübner, NJW 2016, 225; Schulz, EWIR 2016, 67).“

Nach dem BGH handelt es sich bei § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG somit um eine insolvenzrechtliche Norm, die gemäß Art 4 Abs. 1 EuInsVO auch auf den Direktor einer private limited company by shares anzuwenden ist.

Dies hat auch der EuGH¹⁰ auf das entsprechende Auslegungsersuchen des BGH¹¹ so entschieden:

„[17] Folglich hat der EuGH, auch wenn seine Antwort auf das Vorabentscheidungsersuchen im Urteil H (EuGH, ECLI:EU:C:2014:2410 = EuZW 2015 141) Art. 3 VO Nr. 1346/2000 und die internationale Zuständigkeit eines nationalen Gerichts zur Entscheidung über eine Klage, die auf eine nationale Bestimmung wie § 64 II 1 GmbHG gestützt ist, betraf, diese Bestimmung des nationalen Rechts gleichwohl eindeutig als insolvenzrechtliche Norm eingestuft. Hieraus ergibt sich, dass die letztgenannte Bestimmung dem für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen geltenden Recht iSv Art. 4 I VO Nr. 1346/2000 zuzurechnen ist. Als solche kann diese Bestimmung des nationalen Rechts, die unter anderem bewirkt, dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft gegebenenfalls zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet ist, die er nach Eintritt ihrer Zahlungsunfähigkeit für ihre Rechnung geleistet hat, nach Art. 4 I VO Nr. 1346/2000 von dem nationalen Gericht, das mit dem Insolvenzverfahren befasst ist, als Recht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird (im Folgenden: *lex fori concursus*), angewendet werden.

[18] Hinzuzufügen ist insoweit, dass § 64 II 1 GmbHG in Verbindung mit Absatz 1 [jetzt: § 15a Abs. 1 InsO; Anm. d. Verf.] dieser Vorschrift zu sehen ist, der sinngemäß vorsieht, dass im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einer Gesellschaft die Mitglieder des Vertretungsorgans ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen haben. Somit kann § 64 II 1 GmbHG insbesondere die persönliche Haftung der Geschäftsführer einer

zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaft auslösen, die unter Verstoß gegen § 64 I GmbHG keinen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt haben. Nach der Eröffnung dieses Verfahrens ist es nämlich im Allgemeinen nicht mehr Sache des Geschäftsführers der zahlungsunfähigen Gesellschaft, sondern ihres Insolvenzverwalters, Zahlungen für Rechnung dieser Gesellschaft zu leisten oder zu genehmigen. Daraus folgt, dass die der Sache nach in § 64 II 1 GmbHG enthaltene Sanktion nicht zur Anwendung kommt, wenn der Geschäftsführer einer zahlungsunfähigen Gesellschaft der in § 64 I GmbHG enthaltenen Verpflichtung nachgekommen ist.

[19] Nach Art. 4 II VO Nr. 1346/2000 regelt die *lex fori concursus* unter anderem, „unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird“. Um die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung sicherzustellen, ist sie dahin auszulegen, dass in ihren Anwendungsbereich erstens die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, zweitens die Regeln für die Bestimmung der zur Stellung des Antrags auf Eröffnung dieses Verfahrens verpflichteten Personen und drittens die Folgen eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung fallen. Daher sind nationale Bestimmungen wie § 64 I und § 64 II 1 GmbHG, mit denen der Sache nach ein Verstoß gegen die Pflicht zur Beantragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geahndet wird, auch aus diesem Blickwinkel als in den Anwendungsbereich von Art. 4 VO Nr. 1346/2000 fallend anzusehen.

[20] Außerdem trägt eine Bestimmung wie § 64 II 1 GmbHG zur Verwirklichung eines Ziels bei, das, *mutatis mutandis*, untrennbar mit jedem Insolvenzverfahren verbunden ist, nämlich die Verhinderung etwaiger Masseverkürzungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, damit eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger erfolgt. Daher erscheint diese Bestimmung einer Vorschrift zumindest vergleichbar, die regelt, „welche Rechtshandlungen ... relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen“ und die deshalb nach Art. 4 II Buchst. m VO Nr. 1346/2000 unter die *lex fori concursus* fällt.“

Da es sich bei § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. somit um eine insolvenzrechtliche Norm i.S.d. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO handelt, ist diese im Insolvenzverfahren über das Vermögen der K Ltd. anwendbar.

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Die Anwendbarkeit von § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. auf den Direktor einer private limited company by shares könnte jedoch gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 und Art. 54 AEUV verstoßen.

Ein solcher Verstoß kommt deshalb in Betracht, weil eine in im Ausland gegründete Gesellschaft bzw. ihre Vertretungsorgane nicht nur die nach dem auf die Gesellschaft nach der Gründungstheorie anwendbaren gesetzlichen Regelung zu beachten haben, sondern zusätzlich die insolvenzrechtlichen Haftungsnormen des Mitgliedstaates zu beachten haben, in welchem sie ihr Center of Main Interest haben. Dies könnte insoweit zu einer unzulässigen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen, als hierdurch die nach der Gründungstheorie anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Normen eingeschränkt werden.

¹⁰ Urt. v. 10. Dezember 2015 – C-594/14, NJW 2016, 223, 224.

¹¹ Beschl. v. 2. Dezember 2014 – II ZR 119/14, NZG 2015, 101.

Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die Vorschrift des § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. unmittelbar keine Auswirkungen auf die Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer in Deutschland tätigen Gesellschaft aus einem anderen EU-Mitgliedstaat hat. Sie stellt vielmehr eine Norm dar, die mit § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG für alle deutschen Kapitalgesellschaften gilt, und deren Schutzzweck sämtliche Gesellschaftsgläubiger umfasst.

Hierzu stellt der EuGH¹² fest:

„[23] Insoweit geht aus der Rechtsprechung des EuGH hervor, dass es unter bestimmten Umständen eine mit den Art. 49 AEUV und 54 AEUV grundsätzlich nicht vereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen kann, wenn ein Mitgliedstaat sich unter anderem deshalb weigert, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet wurde und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, anzuerkennen, weil sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt haben soll (vgl. idS EuGH, ECLI:EU:C:2002:632 = NJW 2002, 3614 = EuZW 2002, 754 Rn. 82 – Überseering).

[24] Der EuGH hat ferner bereits entschieden, dass im Fall der Unvereinbarkeit nationaler Bestimmungen über das Mindestkapital mit der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit zwangsläufig dasselbe für Sanktionen gilt, die – wie die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer, wenn das Kapital nicht den im nationalen Recht vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht oder während des Betriebs unter diesen sinkt – an die Nichterfüllung der fraglichen Verpflichtungen geknüpft sind (vgl. idS EuGH, ECLI:EU:C:2003:512 = NJW 2003, 3331 = EuZW 2003, 687 Rn. 141 – Inspire Art).

[25] Eine nationale Bestimmung wie § 64 II 1 GmbHG betrifft jedoch weder die Weigerung eines Mitgliedstaats, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft anzuerkennen, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet wurde und ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in das Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats verlegt hat, noch eine persönliche Haftung der Geschäftsführer, wenn das Kapital dieser Gesellschaft nicht den im nationalen Recht vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht.

[26] Erstens ergibt sich nämlich aus der Vorlageentscheidung, dass die Rechtsfähigkeit der Schuldnergesellschaft im Kontext des Ausgangsrechtsstreits nicht in Frage gestellt wird. Der Wortlaut von § 64 II 1 GmbHG scheint dies sogar auszuschließen, da die Anwendung dieser Bestimmung das Bestehen einer „Gesellschaft“ voraussetzt.

[27] Zweitens knüpft die persönliche Haftung der Geschäftsführer einer Gesellschaft auf der Grundlage von § 64 II 1 GmbHG nicht daran, dass das Kapital dieser Gesellschaft nicht den im deutschen Recht oder dem Recht, nach dessen Bestimmungen sie gegründet wurde, vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht, sondern nur daran, dass die Geschäftsführer der Gesellschaft Zahlungen in einem Stadium geleistet haben, in dem sie nach § 64 I GmbHG verpflichtet gewesen wären, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

[28] Nach alledem betrifft die Anwendung einer nationalen Bestimmung wie § 64 II 1 GmbHG weder die Gründung einer Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat noch ihre spätere Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, da diese Bestimmung des nationalen Rechts nur nach der Gründung der Gesellschaft im Rahmen ihrer Tätigkeit Anwendung findet, genauer gesagt, entweder ab dem Zeitpunkt, zu dem sie nach dem nationalen Recht, das gem. Art. 4 VO Nr. 1346/2000 anwendbar ist, als zahlungsunfähig anzusehen ist, oder ab dem Zeitpunkt, zu dem ihre Überschuldung im Einklang mit diesem nationalen Recht festgestellt wird. Daher kann eine nationale Vorschrift wie § 64 II 1 GmbHG die Niederlassungsfreiheit nicht beeinträchtigen.“

Somit steht die Niederlassungsfreiheit einer Anwendung des § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. nicht entgegen.

4. Tatbestandsvoraussetzungen

gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.

Der Geschäftsführer ist gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Gemäß § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F. entfällt die Haftung, wenn Zahlungen auch zum Zeitpunkt der Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.¹³

Ferner ist ein Verschulden des Geschäftsführers erforderlich (vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 84), welches grundsätzlich vermutet wird (vgl. BGH BB 2016, 1041, Rn. 20).

Ausweislich des Sachverhalts hat die B die von I beanstandeten Zahlungen bereits in einem Zeitraum geleistet als die K Ltd. zahlungsunfähig war.

Für ein fehlendes Verschulden der B gibt es keine Anhaltspunkte.

III. Ergebnis

B ist somit gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. zum Ersatz von 110.151,66 € verpflichtet.

Hinweise

Die Entscheidung des BGH und das ihr vorausgehende EuGH-Urteil sind in einer Linie mit den wegweisenden Entscheidungen des EuGH i.S. Centros (Urt. v. 9. März 1999 - C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126), Überseering (Urt. v. 5. November 2002 - C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632) und Inspire Art (Urt. v. 30. September 2003 - C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512) zu sehen.

Die materielle Auslegungsweise des EuGH wird zahlreiche Folgefragen nach sich ziehen. So werden andere spezialgesetzliche Normen mit insolvenzrechtlichem Regelungscharakter (z.B. § 130a HGB) auch auf die unter dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates vergleichba-

¹² Urt. v. 10. Dezember 2015 - C-594/14, NJW 2016, 223, 224 f.

¹³ Vgl. zu den Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen: Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 32 ff.

ren Rechtsformen anwendbar sein, deren Center of Main Interest in Deutschland liegt. Auch für die Insolvenzverschleppungshaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO wird sich die Frage der Anwendbarkeit stellen, je nachdem ob diese Vorschrift insolvenzrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Natur ist (zur Vertiefung: Schall, ZIP 2016, 289).

Steffen Follner

Rechtsanwalt

Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Vertragliche Vereinbarung als „zufällige Schadensverlagerung“ im Rahmen der Drittschadensliquidation

Urteil vom 14. Januar 2016, Az. VII ZR 271/14

Eine vertragliche Vereinbarung, in der die Pflicht für Sanierungsarbeiten aufzukommen auf einen Dritten übertragen wird, stellt eine „zufällige Schadensverlagerung“ im Sinne der Drittschadensliquidation dar.

A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

K ist Eigentümer einer Halle, die er an A verpachtet hat. A nutzt die Halle zur Verarbeitung von Geflügelfleisch. Im 2001 abgeschlossenen Pachtvertrag heißt es unter anderem:

„Die Pächterin ist berechtigt, das Pachtobjekt mit Einbauten und Einrichtungen zu versehen, die sie zusätzlich für erforderlich hält. Dazu darf sie auf ihre Kosten auch Veränderungen des Gebäudes vornehmen. Ein Anspruch der Pächterin bei Pachtende auf Ersatz des Zeitwertes baulicher Veränderungen besteht nicht. Die Pächterin hat alle während der Pachtzeit erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen rechtzeitig und ordnungsgemäß auszuführen und zu zahlen.“

Im Jahr 2014 erweiterte der K die Halle, um Platz für zwei weitere Produktionsstraßen zu schaffen. Mit der Architektenleistung für dieses Bauvorhaben beauftragte K den Architekten B. Aufgrund einer fehlerhaften Planung des Architekten kam es zu Schäden am Fußboden im Bereich der neu errichteten Flächen, die eine vollständige Sanierung des Bodens erforderlich machten. Eine Beseitigung der Mängel war nicht möglich. Daraufhin beauftragte A einen Werkunternehmer mit der Sanierung des Fußbodens. Die Rechnungen des Werkunternehmers in angemessener Höhe von EUR 800.000 beglich A.

K nimmt B auf Schadensersatz in Anspruch und verlangt von ihm die Kosten für die Instandsetzungsarbeiten des Fußbodens in Höhe von EUR 800.000.

B) Falllösung

I. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz aus dem Architektenvertrag

gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB

1. Vertragsverhältnis und Pflichtverletzung

Bei dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Architekten handelt es sich um einen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB. Eine Pflichtverletzung in Form einer mangelhaften Ausführung durch den Architekten liegt laut Sachverhalt vor. Eine Beseitigung des Mangels durch den Architekten ist unmöglich, da eine Nachbesserung der Architektenleistung (Planung) nicht den Mangel des Fußbodens beseitigen würde. Der haftungsbe gründende Tatbestand liegt damit vor.

2. Schaden

Fraglich ist jedoch, ob dem K auch ein Schaden entstanden ist. Bedenken hiergegen bestehen, da die Sanierung des Fußbodens durch den Pächter A in Auftrag gegeben und auch bezahlt wurde. K selbst ist deshalb kein Schaden entstanden. Der Schaden könnte jedoch im Rahmen der Drittschadensliquidation von K geltend gemacht werden, wenn eine wertende Betrachtung zu dem Ergebnis führt, dass es unbillig wäre, wenn sich B darauf berufen könnte, dass der Schaden nicht bei K selbst entstanden ist.

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Schadensersatzanspruch des Bestellers aufgrund einer normativen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten schadensrechtlichen Wertung zu verneinen sein, wenn dem Besteller durch dessen Erfüllung ungerechtfertigte, ihn bereichernde Vorteile zufließen würden [...].“

Aufgrund einer entsprechenden normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung ist im Streitfall ein eigener Schaden [des K], soweit es um die entstandenen Kosten der Sanierung des Hallenfußbodens geht, zu verneinen, weil sich bei [K] unter Berücksichtigung der Vereinbarung [...] des Pachtvertrags [...] hinsichtlich dieser Kosten von vornherein keine Vermögenseinbuße verwirklicht hat.

[...]

An der vorstehenden normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung ändert im Streitfall die Erwägung nichts, dass dem Ersatzpflichtigen solche Vorteile grundsätzlich nicht zugutekommen sollen, die sich der Ersatzberechtigte durch Abschluss eines - den Ersatzpflichtigen nichts angehenden - Vertrags mit einem Dritten erarbeitet hat [...]. Im Streitfall geht es nicht um eine nachträgliche Beseitigung oder -verminderung eines bereits eingetretenen Schadens aufgrund eines derartigen vom Ersatzberechtigten geschlossenen Vertrags. Vielmehr hat sich bei [K] unter Berücksichtigung der bereits zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestehenden Vereinbarung [...] des Pachtvertrags [...] hinsichtlich der Sanierungskosten von vornherein keine Vermögenseinbuße verwirklicht.

Aufgrund einer Vertragspflichtverletzung kann der Vertragspartner den daraus entstehenden Schaden grundsätzlich nur insoweit geltend machen, als er bei ihm selbst eingetreten ist [...]. In besonders gelagerten Fällen lässt die Rechtsprechung allerdings eine Drittschadensliquidation zu, bei der der Vertragspartner den Schaden geltend machen kann, der bei dem Dritten eingetreten ist, der selbst keinen Anspruch gegen den Schädiger hat. Für die Zulassung einer Drittschadensliquidation ist der

Gesichtspunkt maßgebend, dass der Schädiger keinen Vorteil daraus ziehen soll, wenn ein Schaden, der eigentlich bei dem Vertragspartner eintreten müsste, zufällig aufgrund eines zu dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses auf diesen verlagert ist [...]. Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation scheidet aus, wenn die Drittschadensliquidation zu einer dem allgemeinen Vertragsrecht widersprechenden Schadenshäufung führen würde [...].

Nach diesen Maßstäben kommt im Streitfall ein Schadenersatzanspruch [des K] gegen [B] hinsichtlich der entstandenen Sanierungskosten nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation in Betracht. Der betreffende Schaden ist unter Berücksichtigung der Vereinbarung [...] des Pachtvertrags [...] nicht bei der als Auftraggeberin des Architektenvertrags ersatzberechtigten [K], sondern bei [A] eingetreten, die selbst keinen eigenen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch auf Ersatz der entstandenen Sanierungskosten hat. Dabei handelt es sich um eine bloße - zufällige - Verlagerung des Schadens.

Eine die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation hindernde Schadenshäufung kann im Streitfall entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mit der Erwägung angenommen werden, dass bei [K] ein Schaden in Form der von dem Architekten [B] schuldhaft verursachten Mängel des Architektenwerks eingetreten sei. Denn um den Ersatz eines solchen Schadens geht es bei dem Schadenersatzbegehren der [K] nicht. Dieses bezieht sich nur auf die entstandenen Sanierungskosten, bei denen es sich um Folgeschäden der von dem Architekten [B] schuldhaft verursachten Mängel des Architektenwerks handelt und aus denen eine Vermögenseinbuße lediglich bei [A] resultiert.“

Damit kann K den Schaden des A nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation geltend machen.

II. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Sanierungskosten in Höhe von EUR 800.000 gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen der Drittschadensliquidation.

Hinweise

Es gibt wenige Dinge, die man im Examen wirklich auswendig können muss. Die Grundlagen und Fallgruppen der Drittschadensliquidation gehören mit Sicherheit dazu. Der vorliegende Fall bietet keine großen neuen Erkenntnisse, zeigt aber, warum es die Drittschadensliquidation geben muss. A hat hier gegen den Architekten keinen eigenen vertraglichen Anspruch, da das Vertragsverhältnis zwischen K und B begründet wurde. K hat demgegenüber keinen eigenen Schaden, da er Sanierungskosten auf A vertraglich abgewälzt hat. Würde man dieses Ergebnis nicht wertungsmäßig korrigieren, wäre B fein raus, obwohl er durch seine Pflichtverletzung adäquat kausal einen Schaden verursacht hat.

In dieser Konstellation zeigt sich auch, welche Lücke die Drittschadensliquidation in solchen Konstellationen ebenfalls schließt: Eine Schadensposition kann nicht gemäß § 398 BGB isoliert abgetreten werden. Abgetreten werden können gem. § 398 BGB nur Forderungen. Eine Forderung hat der Geschädigte aber in einer solchen Konstellation gerade nicht.

Dr. Julius Forscher

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Dresden

Schenkung einer Photovoltaikanlage an ein minderjähriges Kind

Beschluss vom 23. Dezember 2015, Az. 22 WF 1052/15

Die Schenkung einer Photovoltaikanlage an einen Minderjährigen ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

V ist Eigentümer einer Photovoltaikanlage, die auf dem Dach des Wohnhauses der Familie des V angebracht ist. Das Grundstück steht im Alleineigentum seiner Ehefrau E. Zwischen E und V besteht ein Vertrag, der die Nutzung des Daches zum Zwecke der Montage und Unterhaltung der Photovoltaikanlage für einen Zeitraum von 30 Jahren gestattet. Nach Ablauf der 30 Jahre ist die Photovoltaikanlage gemäß der Vertragsbestimmungen ohne Rückstände zu entfernen.

V überträgt mit schriftlichem Vertrag vom 13. April 2016 das Eigentum an der Photovoltaikanlage schenkweise auf den gemeinsamen Sohn M. V überträgt (gleichfalls mit Zustimmung der E) die Rechte aus dem Nutzungsvertrag auf M.

Ist M Eigentümer der Photovoltaikanlage geworden?

B) Falllösung

I. Eigentumsübertragung gem. § 929 S. 1 BGB

1. Anwendbarkeit der §§ 929 ff. BGB

Zunächst stellt sich die Frage, nach welchen Vorschriften das Eigentum an einer Photovoltaikanlage übertragen wird. Grundsätzlich handelt es sich um eine bewegliche Sache, so dass die §§ 929 ff. BGB Anwendung finden. Für die Einordnung als bewegliche Sache kommt es nicht darauf an, ob die Sache fest montiert ist und deshalb nicht fortbewegt werden kann, sondern allein darauf, dass die Sache grundsätzlich fortbewegt werden kann. Dies ist bei einer Photovoltaikanlage der Fall.

Die Anlage könnte jedoch wesentlicher Bestandteil des Gebäudes im Sinne des § 94 Abs. 2 BGB sein, so dass das Eigentum zusammen mit dem Grundstück gem. § 873 ff. BGB übergeht. Wesentliche Bestandteile sind gem. § 94 Abs. 2 BGB zur Herstellung des Gebäudes eingefügte Sachen. Zur Herstellung sind jedoch nur solche Sachen eingefügt, ohne die das Gebäude noch nicht fertig gestellt ist. Dies ist bei einer Photovoltaikanlage jedenfalls dann nicht der Fall, wenn sie auf das bereits vorhandene Dach montiert wird.

Damit finden vorliegend die Vorschriften zur Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen Anwendung. Voraussetzung für eine wirksame Übereignung ist eine Einigung im Sinne des § 929 S. 1 sowie eine Übergabe oder ein Übergabesurrogat.

2. Einigung im Sinne des § 929 S. 1

Eine Einigung zwischen M und V liegt in Form der schriftlichen Vereinbarung vor. Fraglich ist jedoch, ob die Einigung auch wirksam ist. Dem könnte entgegenstehen, dass M min-

derjährig ist und deshalb zum Abschluss rechtlich nicht lediglich vorteilhafter Geschäfte der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, § 107 BGB. Bei nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäften wird das Kind durch die Eltern vertreten, § 1629 Abs. 1 S. 1. Eine Vertretung bei Rechtsgeschäften, die die Eltern im eigenen Namen und im Namen des Kindes vornehmen, ist eine Vertretung grundsätzlich nicht möglich, §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB. Eine Ausnahme besteht im Wege einer teleologischen Reduktion des § 181 BGB nur dann, wenn das Geschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Dies lehnt das OLG Dresden vorliegend ab:

„Denn ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für Minderjährige nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet [...]. Für die Frage, ob ein Geschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, kommt es nicht auf eine wirtschaftliche Bewertung an, sondern allein auf die unmittelbaren rechtlichen Folgen des Geschäfts. Der Schutzzweck der Norm zielt auf einen wirksamen Minderjährigenschutz ab und gebietet eine konsequente Anwendung des § 107 BGB. Deshalb löst jedweder Rechtsnachteil die Zustimmungspflichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 107 BGB aus [...]. Lediglich für solche, den Minderjährigen kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen, die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten, hat die Rechtsprechung § 107 BGB einschränkend ausgelegt (BGH, FamRZ 2005, 359: betreffend die gewöhnlichen öffentlichen Lasten des Grundstücks, da sie ihrem Umfang nach begrenzt und in der Regel aus den laufenden Erträgen des Grundstücks gedeckt werden können; demgegenüber wird ein rechtlicher Nachteil angenommen beim Erwerb einer Eigentumswohnung: BGH, NJW 2010, 3643 wie auch beim Erwerb eines vermieteten und verpachteten Grundstücks, BGHZ 162, 137).

Unabhängig von der Betrachtung des Vollzuges der Schenkung (§ 518 Abs. 2 BGB) kommt es entscheidend auf den zugrundeliegenden Vertrag an.

Als Eigentümer der Photovoltaikanlage treffen den Minderjährigen Verkehrssicherungspflichten und er haftet für die von der Anlage verursachten Schäden unbegrenzt, d.h. nicht nur mit dem Wert der Anlage, [...] sondern auch mit seinem sonstigen Vermögen. Insoweit ist die Haftungsfreistellung durch den Kindesvater bzgl. Schäden an der Scheune nicht ausreichend, da ein Eigentümerwechsel nicht ausgeschlossen werden kann und auch

Schäden am Eigentum Dritter oder Personenschäden entstehen können.

Betreiber kleiner Photovoltaikanlagen müssen auch bestimmte technische Vorgaben (§ 9 EEG) beachten, durch die verhindert werden soll, dass das öffentliche Netz überlastet wird.

Neben der Übernahme der Verpflichtung des Eigentümers der Photovoltaikanlage, die entsprechenden technischen Vorgaben zu erfüllen, deren Nichteinhaltung wiederum entsprechende Sanktionen nach sich ziehen kann (§ 25 EEG), tritt der Minderjährige auch in die sich aus dem Vertragsverhältnis mit dem Energieversorger ergebenden Rechte und Pflichten ein (Einspeisevertrag). [...]

Wird der durch Photovoltaikanlagen erzeugte Strom an einen Netzbetreiber verkauft, liegt aus steuerlicher Sicht grundsätzlich eine unternehmerische/gewerbliche Tätigkeit vor, die innerhalb eines Monats dem Finanzamt mitzuteilen ist (§ 138 Abgabenordnung). In der Folge ist ein entsprechender Vordruck und Fragebogen zur steuerlichen Erfassung der Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit ausgefüllt zu übersenden. Zwar ist es zutreffend, dass der Betreiber einer Photovoltaikanlage als sog. Kleinunternehmer behandelt werden kann, wenn die Umsätze im Gründungsjahr nicht mehr als 17.500,00 € betragen und haben (Kleinunternehmerregelung nach § 19 UmStG). Die Prüfung erfolgt jedoch jeweils durch das Finanzamt und entbindet nicht von der Verpflichtung, die erforderlichen Erklärungen beim Finanzamt abzugeben. Der durch den Betrieb einer Photovoltaikanlage entstehende Gewinn gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb nach § 15 EStG und ist damit dem Grunde nach zu versteuern. Bei Nichtabgabe der erforderlichen Erklärungen können durch das Finanzamt entsprechende Sanktionen verhängt werden.

Die den Minderjährigen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Photovoltaikanlage treffenden Pflichten können danach ihrem Umfang nach nicht als hinreichend begrenzt und wirtschaftlich unbedeutend angesehen werden, dass sie eine einschränkende Auslegung des § 107 BGB rechtfertigen würden.

Weil das Geschäft wegen der damit verbundenen Verpflichtungen und Haftungsrisiken für den Sohn somit nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, war der Kindsvater an der Vertretung seines Sohnes bei Abschluss des Schenkungsvertrages mit sich bezüglich der Photovoltaikanlage gehindert (§§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB).

Die Eltern können damit ihr Kind nicht vertreten, weil auch ein Vormund von der Vertretung ausgeschlossen wäre, § 1629 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1795 Abs. 2 BGB, § 181 BGB, so dass gemäß § 1909 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen war.“

3. Zwischenergebnis

Die Einigung im Sinne des § 929 S. 1 BGB ist deshalb wegen eines Verstoßes gegen § 181 BGB in entsprechender Anwendung des § 177 BGB schwebend unwirksam. Das Geschäft kann jedoch nicht durch die Eltern selbst, sondern nur durch einen Ergänzungspfleger genehmigt werden, § 1909 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB.

II. Ergebnis

M wurde nicht Eigentümer der Photovoltaikanlage.

Hinweise

Die Entscheidung bietet in der Sache nicht wirklich Neues, kann jedoch als Anlass genommen werden, Fragen verschiedener examensrelevanter Rechtsgebiete zu wiederholen.

Zunächst einmal ist die Einordnung der Photovoltaikanlage als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks respektive als eigenständige bewegliche Sache interessant. Diese Thematik kann sich auch in anderen Klausurkonstellationen stellen. Einen sehr guten Überblick bietet ein Gutachten des Deutschen Notarinstituts (DNotI), das sich mit der Thematik befasst. Das Gutachten ist unter www.dnoti.de / Gutachten / Gutachtennummer 130567 abrufbar. Zu beachten ist insbesondere, dass es jeweils auf die besondere bauliche Konstruktion der Photovoltaikanlage ankommt. Läge der Schwerpunkt einer Examenklausur auf diesem Aspekt, müsste der Sachverhalt weitere Angaben enthalten. Ist die Photovoltaikanlage beispielsweise derart in die Dachziegel integriert, dass ein Entfernen dazu führen würde, dass das Haus kein Dach mehr hätte, so stellt die Anlage einen wesentlichen Bestandteil dar. Die Photovoltaikanlage kann je nach Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses mit dem Grundstückseigentümer auch als Scheinbestandteil gem. § 95 BGB einzuordnen sein.

Der zweite Themenkomplex erfasst (nicht lediglich rechtlich vorteilhafte) schenkweise Übertragungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder. Hierzu hat der BGH in den letzten Jahren verschiedene relevante Entscheidungen getroffen. Von außerordentlicher Bedeutung ist, dass der BGH in solchen Fällen eine Gesamtbeurteilung des Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfts vornimmt (zuletzt BGH NJW 2005, 415 – sehr lesenswert). Würde man beide Geschäfte isoliert betrachten, käme man zu dem Ergebnis, dass der Schenkungsvertrag für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist und das Erfüllungsgeschäft wegen § 181 BGB letzter Halbsatz ein zulässiges Inschlaggeschäft darstellt. Der Sinn und Zweck der Regelungen würde so ausgehebelt.

Die näheren Bestimmungen zur Bestellung eines Ergänzungspflegers sind – jedenfalls für das erste Examen – nicht relevant. Sie können aber als Einbettung für Fragestellungen des Allgemeinen Teils dienen. Die Grundzüge sollten deshalb bekannt sein, um nicht schon mit einem schlechten ersten Eindruck in die Klausur zu starten.

Dr. Julius Forscher

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Arbeitsgericht Mannheim

Kündigung wegen rassistischer Äußerungen auf privatem Facebook-Nutzerkonto

Urteil vom 19.02.2016 – 6 Ca 190/15

Äußerungen mit rassistischem oder menschenverachtendem Inhalt eines Arbeitnehmers auf seinem privaten Facebook-Nutzerkonto können eine außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers rechtfertigen. So entschied das ArbG Mannheim am 19.02.2016. Einschränkend fügte das ArbG hinzu, es müsse sich aus dem Facebook-Nutzerkonto ergeben, dass der Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber beschäftigt sei und die Äußerung müsse potentiell ruf- und geschäftsschädigend sein. Der Bezug zu Social Media¹ und die Tatsache, dass die Äußerung des Arbeitnehmers von Flüchtlingen handelt, machen die Entscheidung in zweifacher Hinsicht aktuell und damit interessant für die Prüfungsämter.

I. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Kläger wendet sich gegen seine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung. Er ist verheiratet, gegenüber zwei Kindern unterhaltsverpflichtet und seit 14 Jahren bei der Beklagten beschäftigt. Zuvor absolvierte der gebürtig aus Polen stammende Kläger bei der Beklagten eine Ausbildung zum Fahrzeugschlosser. Seit neun Jahren ist er als Triebfahrzeugführer beschäftigt.

Der Kläger teilte auf seinem Facebook-Nutzerkonto ein Bild, welches das Eingangstor des Konzentrationslagers Auschwitz mit der Torüberschrift "Arbeit macht frei" zeigt. Im unteren Bereich des Bildes befindet sich ein polnischer Text. Auf Nachfrage eines anderen Facebook-Nutzers übersetzte der Kläger den polnischen Text mit "Polen ist bereit für die Flüchtlingsaufnahme". Weitere Kommentare von Facebook-Nutzern zu dem Bild lauten u.a.:

"Aua! Wenn das die guten Menschen aus dem hellen Deutschland mitbekommen, gibt's wieder Schimpfe..."

"Ich sag mal nichts dazu! Sonst bekomme ich wieder Nachrichten mir den Inhalt "braune Suppe"..."

Der Kläger hat in seinem Facebook-Nutzerkonto wahrheitsgemäße Angaben zu Arbeitsplatz, Wohnort und Geburtsdaten gemacht. Zudem befindet sich auf dem Nutzerkonto ein Foto, auf dem der Kläger angelehnt an einen Triebwagen der Beklagten in Unternehmenskleidung zu sehen ist.

Der Kläger wurde dazu aufgefordert, Stellung zu dem Sachverhalt zu beziehen. Daraufhin löschte er umgehend das Foto von seinem Facebook-Nutzerkonto und nahm wie folgt Stellung:

"Diesbezüglich möchte ich mich für diese unüberlegte und dumme Tat vom Herzen entschuldigen und es tut mir sehr leid!!! Mir war es leider nicht klar was ich mit dieser blöden Aktion anrichtete. Da ich als gebürtiger Pole nicht diesen Bezug zum Thema Auschwitz habe und ich den Text der auf Polnisch auf dem Foto stand "amüsan" fand, habe ich das Foto ohne zu überlegen und mit großem Leichtsinn geteilt. (...) Ich werde solche geschmacklosen Sachen, Bilder nie wieder weiterleiten!! (...)"

Das Bild stammte ursprünglich von der polnischen Satire- und Witzeseite "Chamsko.pl". Laut eigener Beschreibung der Seite Chamsko.pl handelt es sich um eine Seite "mit derben Bildern, Witzen und allem, was derb ist! Die tägliche Dosis Derbheit".

Die Beklagte hörte den Betriebsrat ordnungsgemäß an und kündigte danach das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich. Sie vertritt die Ansicht, der Kläger habe mit dem Bild eine Parallele zur nationalsozialistischen Propaganda gezogen und die Auffassung vertreten, Flüchtlingen solle das gleiche Schicksal ereilen, wie den Opfern des Nationalsozialismus, die im Konzentrationslager Auschwitz gestorben seien. Solche rassistischen und menschenverachtenden Äußerungen seien nicht hinnehmbar und stellten eine schwere Pflichtverletzung dar, die den Betriebsfrieden gefährden könne. Derartige rassistische Facebook-Einträge seien auch unternehmensschädigend.

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) findet Anwendung.

II. Keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch außerordentliche Kündigung

Zu prüfen wären zunächst eine ordnungsgemäße Kündigungserklärung, eine eventuelle Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung, die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG sowie das Einhalten der Klagefrist gemäß § 13 Abs. 1 S. 2, § 4 S. 1 KSchG. Nach dem vereinfachten Sachverhalt liegen bei den genannten Punkten keine Probleme. Der Phantasie der Prüfungsämter sind hier aber keine Grenzen gesetzt, die gerne an einem Sachverhalt basteln, um die Prüfungsaufgabe länger und anspruchsvoller zu machen. Nach der Klärung der Frage, ob die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB eingehalten worden ist, wird die hier zentrale zweistufige Prüfung vorgenommen, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.

Stufe 1: Liegt ein Sachverhalt vor, der ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 darzustellen?

¹ Siehe hierzu auch das "Youtube"-Urteil des BAG vom 31.07.2014 - 2 AZR 505/13.

Stufe 2: Ist dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles und unter Abwägung der Interessen der Vertragsparteien – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar oder nicht?

1. Vorliegen eines wichtigen Grundes

Als Rechtfertigung für eine fristlose Kündigung ist auch die schuldhaft Verletzung von Nebenpflichten geeignet. Nach § 241 Abs. 2 BGB sind die Vertragsparteien verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen Teils Rücksicht zu nehmen. Bei Arbeitnehmern fordert das Bundesarbeitsgericht, dass sie ihre Arbeitspflichten so erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so wahren, wie dies von ihnen unter Berücksichtigung ihrer Stellung und Tätigkeit im Betrieb nach Treu und Glauben verlangt werden kann.²

a) Berücksichtigung der Meinungsfreiheit

Zur Berücksichtigung der Meinungsfreiheit führt das ArbG Mannheim aus:

"Bei dem Foto nebst Textaufschrift handelt es sich um ein Werturteil. Werturteile fallen in den Schutzbereich des Rechts auf Meinungsfreiheit. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind. Darauf kann sich auch ein Arbeitnehmer berufen. Mit der Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit wäre es unvereinbar, wenn es in der betrieblichen Arbeitswelt nicht oder nur eingeschränkt anwendbar wäre."

Weiter führt es aus:

"Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Es ist gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch die allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Mit diesen muss es in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden. Auch § 241 Abs. 2 BGB gehört zu den allgemeinen, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzen."

b) Verletzung einer Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB

aa) Ermittlung des Aussagegehalts

Für die Ermittlung des Aussagegehalts einer schriftlichen Äußerung ist darauf abzustellen, wie sie vom Empfänger verstanden werden muss.³ Daher ging das ArbG Mannheim von Folgendem aus:

"Adressaten des Bildes waren die Facebook-Freunde des Klägers und – soweit das Facebook-Nutzerkonto nicht nur von einem eingeschränkten Personenkreis einsehbar war – sogar weltweit jeder, der Zugang zu diesem sozialen Netzwerk hatte. Da der Kläger das Bild geteilt hat, hat er diesem Adressatenkreis zu verstehen gegeben, dass ihm dieses Bild gefällt und er mit dessen Aussagegehalt einverstanden ist."

Beim Betrachten des Fotos samt Text drängt sich die Aussage auf, dass Flüchtlinge in ein "Arbeitslager" gebracht werden und dort möglicherweise auch nicht mehr lebend herauskommen

sollen und damit "entsorgt" wären. Das Eingangstor von Auschwitz ist jedermann bekannt; Auschwitz ist zu einem Symbol für den Holocaust geworden. Allein schon die vom geschichtlichen Kontext losgelöste Verwendung dieses Symbols oder des Satzes "Arbeit macht frei" ist in Deutschland tabuüberschreitend. Dieses Symbol in Verbindung zu bringen mit Flüchtlingen mutet daher menschenverachtend an. Auch die Kammer hat das Foto bei unvoreingenommener Betrachtung so interpretiert."

Dass es sich bei dem Foto um Satire handeln soll, ist nicht offensichtlich erkennbar. Zwar ist durch die Bildunterschrift die Quelle des Bildes ersichtlich. Allein die Kenntnis der Quelle führt jedoch nicht zu dem Verständnis, dass ein Witz oder Satire vorliegt. Dies würde sich den Betrachtern allenfalls dann erschließen, wenn sie die polnische Sprache beherrschen würden oder über Insiderwissen verfügten. [...] Der Kläger hat auf seinem Nutzerkonto keinerlei Hinweise auf eine mögliche satirische Bedeutung gegeben. Dementsprechend haben auch die weiteren Betrachter im Netzwerk den satirischen Inhalt offensichtlich ebenfalls nicht erkannt. Die sich unter dem Bild befindlichen Kommentare anderer Leser sprechen insofern eine deutliche Sprache. Selbst diese Kommentare haben den Kläger allerdings nicht veranlasst darauf hinzuweisen, wie er das Bild verstanden haben will. [...]"

bb) Keine rein private Äußerung

Durch die Angabe des Arbeitgebers auf dem Profil des Facebook-Nutzerkontos und durch das Foto in Dienstkleidung vor einem Triebwagen kann ein Bezug zum Arbeitgeber hergestellt werden. Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte in ruf- und geschäftsschädigender Weise mit der Meinungsäußerung des Klägers in Zusammenhang gebracht wird. Die Tatsache, dass der Kläger als Triebfahrzeugführer tätig ist, macht die Sache – wie das ArbG richtig bemerkt – besonders delikat, wenn man bedenkt, dass die in die Konzentrationslager verbrachten Menschen überwiegend per Bahn transportiert wurden.

2. Umstände des Einzelfalls

Zu den Umständen des Einzelfalls zählen regelmäßig Gewicht und Auswirkungen der Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.⁴ Die Umstände des Einzelfalls sind im Rahmen einer Interessenabwägung zu würdigen. Hierzu führt das ArbG Mannheim aus:

"Bei der Interessenabwägung war auf Seiten der Beklagten zu berücksichtigen, dass der Kläger durch das Teilen des Fotos eine unkontrollierte Verbreitung des Fotos über das soziale Netzwerk verursacht hat. Solange das Bild mit seinem Nutzerkonto in Verbindung gebracht werden konnte, hat er – da zu seinen Facebook-Freunden auch Arbeitskollegen gehörten – rassistisches bzw. menschenverachtendes Gedankengut in den Betrieb getragen. Auch außerhalb des Betriebs bestand die Gefahr, dass bis zum Löschen des Bildes die Beklagte damit in Verbindung gebracht werden konnte. Dies wiegt umso schwerer als es sich um ein im Eigentum des Bundes stehendes Unternehmen handelt. Zugunsten der Beklagten war zudem zu bewerten, dass der Klä-

² BAG, NZA 2015, 797 (798).

³ BAG, NJW 2011, 3803.

⁴ BAG, NZA-RR 2012, 12 (13).

ger angesichts seines Alters auf dem Arbeitsmarkt gute Chancen haben dürfte, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

Die Kammer hat demgegenüber zugunsten des Klägers dessen Dauer der Betriebszugehörigkeit von mehr als vierzehn Jahren – ausschließlich der vorangegangenen Berufsausbildung bei der Beklagten – berücksichtigt. Mangels anderweitigen Vortrags der Beklagten geht die Kammer davon aus, dass das Arbeitsverhältnis bisher beanstandungsfrei verlaufen ist. Weiterhin waren zugunsten des Klägers seine Unterhaltsverpflichtungen zu berücksichtigen. Die Kammer hält dem Kläger auch zugute, dass er das Foto auf seinem Facebook-Nutzerkonto nach dem Anruf von Herrn M gelöscht hat und sich für sein Verhalten entschuldigt hat. Es hat sich offenbar auch nicht die Gefahr realisiert, dass die Beklagte durch das Verhalten des Klägers eine Ruf- oder Geschäftsschädigung erlitten hat. Die Kammer geht auch davon aus, dass der Kläger nicht die Absicht hatte, die Beklagte durch sein Verhalten zu schädigen. Vielmehr dürfte sich der Kläger überhaupt keine Gedanken darüber gemacht haben, was er mit dem Teilen des Fotos und damit der Veröffentlichung auf seinem Nutzerkonto auslösen würde".

III. Keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung

Da eine außerordentliche Kündigung nicht wirksam ausgesprochen wurde, ist noch die hilfsweise ordentlich erklärte Kündigung zu prüfen. Da das KSchG Anwendung findet, muss die Kündigung sozial gerechtfertigt sein, § 1 Abs. 1 KSchG. In Frage kommt vorliegend eine verhaltensbedingte Kündigung, § 1 Abs. 2 S. 1 Var. 2 KSchG. Eine zunächst notwendige Vertragsverletzung wurde bereits im Rahmen der außerordentlichen Kündigung bejaht. Nach dem im Kündigungsschutzrecht zu beachtenden Ultima-ratio-Gedanken ist eine verhaltensbedingte Kündigung erst dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber auf das vertragswidrige Verhalten anders nicht ausreichend reagieren kann.⁵ Fraglich ist, ob nicht schon mildere Mittel ausreichen, um zukünftig ein vertragstreues Verhalten des Arbeitnehmers zu bewirken. Bei steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Einer Abmahnung bedarf es nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten ist, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich ausgeschlossen ist.⁶ Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann auf die bereits genannten Argumente verwiesen werden. Im Ergebnis war es dem Arbeitgeber daher zuzumuten, eine Abmahnung auszusprechen.

Hinweise

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Für Studenten und Referendare bietet sich bei einem solchen Sachverhalt aber generell die Möglichkeit, im Rahmen aktueller Themen zu argumentieren. Notwendig dabei ist es, die Prüfungsschemata für eine außerordentliche und eine ordentliche Kündigung zu kennen und den Einfluss der Meinungsfreiheit zu thematisieren. Zentrales Element für eine gelungene Bearbeitung eines solchen Sachverhalts ist dann eine überzeugende Interessenabwägung. Dabei sind trotz aller Geschmacklosigkeit eines solchen Facebook-Posts auch die für den Arbeitnehmer sprechenden Umstände zu berücksichtigen.

Dr. Markus Meißner

Rechtsanwalt
CMS Hasche Sigle, Stuttgart

► [Inhaltsverzeichnis](#)

⁵ Löwisch, in: Löwisch/Spinner/Wertheimer, KSchG, 10. Auflage, § 1 Rdnr. 124.

⁶ BAG, NZA 2012, 1025 (1026).



KÖPFE

GESUCHT

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

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Zur Herleitung eventualvorsätzlichen Handelns bei erhöhter objektiver Gefährlichkeit der Tathandlung

Beschluss vom 7. September 2015, Az. – 2 StR 194/15

Bei der Herleitung von Eventualvorsatz in Ansehung eines Totschlags sind neben der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand sowie seine Motivation im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen.

A) Sachverhalt (gekürzt)

T besuchte mit seiner Ehefrau (E), seinem Schwager (S) und dessen Freundin ein Stadtfest. Da er sich im offenen Vollzug befand, war es ihm untersagt, Alkohol zu konsumieren. Dies hinderte T im Rahmen des Besuches indes nicht daran, eine erhebliche Menge an Bier sowie 0,2 bis 0,3 Gramm Kokain zu konsumieren.

Nachdem sich T kurz von seinen Begleitern entfernt hatte, musste er – bei seiner Rückkehr – feststellen, dass E während seiner Abwesenheit in heftigen Streit mit dem Passanten P geraten war. E hatte sich von P belästigt gefühlt, woraufhin es zu einem Handgemenge zwischen den beiden gekommen war, in dessen Folge P die E geohrfeigt hatte. Daraufhin hatte E sich, obwohl P sich bereits entfernt hatte, hilfeschend an ihren Bruder (S) gewandt. Dieser war P nachgeeilt, woraufhin es zu einer Schlägerei, in die mehrere Personen verwickelt waren, gekommen war.

T, der sich mit dieser Szenerie bei seiner Rückkehr konfrontiert sah, wies seine geradezu hysterische Ehefrau darauf hin, dass er nicht einschreiten wolle, da er sich im offenen Vollzug befinde. Auf ihr Drängen hin begab er sich dann schließlich doch zur Gruppe der sich Prügelnden, um seinen Schwager ausfindig zu machen. Dabei nahm er den am Rande der Schlägerei stehenden O wahr, den er für den Verursacher der Auseinandersetzung, jedenfalls aber für einen Freund des „Belästigers“ hielt.

Völlig unvermittelt schlug T, zu diesem Zeitpunkt mit einer BKA von 1,46 Promille, dem O mit seiner noch halb gefüllten Bierflasche aus Glas auf den Kopf. Die Flasche zersplitterte infolge des wuchtigen Schlages. O erlitt an der rechten Schläfe eine heftig blutende Platz-Schnittwunde. Als O zusammensackte, rief er mehrfach, dass er verblute und sterbe.

T nahm all dies wahr, entfernte sich aber kommentarlos vom Tatort.

Letztlich zog sich O mehrere Schnittwunden am Kopf sowie eine Schädelprellung zu.

Strafbarkeit des T?

B) Entscheidung und Hinweise

I. §§ 212 I, 22, 23 I Alt. 1, 12 I StGB

T könnte sich durch den Schlag mit der Glasflasche auf den Kopf des O wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212 I, 22, 23 I Alt. 1, 12 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Der tatbestandliche Erfolg in Gestalt des Todes ist bei O, der zwar erhebliche Verletzungen davon trug, jedoch überlebte, nicht eingetreten. Die Strafbarkeit des versuchten Totschlags ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des § 212 I StGB, vgl. §§ 23 I Alt. 1, 12 I StGB.

2. Tatbestandsmäßigkeit

a) Tatentschluss

T müsste Tatentschluss in Ansehung der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 I StGB gehabt haben. Erforderlich ist danach das Vorliegen eines jedenfalls **bedingten Tötungsvorsatzes**.¹

Absichtliches oder wissentliches Handeln kann bei T, der plötzlich und unvorbereitet in die Situation geworfen wurde, ausgeschlossen werden.

T könnte aber eventualvorsätzlich hinsichtlich des von § 212 I StGB vorausgesetzten Todeserfolges gehandelt haben.

Dazu der BGH: „Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, und dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet.“

Diese sog. Billigungstheorie der Rechtsprechung unterscheidet sich von der in der Literatur herrschenden Ernstnahmetheorie nur in ihrer Formulierung.

Echte Differenzen ergeben sich nur zu den sog. kognitiven Theorien, die – im Kern – bereits die Kenntnis von der (konkreten) Möglichkeit des Erfolgseintritts genügen lassen, um vorsätzliches Handeln zu bejahen.²

Kleinster gemeinsamer Nenner aller vorgenannten Theorien bleibt freilich das Erfordernis eines **kognitiven Elements**:

Der Täter muss den Erfolgseintritt jedenfalls – zu welchem Wahrscheinlichkeitsgrad auch immer – **für möglich** halten.

¹ Die Bezeichnung „bedingter Vorsatz“ als missverständlich einordnend etwa Rengier, AT, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 11.

² Rengier, aaO, § 14 Rn. 19 ff.

Ihm muss es zu **intellektuellem Bewusstsein** gelangen, dass sein Verhalten geeignet ist, den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen.³

Spiegelt sich im Verhalten des Täters unmittelbar nach Vornahme der Handlung eine gewisse Gleichgültigkeit in Ansehung des Erfolgseintrittes wider, so lässt dies noch keinen zwingenden Rückschluss auf die erkannte Möglichkeit des Eintritts im Zeitpunkt des Handelns zu.

Dass T den Tatort verließ, ohne sich um Hilfe zu bemühen, darf demnach nicht automatisch zur Annahme eventualvorsätzlichen Handelns führen.

So hält denn auch der BGH fest: „Beide Elemente [Anm.: kognitives und voluntatives Element] der inneren Tatseite müssen in jedem Einzelfall gesondert geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden.“

Grundsätzlich kann in der objektiven Gefährlichkeit der Verletzungshandlung ein wesentlicher Indikator für die Bejahung des kognitiven Elements gesehen werden.⁴ Die dahinterstehende Idee ist folgende: Wer sich in objektiver Hinsicht extrem gefahrträchtig verhält, weiß zumeist um die möglichen Konsequenzen seines Verhaltens.

Freilich führte eine solch pauschale Unterstellung zu im Einzelfall untragbaren Ergebnissen. Angereichert wird der Indikator der objektiven Gefährlichkeit daher um eine subjektive Komponente, die der BGH in seinem Beschluss wie folgt umschreibt:

„Neben der konkreten Angriffsweise ist dabei regelmäßig auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation mit in die erforderliche Gesamtbetrachtung einzubeziehen.“

Vorliegend heißt dies, dass der Alkohol- sowie Kokainkonsum des Täters ebenso zu berücksichtigen ist, wie sein „widerwilliges“ Eingreifen auf Drängen seiner Frau. Ferner ist die vor Tatbegehung getätigte Äußerung, er befinde sich derzeit im offenen Vollzug, zu berücksichtigen.

Der Alkohol- und Kokainkonsum lässt – ebenso wie das Drängen der Ehefrau – daran zweifeln, ob T sich im Zeitpunkt des Schlages ein Bild von möglichen Folgen seines Handelns gemacht hat.

Die Kenntnis um seinen aktuellen Status als Häftling im offenen Vollzug lässt ein Handeln des T trotz erkannter Erfolgsmöglichkeit ebenfalls unwahrscheinlich erscheinen.

D.h. aber, dass bereits am Vorliegen des kognitiven Vorsatzelementes ganz erhebliche Zweifel bestehen. Jedenfalls **auf Grundlage der (bislang) festgestellten Tatsachenlage** ist die Annahme von Vorsatz und damit von Tatentschluss nicht möglich.

³ Zum kognitiven Element als Mindestvoraussetzung Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 73 f.

⁴ BGH, NJW 1999, 2533 (2534).

b) Zwischenergebnis

Bereits das Vorliegen des Tatentschlusses im Hinblick auf § 212 I StGB ist zu verneinen.

3. Ergebnis

T hat sich durch den Schlag mit der Glasflasche nicht gemäß §§ 212 I, 22, 23 I Alt. 1, 12 I StGB strafbar gemacht.

II. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB

T könnte sich durch dieselbe Handlung wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Der Schlag mit der Flasche auf den Kopf ist als körperliche Misshandlung iSd § 223 I StGB einzuordnen, welcher außerdem eine Gesundheitsschädigung iSd Vorschrift bewirkte.⁵ Zudem ist die Flasche nach Art ihrer Beschaffenheit sowie ihrer Verwendung im Einzelfall geeignet, nicht nur unerhebliche Verletzungen hervorzurufen, weshalb sie als gefährliches Werkzeug iSd § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB einzustufen ist.⁶

Schließlich ist ein wuchtiger Schlag gegen den Kopf, der zudem den empfindlichen Schläfenbereich betrifft,⁷ im Mindesten abstrakt lebensgefährdend. Dies reicht zur Bejahung des § 224 I Nr. 5 StGB nach zutreffender Ansicht aus.⁸

b) Subjektiver Tatbestand

T müsste hinsichtlich der zuvor benannten objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich gehandelt haben.

In Ansehung von § 223 I StGB sowie § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB (gefährliches Werkzeug) bereitet die Bejahung des Vorsatzes keinerlei Probleme.

Im Hinblick auf § 224 I Nr. 5 StGB (Lebensgefahr) fällt die Feststellung schwerer, wurde doch im Rahmen der Prüfung des versuchten Totschlages (oben unter I.) kein hinreichender Tatentschluss ausgemacht.

Kann also der Täter, der sich der Möglichkeit des Todeseintritts gerade nicht bewusst ist, mit Gefährdungsvorsatz im Hinblick auf § 224 I Nr. 5 handeln?

Die Bejahung des Körperverletzungs- und Lebensgefährdungsvorsatzes einer- sowie die Verneinung eines bedingten Tötungsvorsatzes andererseits müssen widerspruchsfrei sein.⁹ Gleichzeitig ist zu attestieren, dass der Gefährdungsvorsatz im Rahmen des § 224 I Nr. 5 StGB hinter einem Tötungsvorsatz zurückbleibt.¹⁰ Andernfalls hätte § 224 I Nr. 5 StGB neben der (bedingt) vorsätzlichen Tötung nach Maßgabe des § 212 I StGB keinen eigenen Anwendungsbereich.¹¹

⁵ Zu den Modalitäten des § 223 I StGB vgl. nur Eisele, BT I, 3. Aufl. 2014, Rn. 291, 296.

⁶ Zur Definition Eisele, aaO, Rn. 330.

⁷ Dazu BGH, NJW 2013, 1379 (1382).

⁸ Statt vieler Eisele, aaO, Rn. 341.

⁹ BGH, NStZ-RR 2015, 172 (173).

¹⁰ MK-Hardung, StGB, 2. Aufl. 2012, § 224 Rn. 45.

¹¹ Vgl. dazu auch BGH, 1 StR 200/85 bei Holtz, MDR 1985, 794.

Dementsprechend muss der Täter im Hinblick auf § 224 I Nr. 5 StGB die Umstände erkennen, aus denen sich die allgemeine Gefährlichkeit des Tuns in der konkreten Situation für das Leben des Opfers ergibt, auch wenn er sie nicht als solche bewertet.¹²

Diese Umstände – Schlag eines harten Gegenstandes mit einiger Wucht gegen eine empfindliche Partie des menschlichen Körpers – waren T aber bekannt. D.h. wiederum, dass insoweit vorsätzliches Handeln anzunehmen ist. Ein Widerspruch zur Verneinung des Tötungsvorsatzes (vgl. o. unter I.) tut sich hier nicht auf.

2. Rechtswidrigkeit

Ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff iSd § 32 StGB ging von O zum Zeitpunkt der Tat nicht aus. Auch wenn man davon ausgeht, dass T den O für den „Belästiger“ der E hielt, fehlt es dennoch an der Gegenwartigkeit des Angriffs auf E. Ein etwaiger Erlaubnistatbestandsirrtum muss, da auch insoweit alle sonstigen Voraussetzungen des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes vorliegen müssen,¹³ demgemäß ausscheiden.

3. Schuld

In Anbetracht des Alkohol- sowie Kokainkonsums ist jedenfalls an eine verminderte Schuldfähigkeit des T nach Maßgabe des § 21 StGB zu denken.

Wenngleich der Alkohol- sowie Kokainkonsum auf Vorsatzebene – freilich in Kombination mit dem Verhalten der Ehefrau sowie der zuvor getätigten Aussage (s.o.) – zur Verneinung des kognitiven Vorsatzelements geführt hat, besagt dies noch nichts über eine erheblich verminderte Unrechtseinsichts- oder Steuerungsfähigkeit.¹⁴

Dass T sich im Zeitpunkt der Tatbegehung, beeinflusst durch unterschiedliche Faktoren (s.o.), die möglichen Folgen seines Handelns nicht vergegenwärtigt hat, ist nicht gleichzusetzen mit einer mangelnden **Einsichtsfähigkeit**. Für eine mangelnde **Steuerungsfähigkeit** fehlen ohnehin hinreichende Anhaltspunkte. Dass sich die BKA bei B unterhalb des Indizwertes von 2,0 Promille bewegte,¹⁵ spricht ebenfalls gegen das Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB.

Danach besteht keine Milderungsmöglichkeit nach Maßgabe der Vorschrift.

4. Ergebnis

T hat sich gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

Freilich tritt § 223 I hinter die Qualifikation nach § 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB zurück.

Hinweise

I. Prozessual: Der BGH hat sich in dem zugrunde liegenden Beschluss überhaupt nicht weiter mit den Voraussetzungen der (gefährlichen) Körperverletzung nach §§ 223, 224 StGB befasst. Indes findet sich der Hinweis, dass er die Verurteilung „wegen tateinheitlich begangener Körperverletzung“ für „rechtsfehlerfrei“ hält.

Dass der BGH es bei diesem Hinweis beließ, hat einen guten Grund:

Im Falle von natürlicher Handlungseinheit, Bewertungseinheit sowie tateinheitlicher Verletzung mehrerer Strafgesetze ist das Urteil nach Maßgabe des § 353 I StPO im Ganzen aufzuheben (Karlsruher Kommentar-Gericke, StPO, 7. Aufl. 2013, § 353 Rn. 12.).

Bejaht das Tatgericht demnach eine tateinheitlich begangene Körperverletzung, findet auch insoweit eine Aufhebung statt.

II. Materiell-rechtlich: Materiell-rechtlich wirft der Beschluss des BGH die Frage auf, welche Voraussetzungen an das Vorliegen eines bedingten Tötungsvorsatzes zu stellen sind. Dabei ist stets zwischen kognitivem Element (Erkennen der Möglichkeit) sowie voluntativem Element (Billigen) zu trennen.

Bereits das kognitive Element kann – „infolge welcher Gegebenheiten der konkreten Situation auch immer“ (BGH, 1 StR 200/85 bei Holtz, MDR 1985, 794) – zu verneinen sein.

Das wiederum bedeutet nicht, dass der Täter ohne Gefährdungsvorsatz im Hinblick auf § 224 I Nr. 5 StGB handelte. Dieser verlangt lediglich ein Erfassen der Umstände, welche die abstrakte Lebensgefährlichkeit begründen, ohne dass eine intellektuelle Einordnung als „lebensgefährdend“ erfolgen müsste. Die Grenzen zwischen eventualvorsätzlicher Tötung und Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung sind – das zeigt bereits die Existenz der beiden Tatbestände – zu wahren.

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und

Computerstrafrecht

(Prof. Dr. Jörg Eisele)

► Inhaltsverzeichnis

¹² BGH, NStZ-RR 2015, 172 (173); LK-Lilie, StGB, 11. Aufl., § 224 Rn. 38.

¹³ Rengier, aaO, § 30 Rn. 5.

¹⁴ Zu den beiden Alternativen des § 21 vgl. nur Schönke/Schröder-Perron/Weißer, aaO, § 21 Rn. 4.

¹⁵ Dazu Rengier, aaO, § 24 Rn. 9.

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Zu den Voraussetzungen eines fehlgeschlagenen Versuchs sowie zu den Anforderungen an den Rücktritt

bei gemeinschaftlicher Tatbegehung

Beschluss vom 23. Februar 2016, Az. 3 StR 5/16

1. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Vollendung aus Tätersicht nicht mehr ohne räumlich-zeitliche Zäsur möglich ist.

2. Ein „Verhindern der Vollendung“ iSd § 24 II 1 StGB kann auch durch bloßes Aufhören bewirkt werden.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

X hatte bei A und B Schulden, nachdem diese ihm Geld zur Besorgung von Marihuana (insgesamt: 900 Euro) gegeben hatten, er dieses Geld jedoch in der Folge für eigene Zwecke verbraucht hatte. Um sich ihr Geld – nach mehrmaliger erfolgloser Aufforderung zur Rückzahlung – wiederzubeschaffen, begaben sich A und B zur Wohnung des X, welche dieser gemeinsam mit Y bewohnte. Nachdem A und B geklingelt hatten, öffnete Mitbewohner Y die Tür, um die Auskunft zu geben, dass X gegenwärtig nicht zuhause sei. Da A und B von dieser Auskunft wenig überzeugt waren, drängten Sie Y, unter Vorhalt zweier mitgeführter Schreckschusspistolen, in die Wohnung. Dort wurden Sie auf X aufmerksam. Nach einigem Hin und Her, in dessen Verlauf A und B u.a. die Zimmertür des X mit einem mitgebrachten Brecheisen aufbrachen, forderten die ungebeten Gäste den X, wiederum unter Vorhalt der Schreckschusspistolen, dazu auf, ihnen 1000 Euro in bar auszuhändigen. X handigte indes kein Geld aus, woraufhin A und B drohten, in vier Wochen wiederzukommen. Daraufhin verließen die beiden die Wohnung.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht Oldenburg hatte A und B – unter anderem – wegen gemeinschaftlicher versuchter (schwerer) räuberischer Erpressung verurteilt.

Die Revision richtete sich gegen die Verurteilung wegen des Versuchs der räuberischen Erpressung unter dem Gesichtspunkt der Nichtberücksichtigung eines möglichen strafbefreienden Rücktritts.

C) Entscheidung und Hinweise

Der 3. Strafsenat erachtete die Revision für begründet, weshalb er das angefochtene Urteil durch Beschluss aufhob, vgl. § 349 IV StPO.

A und B könnten sich durch das Vorhalten der Schreckschusspistolen wegen versuchter gemeinschaftlicher schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255, 250 I Nr. 1 a) Alt. 1, II Nr.

1 Alt. 1, 22, 23, 25 II StGB zum Nachteil des X strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Tatentschluss

a) In Ansehung mittäterschaftlicher Begehung

A und B hatten ihr Vorgehen gemeinsam abgestimmt. Beide erfüllen – dem Tatplan entsprechend – in ihrer Person alle Tatbestandsmerkmale selbst. Beide führten eine Schreckschusspistole mit sich und beide forderten von X das Geld. Eine nur untergeordnete Rolle eines der Beteiligten ist nicht auszumachen. Danach liegt Tatentschluss in Ansehung mittäterschaftlicher Begehung iSd § 25 II StGB vor.

b) In Ansehung der §§ 253, 255 StGB

A und B müssten mit Tatentschluss hinsichtlich der §§ 253, 255 StGB gehandelt haben. Die beiden beabsichtigten, X durch (konkludente) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben zur Herausgabe von 1000 Euro zu bewegen. X sollte das Geld auf diesen Druck hin **übergeben**. Nach dem **äußeren Erscheinungsbild** kommt demnach, insoweit man dieses Abgrenzungskriterium zum Raub – mit der Rechtsprechung – heranziehen möchte, nur eine Erpressung in Betracht. Fraglich ist, ob auch nach herrschender Literaturlauffassung, welche im Rahmen der Erpressung eine **Vermögensverfügung** fordert und demnach nach der **inneren Willensrichtung** des Opfers abgrenzt, von einer räuberischen Erpressung auszugehen ist. Dies erscheint angesichts des Umstandes, dass sich X zwei offenbar gewaltbereiten Tätern gegenüber sieht, die überdies bereits seine Zimmertüre aufgebrochen hatten, höchst zweifelhaft. Die Vorstellung, dass X in dieser Situation noch eine Wahl verblieb, ob er – ggf. in der Wohnung verborgene – Vermögenswerte preisgibt, erscheint abwegig. D.h. aber, dass ihm in der Situation keine Schlüsselstellung zukam, wonach die Literaturlauffassung eher zu einem (versuchten) Raub gelangen würde.

Zur Gewährung möglichst großer Nähe zur Entscheidung des BGH soll hier – ausnahmsweise – der Ansicht der Rechtsprechung gefolgt werden.

Hinweis

In einer Klausur wäre der Streit freilich zu führen. Die besseren Argumente sprechen für das Erfordernis einer Vermögensverfügung und damit für eine Abgrenzung nach der inneren Willensrichtung (zum Verhältnis der §§ 249; 253, 255 StGB vgl. nur *Eisele*, BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 769 f.).

Für die weitere Prüfung macht es keinen bedeutsamen Unterschied, ob von §§ 249, 250, 22, 23, 25 II StGB oder von §§ 253, 255, 22, 23, 25 II StGB ausgegangen wird.

Die Ausführungen zu den Qualifikationsmerkmalen nach § 250 I, II StGB sowie zu den Voraussetzungen an den Rücktritt sind letztlich identisch.

Freilich müssten A und B auch Tatentschluss hinsichtlich einer rechtswidrigen Bereicherung gehabt haben. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass der von ihnen beauftragte X die ihm anvertrauten 900 Euro verprasst hatte, nicht unproblematisch. So steht ein möglicher Rückforderungsanspruch im Raum. Dies setzt wiederum das Bestehen eines rechtswirksamen (zivilrechtlichen) Rückzahlungsanspruches voraus. Die Bestimmung eines solchen Anspruchs gestaltet sich, unter Berücksichtigung der „besonderen Nähe“ von Betäubungsmittelgeschäften zu den Normen der §§ 134; 817 S. 2 BGB, schwierig. Eine solch aufwendige zivilrechtliche Inzidentprüfung kann vermieden werden, wenn dem Umstand, dass A und B 1000 – nicht 900 – Euro von X forderten, Beachtung geschenkt wird. Denn jedenfalls in Ansehung der Differenz von 100 Euro bestand kein wirksamer Rückzahlungsanspruch, sodass mindestens diesbezüglich Tatentschluss hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu bejahen ist.

Insoweit ist auch Bereicherungsabsicht bei A und B anzunehmen.

c) In Ansehung des § 250 I, II StGB

Eine Schreckschusspistole ist nach wohl nicht gänzlich unbestrittener, aber doch überwiegender Auffassung als Waffe iSd § 250 I u. II StGB einzuordnen.¹ Die Pistolen wurden von A und B nicht nur während des Geschehens „bei sich geführt“, sondern, da sie die Herausgabe des Geldes durch Vorhalt erleichtern sollten, auch verwendet.²

Demnach verdrängt § 250 II Nr. 1 Alt. 1 StGB den ebenfalls verwirklichten § 250 I Nr. 1 a) Alt. 1 StGB.

Hinweis

Freilich könnte man sich – zusätzlich – mit der Rechtsnatur des Brecheisens auseinandersetzen. Dabei erscheint nicht von vornherein klar, ob es sich um ein „gefährliches Werkzeug“ oder nur ein „sonstiges Werkzeug oder Mittel“ iSd § 250 I StGB handelt. Bejaht man ersteres, ist wiederum das „Verwenden“ iSd § 250 II Nr. 1 StGB zu berücksichtigen.

2. Unmittelbares Ansetzen

Das unmittelbare Ansetzen nach Maßgabe des § 22 StGB bereitet, da A und B den X mit vorgehaltenen Waffen zur Übergabe des Geldes bewegen wollten, keine Schwierigkeiten.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Rücktritt vom Versuch**1. Kein Fehlschlag**

Der Rücktritt vom Versuch ist ausgeschlossen, wenn es sich um einen fehlgeschlagenen Versuch handelt.³

Ein solcher liegt laut BGH vor, „wenn der Täter nach der letzten von ihm vorgenommenen Tathandlung erkennt, dass mit den bereits eingesetzten oder den ihm sonst zur Hand liegenden Mitteln der erstrebte Taterfolg nicht mehr herbeigeführt werden kann, ohne dass er eine neue Handlungs- und Kausalkette in Gang setzt.“

Weiter betont der Senat, dass es die subjektive Tätersicht ist, welche für die Annahme eines Fehlschlages ausschlaggebend ist:

„Die subjektive Sicht des Täters ist auch dann maßgeblich, wenn der Versuch zwar objektiv fehlgeschlagen ist, der Täter dies aber nicht erkennt [...].“

Der Sachverhalt verhält sich, auch in seiner ungekürzten Fassung, nicht zu der Frage, welche Vorstellung die Täter bei ihrer Ankündigung, in vier Wochen wiederzukommen, in Ansehung ihrer Erfolgchancen hatten. Diesen Umstand greift der BGH auf, wenn er betont:

„Zu den Vorstellungen der Angeklagten in Bezug zu dem von ihnen erstrebten Taterfolg in dem Zeitpunkt, als sie den X verließen, verhalten sich die Urteilsgründe auch im Rahmen der rechtlichen Würdigung nicht.“

Der BGH sagt damit, dass jedenfalls die Möglichkeit besteht, dass A und B im Zeitpunkt des Verlassens der Wohnung davon ausgingen, dass sie das Geld von X durchaus noch hätten erlangen können.

Diese Möglichkeit außer Betracht gelassen bzw. die innere Motivationslage der Täter diesbezüglich nicht weiter erforscht zu haben, wird dem LG angelastet.

2. Beendeter vs. unbeendeter Versuch

Die Rücktrittsvoraussetzungen richten sich grundsätzlich danach, ob ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorliegt.⁴ Betrachtet man den Wortlaut des im Falle von Mittäterschaft – jedenfalls bei Anwesenheit beider Täter am Tatort – heranzuziehenden § 24 II StGB, so ist mit Blick auf dessen S. 1 festzustellen, dass die Formulierung aus § 24 I 1 Alt. 2 StGB übernommen wurde, welche wiederum den beendeten Versuch des Einzeltäters in den Blick nimmt. Dies wirft die Frage auf, ob § 24 II StGB die Konstellation des unbeendeten Versuchs, bei der bloßes Aufhören zur Erlangung von Straffreiheit führt, gar

¹ BGH, NStZ 2010, 390; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 244 Rn. 3a.

² Zum Verwenden *Eisele*, BT II, Rn. 363

³ Rengier, AT, 7. Aufl. 2015, § 37 Rn. 15; Roxin, AT II, 2003, § 30 Rn. 36.

⁴ Heinrich, AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 765.

nicht kennt. Dem ist indes, entgegen des ersten Anscheins, nicht so, wie auch der BGH festhält:

„Sind an einer Tat mehrere beteiligt, so wird gemäß § 24 II 1 StGB nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Diese Verhinderungsleistung kann indes schon darin zu sehen sein, dass die Beteiligten es einvernehmlich unterlassen, weiter zu handeln. [...]

Ob darin ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch gesehen werden kann, hängt wiederum entscheidend von dem Vorstellungsbild der Täter nach der letzten von ihnen vorgenommenen Ausführungshandlung ab [...].“

Der BGH bestätigt damit, dass auch § 24 II StGB die Konstellation des unbeendeten Versuchs kennt, wobei die Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch nach bewährtem Muster erfolgt:

„Danach liegt ein unbeendeter Versuch vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung noch nicht alles getan hat, was zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist [...].“

Auch insoweit ist demnach zu fragen, ob A und B ggf. davon ausgingen, noch weitere – erfolgversprechende – Schritte ergreifen zu können. Ausgeschlossen ist dies nicht, weshalb die Nichtberücksichtigung dieser Frage durch das LG gleichfalls zu beanstanden ist.

3. Zwischenergebnis

Die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts ist auch im vorliegenden Fall – wohl entgegen des Eindrucks beim ersten Lesen – in Betracht zu ziehen.

IV. Ergebnis

Eine Strafbarkeit von A und B wegen des Versuchs der gemeinschaftlichen schweren räuberischen Erpressung gemäß §§ 253, 255, 250 II Nr. 1 Alt. 1, 22, 23, 25 II StGB kann nur bei Ausschluss eines freiwilligen Rücktritts durch Aufgabe der Tat bejaht werden. Auf Basis der bisherigen Feststellungen ist die Annahme einer Strafbarkeit nicht zu begründen.

Hinweise

In einer Klausur würde sich der Sachverhalt freilich zum Vorstellungsbild der Täter verhalten. Dennoch wirft die Entscheidung zwei wichtige Aspekte der Rücktrittsdogmatik auf:

Erstens werden die Anforderungen an den fehlgeschlagenen Versuch – einmal mehr – erläutert. Entscheidend ist, ob die Erfolgsherbeiführung aus Tätersicht ohne räumlich-zeitliche Zäsur möglich ist.

Zweitens bestätigt der BGH, dass eine Erfolgsverhinderung iSd § 24 II 1 StGB unter Umständen durch schlichtes Aufhören bewirkt werden kann.

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und

Computerstrafrecht

(Prof. Dr. Jörg Eisele)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Oberlandesgericht Stuttgart

„Wann ist ein Werkzeug i.S. von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB gefährlich?“

Beschluss vom 22. Juni 2015, Az. 2 Ss 209/15

1. Ein Werkzeug ist im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB dann gefährlich, wenn es nach den konkreten Umständen des Falles geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung bei einer von den Tatbeteiligten verschiedenen Person herbeizuführen. Allerdings ist eine Beschränkung auf objektive Kriterien angezeigt.

2. Hat ein Täter einen Geißfuß in Griffweite, kann darauf abgestellt werden, ob er den Geißfuß bei sich führte, als sich ein Polizeibeamter in seiner Reichweite befand. Vor dem Erscheinen der Polizei liegt die Bewertung des Geißfußes als gefährliches Werkzeug fern.

(juris-Orientierungssätze)

A) Sachverhalt

Nach den wiedergegebenen amtsgerichtlichen Feststellungen drang der Angeklagte gemeinsam mit zwei weiteren Tätern am „14. August 2014 gegen 2.00 Uhr [...] in die Geschäftsräume der Tankstelle N. in S. ein. Die Täter hebelten dazu mittels eines sog. Geißfußes [„Brech-/Stemmeisen“] ein Fenster auf. In der Tankstelle füllten sie einen mitgebrachten Bettüberzug mit Zigarettenpackungen im Wert von mehreren 1.000 Euro, um diese mitzunehmen und zu verkaufen. Als die Polizei am Tatort erschien, flüchteten die Täter unter Zurücklassung der Beute und des Einbruchswerkzeugs, insbesondere des Geißfußes. Die Flucht des Angeklagten misslang. Der Geißfuß, als Schlagwerkzeug eingesetzt, kann lebensgefährliche Verletzungen verursachen.“

B) Prozessgeschichte

Der Angeklagte wurde erstinstanzlich „wegen ‚versuchten Diebstahls im besonders schweren Fall mit Waffen‘ zu der Freiheitsstrafe von neun Monaten ohne Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt“. Gegen dieses Urteil wandte er sich mit der (Sprung-)Revision und erhob die Sachrüge. Die Revision hatte vor dem Senat Erfolg.

C) Entscheidung

Nach dem Senat reichten die tatrichterlichen Feststellungen nicht zur Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Diebstahls mit Waffen gemäß §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2, 22 StGB aus. Seine Ausführungen konzentrieren sich auf den objektiven Tatbestand der Qualifikation des 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB. (Gegenüber dieser ist § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB subsidiär. Einen „versuchten Diebstahl im besonders schweren Fall mit Waffen“ gibt es nicht.)

Erforderlich ist danach das Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs.

Da der „von den Tätern mitgeführte[n] Geißfuß [...] nicht als Waffe im Sinne der Vorschrift“ anzusehen ist, „weil es sich dabei nicht um einen Gegenstand handelte, der nach seiner Art für Angriffs- oder Verteidigungszwecke bestimmt war“, kommt es entscheidend darauf an, ob er ein gefährliches Werkzeug im Sinne der Vorschrift war. Dies bejahte das Amtsgericht, doch tragen die getroffenen Feststellungen diese rechtliche Bewertung nicht. Ausführlich der Senat:

„§ 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB hat seine heutige Fassung durch das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I, Bl. 164 ff.) erhalten. Der Rechtsausschuss des Bundestags, auf dessen Vorschlag die Vorschrift zurückgeht, hat den Begriff des gefährlichen Werkzeugs dem damaligen § 223a Abs. 1 StGB (heute § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) entnommen. Er war der Auffassung, dass für die Auslegung des Begriffs bei der gleichlautenden, ebenfalls neu eingefügten Vorschrift des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB auf die zu § 223a a.F. StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden könne [Nachw.]. Dabei wurde indes für den Anwendungsbereich des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht bedacht, dass sich im Fall des § 223a a.F. StGB die Gefährlichkeit eines Werkzeugs in erster Linie aus der Art seiner Verwendung bei einer konkreten Körperverletzungshandlung ergibt (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2007, 95). Bei einer Diebstahlshandlung kommt es dagegen regelmäßig nicht zum Einsatz des Werkzeugs bei einer körperlichen Auseinandersetzung, anhand dessen sich seine Gefährlichkeit für die andere Person bemessen ließe. Andernfalls ist oft ein Raubdelikt nach den §§ 249ff., 252 StGB gegeben.“

Der Bundesgerichtshof (BGHSt 52, 257ff., Beschluss vom 3. Juni 2008, 3 StR 246/07) hat bei dieser Sachlage im Fall eines während der Öffnungszeiten eines Geschäfts begangenen Diebstahls, bei dem der Täter ein Taschenmesser mit einer nicht nur sehr kurzen Klinge mit sich führte, jenes als gefährliches Werkzeug angesehen, weil es nach seiner konkreten Beschaffenheit zum Schneiden und Stechen und damit im Falle seines Einsatzes gegen einen Menschen zur Verursachung erheblicher Verletzungen geeignet war. In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass es bis zu der von ihm angeregten gesetzlichen Neuregelung der Vorschrift für besondere Sachverhaltsvarianten - soweit nach den anerkannten Auslegungskriterien möglich - weiterer Präzisierungen des Tatbestands durch die Rechtsprechung bedürfe. In seiner Entscheidung vom 21. Juni 2012 hat der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 21. Juni 2012, NStZ 2012, 571f., 5 StR 286/12) hinsichtlich der vom Täter eines Einbruchdiebstahls mitgeführten zwei Schraubendreher, die das Tatgericht als gefährliche Werkzeuge im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB angesehen hatte, Feststellungen zu deren objektiver Gefährlichkeit ihrer Beschaffenheit nach vermisst und das angefochtene Urteil deshalb aufgehoben. Das Oberlandesgericht

Stuttgart (Beschluss vom 5. Mai 2009, NJW 2009, 2756ff., 4 Ss 144/09) hat einen vom Täter bei einem Einbruchsdiebstahl mitgeführten Schraubendreher nur dann als gefährliches Werkzeug im Sinne der Vorschrift angesehen, wenn dieser objektiv geeignet war, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen; insoweit müsse sein Gebrauch drohen. Ob dies der Fall sei, müsse unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls einschließlich der inneren Haltung des Täters zur Verwendung des Werkzeugs festgestellt werden. Das OLG Köln (Beschluss vom 10. Januar 2012, NStZ 2012, 327f., III-1 RVs 258/11) ist der Auffassung des Oberlandesgericht Stuttgart entgegengetreten und sieht ein Taschenmesser, das der Täter während der Öffnungszeiten eines Ladengeschäfts mitführte, unabhängig von dessen Gebrauchsabsicht in aller Regel als gefährliches Werkzeug im Sinne der Vorschrift an.

Auch der Senat hält eine einschränkende Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs für geboten. Denn sonst wäre ein vollendeter Einbruchsdiebstahl nach § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Regel als Diebstahl mit Waffen nach § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB mit der höheren Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe zu ahnden, wenn kein minder schwerer Fall nach § 244 Abs. 3 StGB vorliegt. Es können nämlich viele typischerweise als Einbruchswerkzeuge benutzte Gegenstände bei körperlichen Auseinandersetzungen auch als für Menschen gefährliche Werkzeuge eingesetzt werden. Auslegungsmaßstab ist der Zweck der Vorschrift. Sie hat nach der Auffassung des Senats ihren Grund in der besonderen objektiven Gefährlichkeit der umschriebenen Gegenstände für Leib oder Leben des (potenziellen) Opfers [Nachw.].

Der Senat hält deshalb im Grundsatz an der Rechtsauffassung des 4. Senats des Oberlandesgerichts Stuttgart (Beschluss vom 5. Mai 2009, a.a.O.) fest, dass ein Werkzeug im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB gefährlich ist, wenn es nach den konkreten Umständen des Falles geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung bei einer von den Tatbeteiligten verschiedenen Person herbeizuführen. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (a.a.O.) eine Beschränkung auf objektive Kriterien angezeigt. Im vorliegenden Fall könnte z.B. darauf abgestellt werden, ob ein Täter den in seiner Griffweite befindlichen Geißfuß bei sich führte, als sich ein Polizeibeamter in seiner Reichweite befand. Vor dem Erscheinen der Polizei liegt die Bewertung des Geißfußes als gefährliches Werkzeug fern.

Vor diesem Hintergrund hatte das angefochtene Urteil keinen Bestand. Die erstinstanzliche Feststellung, „dass der als Einbruchswerkzeug verwendete Geißfuß unabhängig von den Umständen des vorliegenden Einzelfalles als Schlagwerkzeug lebensgefährliche Verletzungen verursachen kann, reicht nicht aus“.

Der Senat vermochte nicht gänzlich auszuschließen, „dass nach dem konkreten Verlauf des polizeilichen Zugriffs im vorliegenden Fall ein von den Tätern mitgeführtes Einbruchswerkzeug ausnahmsweise doch als gefährliches Werkzeug anzusehen ist und dass der Angeklagte insoweit zumindest bedingten Vorsatz hatte“, weshalb „er das angefochtene Urteil gemäß § 354 Abs. 2, 1. Alt. StPO“ aufhob und die Sache an eine andere Abteilung des Amtsgerichts zurückverwies.

Hinweise

1. Einmal mehr widmet sich eine obergerichtliche Entscheidung ausführlich der Definition des gefährlichen Werkzeugs i.S. des § 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 StGB. Bekanntlich ist diese (ebenso wie bei § 250 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 StGB) umstritten.

Dies ist nicht zuletzt auf einen legislativen Lapsus zurückzuführen. Wie der Senat herausstellt wurde seitens des Gesetzgebers davon ausgegangen, die zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB (zum dortigen Begriff etwa BGH, Urt. v. 14.05.2014 - 2 StR 275/13 = JR 2015, 206 ff. mit Anm. Ernst) bzw. der damaligen Vorgängernorm entwickelten Grundsätze könnten zur Begriffsbestimmung herangezogen werden, was indessen nicht möglich ist, da bei § 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 StGB das bloße Beisichführen unter Strafe gestellt wurde.

Mit Verweis auf den Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 StGB und aus systematischen Erwägungen, dem Vergleich mit den sonstigen Werkzeugen der Nummer 1b wird eine (wenigstens) objektive bzw. abstrakte Gefährlichkeit als notwendig erachtet (Kudlich, JA 2012, 792 (793)). Dementsprechend wird gefordert, der Gegenstand müsse „nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet [... sein], einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen“ (BGH, Beschl. v. 21.07.2012 - 5 StR 286/12 = NStZ 2012, 571 (571 f.)). Die Meinungen, wie diese im Ausgangspunkt weitgehend noch anerkannte „Grunddefinition“ zu präzisieren bzw. ob eine subjektive Restriktion von Nöten ist, gehen bekanntermaßen auseinander (dazu ausf. Wittig, in: BeckOK/StGB, 30. Edition (01.03.2016), § 244 Rn. 7 ff.; AG Kassel, Urt. v. 12.06.2014 - 243 Ds - 1610 Js 17234/14 - juris, Rn. 17 ff.; Ernst, JURA 2014, 536 (537 f.) je m.w.N.). Der Senat hält mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (s. etwa auch Beschl. v. 03.06.2008 - 3 StR 246/07 = NStZ 2008, 512 (514)) „eine Beschränkung auf objektive Kriterien“ für angezeigt (ebenso etwa Esser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 244 Rn. 5a). Hierfür mag man auch eine Äußerung des Gesetzgebers zu den Bestimmungsvorschlägen im Zuge der Einfügung eines minder schweren Falles in § 244 Abs. 3 StGB anführen: „Die Abgrenzung muss [...] allein nach objektiven Kriterien erfolgen“ (Begründung zum Entwurf der Bundesregierung, BT Drs. 17/4143, S. 7; zu möglichen Einwänden hiergegen Ernst, JURA 2014, 536 (538)). Gewichtiger erscheint, dass § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB - nicht aber § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB - auf die Verwendungsabsicht abstellt und dass es systemunschlüssig anmutet, wenn das Beispiel „Waffe“ objektiv bestimmt wird, der Oberbegriff „gefährliches Werkzeug“ dagegen subjektiv (Ernst, JURA 2014, 536 (538)).

Unter Zugrundelegung objektiver Kriterien wird in der Literatur verbreitet die „Waffenersatzfunktion“ als entscheidendes Abgrenzungskriterium genannt und eine „waffenersetzende“ oder waffenähnliche abstrakte Gefährlichkeit des Gegenstandes verlangt. Diese liege vor,

wenn er „seiner Art nach ein erhebliches Verletzungspotential ausweist, ohne im technischen Sinne zur Verletzung von Menschen bestimmt zu sein“. Auch neutralen Gegenständen käme eine solche Gefährlichkeit zu, wenn sie „aus Sicht eines objektiven Beobachters in der konkreten Tatsituation [...] allein waffenvertretende Funktion haben“ (Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 244 Rn. 23 f.; recht ähnlich Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 244 Rn. 5a; Wittig, in: BeckOK/StGB, 30. Edition (01.03.2016), § 244 Rn. 8). Nach dieser Betrachtungsweise sei kein gefährliches Werkzeug gegeben, wenn der Gegenstand (wie etwa ein Stemmeisen) eine dem Gewahrsamsbruch und nicht Angriffszwecken dienende Funktion habe (Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 244 Rn. 5a; Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 244 Rn. 24).

Auch der Senat betont vorliegend, dass auf objektive Kriterien abzustellen sei. Er führt weiter aus, es „könnte z.B. darauf abgestellt werden, ob ein Täter den in seiner Griffweite befindlichen Geißfuß bei sich führte, als sich ein Polizeibeamter in seiner Reichweite befand“. Es liege vor „dem Erscheinen der Polizei [...] die Bewertung des Geißfußes als gefährliches Werkzeug fern“. Sofern hiermit nicht doch auch subjektive Kriterien angesprochen sein sollten, provoziert dies die Frage, ob die Eignung des Gegenstandes, eine erhebliche Körperverletzung bei einer von den Tatbeteiligten verschiedenen Person herbeizuführen, danach nur dann gegeben sein kann, wenn eine solche Person in Reichweite des Täters ist: Konsequenterweise müsste immer dann ein gefährliches Werkzeug zu verneinen sein, wenn keine von den Tatbeteiligten verschiedene Person am Tatort (in Reichweite derselben) ist. Für eine solche Restriktion scheint indessen der Wortlaut der Norm (Beisichführen) keinen Anhalt zu bieten. Die Strafschärfung des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB hat ihren Grund in der besonderen Gefährlichkeit der Gegenstände für das potentielle Opfer (Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 244 Rn. 2), diese Gegenstände dürfen wegen der latenten Gefahr ihrer Verwendung nicht mitgeführt werden (Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 244 Rn. 15). Es geht hier um eine abstrakte Gefahr (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 244 Rn. 15). Und diese besteht – ebenso wie beim Beisichführen einer Waffe, dem Spezialfall eines gefährlichen Werkzeugs – unabhängig davon, ob eine dritte Person tatsächlich in Reichweite der Tatbeteiligten ist.

2. Eine andere und hier bloß erwähnte Frage ist jene, ob der Senat aufgrund womöglich divergierender anderer obergerichtlicher Rechtsprechung die Sache gemäß § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof hätte vorlegen sollen bzw. müssen (dazu Meile, jurisPR-StrafR 6/2016 Anm. 3).

3. Abschließend sei auf weitere interessante und klausurträgliche Fragen im vorliegenden Kontext, etwa jene des Beisichführens (BGH, Beschl. v. 26.11.2013 - 3 StR 261/13 = JSE 2014, 335 ff. (Ernst); aktuell KG, Beschl. v.

03.11.2015 - (5) 121 Ss 203/15 (53/15) = StraFo 2016, 123 ff.) und ob die Wegnahme eines gefährlichen Werkzeugs zur Verwirklichung der Qualifikation führt (BGH, Urt. v. 17.10.2013 - 3 StR 263/13 = JSE 2014, 220 ff. (Ernst)), verwiesen.

Guido Philipp Ernst

Staatsanwalt
Lehrbeauftragter
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen
Ludwigsburg

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Betreuungsgeld

Urteil vom 21. Juli 2015, Az. 1 BvF 2/13

1. Der Begriff der öffentlichen Fürsorge in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG setzt voraus, dass eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Dabei genügt es, wenn eine – sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute – Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt.

2. Will der Bundesgesetzgeber verschiedene Arten von Leistungen der öffentlichen Fürsorge begründen, muss grundsätzlich jede Fürsorgeleistung für sich genommen den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG genügen. Das Betreuungsgeldgesetz genügt dem nicht. Insbesondere ist es nicht zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich. Dies wäre nur der Fall, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt hätten oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnete [...].

(amtliche Leitsätze 1 und 2)

A) Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Am 01.08.2013 ist das Gesetz zur Einführung eines Betreuungsgeldes in Kraft getreten. Durch dieses wurden in das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) die Bestimmungen der §§ 4a-4d BEEG eingefügt, die einen Anspruch auf Betreuungsgeld regeln. Diese Regelungen sehen im Wesentlichen vor, dass Eltern in der Zeit vom ersten Tag des 15. Lebensmonats bis zur Vollendung des 36. Lebensmonats ihres Kindes einkommensunabhängig Betreuungsgeld in Höhe von € 150,00 pro Monat beziehen können, sofern für das Kind weder eine öffentlich geförderte Tageseinrichtung noch Kindertagespflege in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Betreuungsgeld besteht unabhängig davon, ob der die Leistung beanspruchende Elternteil auf Erwerbstätigkeit verzichtet oder nicht.

Die Einführung des Betreuungsgeldes steht im Zusammenhang mit der Gesetzgebung des Bundes zum Ausbau öffentlich geförderter Betreuungseinrichtungen für Kleinkinder unter drei Jahren und der Schaffung eines einklagbaren Anspruchs auf einen solchen Betreuungsplatz. Den Eltern sollte die Wahl ermöglicht werden, ihr Kind in eine öffentliche Betreuungseinrichtung zu geben oder das Kind zuhause zu betreuen. Da es bislang an einer entsprechenden Förderung gefehlt hatte, ging der Gesetzgeber davon aus, dass bei Eltern, die keine öffentlich

geförderte Kindertagesbetreuung in Anspruch nehmen, eine Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit vorliege.

In der Gesetzesbegründung heißt es, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folge aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 iVm. Art. 72 Abs. 2 GG. Der Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge sei einschlägig, da auch finanzielle Leistungen, die direkt Familien zugutekommen, in den Bereich der öffentlichen Fürsorge fielen. Die Fürsorge könne nicht auf die Bereitstellung von Hilfe in staatlichen oder staatlich geförderten Kinderbetreuungsangeboten beschränkt werden, sondern müsse der Gestaltungsfreiheit der Eltern Rechnung tragen. Das Betreuungsgeldgesetz stehe in Einklang mit Art. 72 Abs. 2 GG, da zwischen den Ländern erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Verfügbarkeit öffentlicher und privater Angebote im Bereich der frühkindlichen Betreuung bestünden. Daher seien die Regelungen zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich.

Die Landesregierung des Landes L hält die Regelungen der §§ 4a-4d BEEG für nichtig. Dem Bund stehe bereits keine Gesetzgebungskompetenz zu. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG sei nicht einschlägig, da die Zahlung für die Nichtinanspruchnahme bestimmter öffentlich geförderter Maßnahmen keine Regelung der öffentlichen Fürsorge darstelle. Das Betreuungsgeldgesetz sei zudem nicht zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet iSd. Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich. Die im Ländervergleich bestehenden Unterschiede bei der Verfügbarkeit von Betreuungsangeboten würden durch das Betreuungsgeld gerade nicht ausgeglichen.

B) Entscheidung des BVerfG und Hinweise

Das BVerfG wird dem Antrag stattgeben und §§ 4a-4d BEEG gem. § 78 S. 1 BVerfGG für nichtig erklären, soweit er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG entscheidet das BVerfG über Anträge im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle.

2. Antragsberechtigt ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG u. a. eine Landesregierung und damit auch die des Landes L.

3. Als tauglicher Antragsgegenstand kommt nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG u. a. Bundesrecht in Betracht. Bei den §§ 4a-4d BEEG handelt es sich um Vorschriften des parlamentarischen Bundesgesetzgebers, die bereits verkündet wurden, sodass sie geltendes Bundesrecht darstellen (vgl. Zuck, in:

Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 76 Rn. 22). Es handelt sich bei diesen Vorschriften daher um einen tauglichen Antragsgegenstand.

4. Es müsste weiter ein Antragsgrund gegeben sein. Das setzt nach § 76 Abs. 1 BVerfGG voraus, dass die den Antrag stellende Landesregierung das angegriffene Gesetz für nichtig hält. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, sodass zugleich den weniger strengen Anforderungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, der Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel u. a. über die Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem GG verlangt, genüge getan ist. Ein Antragsgrund ist damit gegeben.

5. Der Antrag ist nicht fristgebunden. Die Wahrung der Formvorschriften des § 23 Abs. 1 BVerfGG darf unterstellt werden.

6. Der Antrag ist damit zulässig.

Hinweis

Das BVerfG stellt auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 2a GG sowie § 76 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BVerfGG ab. Die kursiv gesetzten Vorschriften regeln einen Unterfall der abstrakten Normenkontrolle (RozeK, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 47. Lfg. 2015, § 76 Rn. 76). Prüfungsmaßstab ist in diesem Verfahren allein Art. 72 Abs. 2 GG. Soll – wie hier – eine darüber hinausgehende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes erfolgen, bedarf es insoweit eines daneben zu stellenden Antrages nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG. Da die Vereinbarkeit mit Art. 72 Abs. 2 GG auch im allgemeinen Normenkontrollverfahren überprüft werden kann (RozeK, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 47. Lfg. 2015, § 76 Rn. 77), besteht für ein derartiges Vorgehen keine Notwendigkeit.

II. Begründetheit

Der Antrag ist nach § 78 S. 1 BVerfGG begründet, soweit die zur Überprüfung gestellten Normen mit dem GG unvereinbar sind. Das ist der Fall, soweit sie formell oder materiell mit dem GG unvereinbar sind.

1. Formelle Vereinbarkeit mit dem GG

§§ 4a-4d BEEG sind in formeller Hinsicht mit dem GG vereinbar, wenn die Vorschriften des GG über Zuständigkeit, Verfahren und Form eingehalten wurden.

a) Verbandszuständigkeit des Bundes

§§ 4a-4d BEEG könnten gegen Art. 70 Abs. 1 GG verstoßen. Hiernach haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung, soweit das GG dem Bund keine Gesetzgebungszuständigkeit verleiht. Fraglich ist damit, ob das GG dem Bund für die in §§ 4a-4d BEEG geregelte Materie eine Gesetzgebungskompetenz verleiht.

Hinweise

1. Die Prüfung, ob der Bund über eine Gesetzgebungskompetenz verfügt, muss – wie grundsätzlich jede Prüfung – an einer Norm ansetzen. Das ist Art. 70 Abs. 1 GG als „Dreh- und Angelpunkt“ (Seiler, in: Epping/Hillgru-

ber, GG, Stand: 01.09.2015, Art. 70 Rn. 11) der Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Länder. Das wird in Fallbearbeitungen immer wieder missachtet.

2. Lässt sich dem GG (ggf. unter Heranziehung der sog. ungeschriebenen Gesetzgebungskompetenzen) im Wege der Auslegung keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes entnehmen, begründet Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder (vgl. RozeK, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 70 Rn. 11). Mit einer „Zuständigkeitsvermutung“, von der oft die Rede ist, hat das nichts zu tun (vgl. Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 75. Lfg. 2015, Art. 70 Rn. 33).

3. Keinesfalls darf die Prüfung, ob ein Bundesgesetz mit der Kompetenzordnung vereinbar ist, an einem einzelnen Kompetenztitel ansetzen. Hierin liegt ein kardinaler Fehler: Die Überschreitung der Grenzen eines Kompetenztitels kann denotwendig nichts darüber aussagen, ob nicht möglicherweise ein anderer Kompetenztitel einschlägig ist.

aa) Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes liegt nicht vor, da das GG dem Bund für die geregelte Materie weder in Art. 73 Abs. 1 GG noch an einer sonstigen Stelle eine entsprechende Kompetenz verleiht.

Hinweis

Eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes thematisiert das BVerfG nicht. Im Rahmen der Fallbearbeitung kann dieser Aspekt aus Gründen der Vollständigkeit – in der gebotenen Kürze – jedoch behandelt werden.

bb) Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

In Betracht kommt jedoch eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Eine solche könnte sich vorliegend aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ergeben. Hiernach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes auf die öffentliche Fürsorge (ohne das Heimrecht). §§ 4a-4d BEEG könnten folglich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG gestützt werden, sofern die durch diese Normen geregelte Materie dem Begriff der öffentlichen Fürsorge unterfällt. Was darunter zu verstehen ist, muss mangels einer Definition im GG durch Auslegung ermittelt werden.

Dem Wortlaut nach lässt sich öffentliche Fürsorge verstehen als die staatliche Unterstützung Hilfsbedürftiger, die sich in (v. a. wirtschaftlichen) Notlagen befinden (vgl. Degenhart, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 35; Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rn. 28). Nach Sinn und Zweck des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG umfasst der Begriff jedoch nicht nur nachträgliche, sondern auch vorbeugende Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, künftige Fürsorgemaßnahmen entbehrlich zu machen (Maunz, in: Maunz/Dürig, GG,

Stand: 75. Lfg. 2015, Art. 74 Rn. 106). Für ein entsprechend weites Verständnis spricht auch die systematische Zusammenschau mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip (vgl. BVerfG, Urteil vom 28.05.1993, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, NJW 1994, 1751, 1772; Degenhart, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 35; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 17). Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist demgemäß auch dann einschlägig, wenn

[Rn. 29] „[...] eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Dabei genügt es, wenn eine – sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute [...] – Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen [...] einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt.“

Für eine (abstrakt) mit besonderen Belastungen einhergehende Lebenssituation spricht hier, dass die Betreuung von Kleinkindern mit erheblichem Aufwand verbunden ist. Problematisch ist allerdings, dass das Betreuungsgeld stets € 150,00 beträgt und unabhängig von den konkreten Einkommensverhältnissen geleistet wird. Folglich haben auch sehr vermögende Eltern Anspruch auf Betreuungsgeld, obwohl bei ihnen nicht einmal abstrakt ein Bedarf nach staatlicher Unterstützung bei der privaten Kinderbetreuung besteht (Ewer, NJW 2012, 2251 (2253); Brosius-Gersdorf, NJW 2013, 2316 (2317)). Vor diesem Hintergrund lässt sich argumentieren, dass von öffentlicher Fürsorge keine Rede mehr sein kann und Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG daher nicht herangezogen werden kann. Gegen eine solche Betrachtungsweise kann man jedoch einwenden, dass wirtschaftliche Aspekte lediglich einen Teilbereich der öffentlichen Fürsorge betreffen. Eltern die Kleinkinder betreuen, erwachsen jedoch unabhängig von ihren finanziellen Verhältnissen durch die Betreuung als solche Belastungen, die eine Unterstützungsbedürftigkeit auslösen (vgl. BT-Drs. 17/9917, S. 8).

Hinweis

Mit der zuletzt angesprochenen Problematik hat sich das BVerfG nicht auseinandergesetzt (zu den möglichen Hintergründen vgl. Rixen, NJW 2015, 3136 (3137) sowie die abschließenden Hinweise am Ende dieses Textes). Die Gesetzesbegründung jedenfalls will den Begriff der öffentlichen Fürsorge so weit verstehen, dass er auch Fördermaßnahmen umfasst, „bei denen auf der Grundlage einer pauschalen Betrachtungsweise von einer Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit ausgegangen werden kann“ (BT-Drs. 17/9917, S. 8). Bei Familien mit kleinen Kindern sei eine entsprechende Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit anzunehmen (aaO.). Überzeugend ist das nicht. Man kann daher mit guten Gründen bereits die Einschlägigkeit von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG verneinen (vgl. Ewer, NJW 2012, 2251 (2252 f.)).

§§ 4a-4d BEEG unterfallen damit dem Begriff der öffentlichen Fürsorge und sind somit vom Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG umfasst.

(cc) Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung nach Art. 72 Abs. 2 GG

Fraglich ist jedoch, ob der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz auch Gebrauch machen durfte. Ein anderes könnte sich aus Art. 72 Abs. 2 GG ergeben. Nach dieser Norm hat der Bund u. a. auf dem Gebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG das Gesetzgebungsrecht nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet (Var. 1) oder die Wahrung der Rechts- (Var. 2) oder Wirtschaftseinheit (Var. 3) im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Hinweise

1. Sofern ein Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG bejaht wird, muss anschließend unbedingt – und sei es nur gedanklich – geprüft werden, ob sich aus Art. 72 Abs. 2 GG Einschränkungen im Hinblick auf die Inanspruchnahme (vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 15 mwN.) der Gesetzgebungskompetenz ergeben. Das wird oft übersehen.
2. In diesem Zusammenhang sei zugleich vor einem besonders schwerwiegenden Fehler in der umgekehrten Richtung gewarnt: Art. 72 Abs. 2 GG enthält eine Subsidiaritätsklausel (Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand: 01.09.2015, Art. 72 Rn. 10), die dazu führen kann, dass es dem Bund versagt ist, gesetzgeberisch tätig zu werden, obwohl ein Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG einschlägig ist (vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 15). Kommt jedoch bereits kein Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG in Betracht, kann sich aus der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG unter gar keinen Umständen eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergeben.
3. Zur Terminologie: Art. 72 Abs. 2 GG spricht – bewusst – von einer *bundesgesetzlichen* und nicht etwa von einer *bundeseinheitlichen* Regelung. Das wird oft verkannt. „Bundesgesetzlich“ und „bundeseinheitlich“ sind auch keine Synonyme, da eine bundesgesetzliche Regelung zwischen einzelnen Ländern oder Regionen differenzieren kann (vgl. Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, Stand: 01.09.2015, Art. 72 Rn. 10; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 19).

§§ 4a-4d BEEG könnten zunächst gem. Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich sein.

[Rn. 35] „Die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse ist [...] bedroht und der Bund zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet [...]. Ein rechtfertigendes besonderes Interesse an einer bundesgesetzlichen Regelung kann auch dann bestehen, wenn sich abzeichnet, dass Regelungen in einzelnen Ländern aufgrund ihrer Mängel zu einer mit der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse unvereinbaren Benach-

teilung der Einwohner dieser Länder führen und diese deutlich schlechter stellen als die Einwohner anderer Länder [...].“

Das gesetzgeberische Ziel,

[Rn. 37] „eine ‚flächendeckende‘ Alternative zur Inanspruchnahme von Betreuung durch Dritte zu schaffen und eine Förderung zu gewähren, die im Ergebnis allen Eltern ‚im gesamten Bundesgebiet‘ gleichermaßen zugutekommt, begründet für sich genommen nicht die Erforderlichkeit der Regelungen zur ‚Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse‘. Das bloße Ziel, bundeseinheitliche Regelungen in Kraft zu setzen oder eine allgemeine Verbesserung der Lebensverhältnisse zu erreichen, genügt hierfür nicht [...]. Dass sich aber durch Unterschiede in der Bereitstellung von Landeserziehungsgeldern die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt hätten oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnete und deshalb zur Kompensierung solcher Divergenzen ein bundeseinheitliches Betreuungsgeld erforderlich wäre, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich.“

Möglicherweise ist das Betreuungsgeldgesetz aber deshalb zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich, weil zwischen den Ländern erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Verfügbarkeit öffentlicher und privater Angebote im Bereich der frühkindlichen Betreuung bestehen. Hiergegen spricht jedoch bereits, dass im Ländervergleich nicht nur die Angebote, sondern auch der Betreuungsbedarf unterschiedlich sind. Unabhängig davon ist die Leistung von Betreuungsgeld keine Kompensation dafür, dass ein Kleinkind keinen Platz in einer Betreuungseinrichtung erhält. Demgemäß haben Eltern auch dann einen Anspruch auf Zahlung von Betreuungsgeld, wenn ein Betreuungsplatz zwar vorhanden wäre, dieser jedoch nicht in Anspruch genommen wird [Rn. 41 f.].

Die angegriffenen Regelungen sind daher nicht nach Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich.

Möglicherweise sind die angegriffenen Regelungen aber zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse nach Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG erforderlich. Fraglich ist jedoch bereits, ob hierauf überhaupt abgestellt werden kann. Dagegen könnte sprechen, dass die Gesetzesbegründung die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung allein im Hinblick auf die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet thematisiert (und bejaht). Der Wortlaut des Art. 72 Abs. 2 GG verlangt allerdings lediglich, dass die jeweilige Regelung – objektiv – erforderlich ist. Er setzt hingegen nicht voraus, dass der Gesetzgeber die Erforderlichkeit unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die einschlägige Variante des Art. 72 Abs. 2 GG auch zutreffend darlegt. Das spricht dafür, dass sich die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung auch aus Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG ergeben kann. Für eine solche Sichtweise spricht auch die systematische Auslegung des Art. 72 Abs. 2 GG. Art. 70 ff. GG verhalten sich nämlich an keiner Stelle zu der Frage, in welchem Umfang und in welchem Rahmen der Gesetzgeber zu einer Begründung seines Regelungsanliegens verpflichtet ist. Von Verfassungs wegen genügt es daher, wenn sich im verfassungsgerichtlichen Verfahren ergibt,

dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG vorliegen [Rn. 33].

[Rn. 49] „Eine bundesgesetzliche Regelung ist zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich, wenn und soweit die mit ihr erzielbare Einheitlichkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen Voraussetzung für die Vermeidung einer Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen ist, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann [...]. Der Annahme, die angegriffene Bundesregelung sei zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich, steht bereits entgegen, dass sie zusätzliche vergleichbare Leistungen in einzelnen Ländern bestehen lässt, so dass eine Rechtsvereinheitlichung ohnehin nicht herbeigeführt wird [...].“

Die Regelungen sind daher nicht nach Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG erforderlich.

Möglicherweise ergibt sich die Erforderlichkeit der Regelungen jedoch aus Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG. Das ist der Fall,

[Rn. 49] „wenn und soweit sie Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik [sind], wenn also unterschiedliche Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich brächten [...]. Die Einführung eines Bundesbetreuungsgeldes war [jedoch] nicht Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik. Unterschiedliche Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder haben keine erkennbaren erheblichen Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich gebracht.“

Daraus folgt, dass die angegriffenen Regelungen auch nicht nach Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sind.

Zu erwägen bleibt schließlich, ob §§ 4a-4d BEEG möglicherweise deshalb iSd. Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich sind, weil sie in engem Zusammenhang mit dem Kinderförderungsgesetz stehen. Durch dieses wurde u. a. geregelt, dass einem Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres ein Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in der Kindertagespflege zusteht (vgl. § 24 Abs. 2 S. 1 SGB VIII), wobei der Gesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 iVm. Art. 72 Abs. 2 GG stützte. Dieser Gedanke ist jedoch unabhängig davon, ob im Hinblick auf das Kinderförderungsgesetz die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind, nicht tragfähig.

[Rn. 58] „Wenn der Bundesgesetzgeber nach Art. 72 Abs. 2 GG für die nach dem Kinderförderungsgesetz gewährten Leistungen von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der öffentlichen Fürsorge Gebrauch machen durfte, begründet dies [nämlich] nicht auch die Zulässigkeit des Kompetenzgebrauchs hinsichtlich des Betreuungsgeldes. Will der Bundesgesetzgeber verschiedene Arten von Leistungen der öffentlichen Fürsorge begründen, muss grundsätzlich jede Fürsorgeleistung für sich genommen den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG genügen. Allein die Verbindung mit einer Bestimmung, die bundesrechtlicher Regelung unterliegt, schafft demnach noch nicht den bundesrechtlichen Regelungsbedarf für eine Bestim-

mung, die für sich genommen nicht die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt.“

dd) Zwischenergebnis zur Verbandszuständigkeit des Bundes

Daraus ergibt sich, dass die Regelungen der § 4a-4d BEEG nicht erforderlich iSd. Art. 72 Abs. 2 GG sind. Das hat zur Folge, dass der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG keinen Gebrauch machen durfte.

b) Zwischenergebnis zur formellen Vereinbarkeit mit dem GG

§§ 4a-4d BEEG verstoßen daher gegen Art. 70 Abs. 1 GG und sind somit in formeller Hinsicht nicht mit dem GG vereinbar. Sie sind mithin mit dem GG unvereinbar.

2. Zwischenergebnis zur Begründetheit

Der Antrag der Landesregierung des Landes L ist damit begründet.

III. Gesamtergebnis

Das BVerfG wird dem Antrag daher stattgeben und gem. § 78 S. 1 BVerfGG aussprechen, dass §§ 4a-4d BEEG mit Art. 70 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig sind.

Abschließende Hinweise

1. Das BVerfG geht davon aus, es liege ein Verstoß gegen Art. 72 Abs. 2 GG vor und formuliert im Tenor daher, die angegriffenen Bestimmungen seien „mit Artikel 72 Absatz 2 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.“ Das ist dogmatisch nicht zutreffend. Die Rechtsfolge der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes – also die Zuständigkeit der Länder (vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 15) und damit zugleich die Verfassungswidrigkeit der §§ 4a-4d BEEG wegen mangelnder Verbandskompetenz des Bundes – ergibt sich allein aus Art. 70 Abs. 1 GG (vgl. *Rozek*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 70 Rn. 11). In der rechtlich gleich gelagerten Altenpflege-Entscheidung (Urteil vom 24.10.2002, 2 BvF 1/01, NJW 2003, 41, 41 ff.) stellte das BVerfG auf Art. 70, 74 Abs. 1 GG ab.

2. Das vom BVerfG gefundene Ergebnis (keine Kompetenz des Bundes) ist in der Sache richtig, in der Begründung allerdings zweifelhaft. Statt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes an Art. 72 Abs. 2 GG scheitern zu lassen, hätte es durchaus nahe gelegen, bereits die Einschlägigkeit von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu verneinen. Das hätte allerdings unweigerlich die Debatte darüber befeuert, ob nicht (auch) die Regelungen des Kindergeldrechts verfassungswidrig (so *Reimer*, NJW 2012, 1927 (1927 ff.)) sind. Ein Klausurbearbeiter kann sich jedoch – in jeder Hinsicht „gefahrlos“ – anders entscheiden als das BVerfG.

3. Die Betreuungsgeld-Entscheidung eignet sich als Aufgabe im Rahmen der Anfängerübung ebenso gut wie als Vorlage für eine Examensklausur. Letzteres beruht darauf, dass der Sachverhalt neben der vom BVerfG aus-

föhrlich erörterten Kompetenzproblematik auch grundrechtliche Dimensionen aufweist. Zur Vereinbarkeit der §§ 4a-4d BEEG mit den Grundrechten beschränkte das BVerfG sich auf die Feststellung, diese Frage bedürfe „keiner Antwort, weil die Bestimmungen wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz nichtig sind“ [Rn. 74] (zur grundrechtlichen Dimension des Betreuungsgeldgesetzes vgl. *Rixen*, NJW 2015, 3136 (3138 ff.); *Brosius-Gersdorf*, NJW 2013, 2316 (2318)).

4. Im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit dem gesetzgeberischen Anliegen, gleichwertige Lebensverhältnisse im Bundesgebiet herzustellen, greift das BVerfG seine in der Altenpflege-Entscheidung entwickelten Kriterien auf. Die Entscheidung zum Betreuungsgeld bestätigt, dass mit Art. 72 Abs. 2 GG „gravierende Einschränkungen“ (*Sachs*, JuS 2015, 1143 (1145)) einhergehen. Die vom BVerfG gefundenen Definitionen der unbestimmten Verfassungsbegriffe in Art. 72 Abs. 2 GG sollte daher nicht nur jeder Studierende bzw. Examenskandidat auswendig kennen – vielmehr sollte er sich auch darüber im Klaren sein, dass die Worte der Verfassung ernst zu nehmen sind. Dem Betreuungsgeld-Gesetzgeber fehlte es an dieser Einsicht.

Dr. Mario Leggio

Rechtsanwalt

Thümmel, Schütze & Partner, Stuttgart

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgericht Berlin

„Schmähhkritik“ vor türkischer Botschaft nicht erlaubt

Beschluss vom 14. April 2016, Az. 1 L 268.16

1. Für die Frage ob die Satire von *Böhmermann* noch dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) unterfällt, kommt es auch auf die Einbettung in einen „quasi-edukatorischen Gesamtkontext“ an.

2. Im Gegensatz dazu erfüllt die isolierte Zitierung des Gedichts die Voraussetzungen einer beleidigenden Schmähhkritik. Trotz der öffentlichen Diskussion über den Beitrag von Herrn *Böhmermann* wird ein unbefangener Dritter, der die mit Ziegenmasken auftretenden Versammlungsteilnehmer und die Texttafeln wahrnimmt, dies nicht als eine zulässige Form der Meinungsäußerung verstehen. In diesem Fall geht der Persönlichkeitsschutz der Meinungsfreiheit vor.

(Leitsätze der Bearbeiter)

A) Sachverhalt

Am 12. April 2016 meldete der Antragsteller für den 15. April 2016, 10 Uhr bis 13 Uhr, eine Versammlung gegenüber dem Grundstück der türkischen Botschaft in Berlin (Tiergartenstr. 19 - 21) an. Als Thema der Versammlung gab er „Ziegen-Demo gegen Beleidigung“ an und führte weiter aus, es sei eine „stille Demonstration mit künstlerischen Schrifttafeln“ geplant. Die erwartete Teilnehmerzahl bezifferte er mit zehn. Auf Nachfrage der Versammlungsbehörde ergänzte der Antragsteller, es sei geplant, dass die Teilnehmer der Kundgebung Ziegenmasken oder Kopftücher tragen und stillschweigend Schilder vor sich aufstellten. Auf den Schildern sollten Teile des Gedichts mit dem Titel „Schmähhkritik“ von ... abgedruckt werden. Welchen Inhalt die Tafeln haben werden und welche Textpassagen des Gedichts dort gezeigt werden sollen, gab der Antragsteller - trotz ausdrücklicher Aufforderung der Versammlungsbehörde - nicht an. Er konkretisierte sein Vorhaben nur insoweit, als er auf ca. fünf Schrifttafeln ungefähr 50% des Gedichttextes zitieren wolle und zumindest „alles was mit Ziegen zu tun hat“ präsentiert werden solle. Der Text des gesamten Gedichts lautet:

"Sackdoof, feige und verklemmt, / ist [...], der Präsident. / Sein Gelöt stinkt schlimm nach Döner, / selbst ein Schweinefurz riecht schöner. / Er ist der Mann, der Mädchen schlägt / und dabei Gummimasken trägt. / Am liebsten mag er Ziegen ficken / und Minderheiten unterdrücken, / Kurden treten, Christen hauen / und dabei Kinder pornos schauen. / Und selbst abends heisst's statt schlafen, / Fellatio mit hundert Schafen. / Ja, [...] ist voll und ganz, / ein Präsident mit kleinem Schwanz. / Jeden Türken hört man flöten, / die dumme Sau hat Schruppelklöten. / Von Ankara bis Istanbul / weiß jeder, dieser Mann ist schwul, / per-

vers, verlaust und zoophil - [...] Fritzl Priklopil. / Sein Kopf so leer wie seine Eier, / der Star auf jeder Gangbang-Feier. / Bis der Schwanz beim Pinkeln brennt, / das ist [...], der [...] Präsident."

Mit Bescheid vom 14. April 2016 machte der Antragsgegner die Durchführung der Versammlung von der Einhaltung der folgenden Auflage abhängig: "Das öffentliche Zeigen oder Rezitieren des Gedichts 'Schmähhkritik' von ... oder einzelner Textpassagen daraus wird untersagt. Ausgenommen hiervon ist die bloße Namensnennung des Titels 'Schmähhkritik'. Diese bleibt in Wort oder Schrift im Rahmen der Versammlung ausdrücklich erlaubt."

In der Bescheidbegründung wurde ausgeführt, das genannte Gedicht und einzelne Textpassagen daraus seien geeignet, den Anfangsverdacht einer Straftat nach § 103 StGB zu begründen. Außerdem hätten die Formulierungen einen grob ehrverletzenden Charakter. Zudem seien eine Beeinträchtigung der Würde und die Störung des Friedens der türkischen Botschaft zu besorgen. Diese habe nach Art. 22 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Vertretungen einen besonderen Schutzanspruch. Daneben ordnete der Antragsgegner die sofortige Vollziehung des Bescheides mit der Begründung an, die Durchführung der Versammlung würde zu einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit führen, der Ausgang eines eventuellen Rechtsstreites könne nicht abgewartet werden.

Am 14. April 2016 hat der Antragsteller einen Eilrechtsschutzantrag beim Verwaltungsgericht gestellt. Der Antragsteller beantragt sinngemäß, die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen den Auflagenbescheid vom 14. April 2016 wiederherzustellen. Der Antragsgegner beantragt sinngemäß, den Antrag abzulehnen.

B) Entscheidung

Der - unterstellt zulässige - Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 2. Alt. VwGO ist begründet, wenn sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung im öffentlichen Interesse (gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) als rechtswidrig erweist und / oder soweit das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse am Vollzug der getroffenen Regelung überwiegt.

I. Zweifel an der - formellen - Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung bestehen nicht. Die den Verwaltungsakt erlassende Behörde hat als die nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO zuständige Behörde auch die Anordnung seiner sofortigen Vollziehung erlassen. Dabei bedurfte es keiner vorherigen Anhörung iSv. von § 28 Abs. 1 LVwVfG, weil die Voll-

ziehungsanordnung als bloß verfahrensrechtlicher Nebenentscheidung mangels „Regelung“ keinen eigenständigen Verwaltungsakt iSv. § 35 S. 1 VwVfG darstellt und § 28 Abs. 1 LVwVfG ferner schon deshalb keine analoge Anwendung finden kann, weil es mit Blick auf die fehlende Bestandskraft der Vollziehungsanordnung jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenslage fehlt. Ferner erfolgte eine § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO Rechnung tragende einzelfallbezogene Darlegung des über das bloße Einzelinteresse hinausgehenden besonderen Vollzugsinteresses (Eilbedürftigkeit).

II. Zu prüfen ist nun, ob das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse am Vollzug der getroffenen Regelung überwiegt.

Dies ist der Fall, wenn sich der Verwaltungsakt bei summarischer Prüfung als rechtswidrig erweist und den Antragsteller in seinen Rechten verletzt, weil an der sofortigen Vollziehung von rechtswidrigen Verwaltungsakten kein öffentliches Interesse bestehen kann.

1. Fraglich ist danach zunächst, ob sich der Verwaltungsakt seinerseits als rechtmäßig erweist.

Für die Rechtmäßigkeit des belastenden Verwaltungsakts ist maßgeblich, ob dieser auf einer wirksamen Rechtsgrundlage beruht, die formellen wie materiellen Voraussetzungen für seinen Erlass gegeben sind und sich das behördliche Handeln innerhalb der von der Rechtsgrundlage vorgesehenen Rechtsfolge hält („Vorbehalt des Gesetzes“).

a) Als Rechtsgrundlage für die A gegenüber angeordnete Auflage kommt § 15 Abs. 1 VersG in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde „die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist“.

b) In formeller Hinsicht bestehen, da Zuständigkeit, Verfahren und Form gewahrt sind, keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Fraglich erscheint allein, ob die Auflage – ein Verbot von Meinungsäußerungen während der Versammlung – sich als materiell rechtmäßig erweist. Für die nach § 15 Abs. 1 VersG notwendige unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit wäre verlangt, dass sich eine Sachlage ergibt, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in aller nächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Es müsste also nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen mit größter Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, dass durch die Durchführung der Versammlung die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Unverletzlichkeit der Rechtsgüter des Einzelnen oder der Bestand des Staates und seiner Einrichtung und Veranstaltungen verletzt werden. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Rechtsordnung, die nach § 185 StGB auch den Straftatbestand der Beleidigung erfasst. Damit ist zu prüfen, ob das öffentliche Zeigen oder Rezitieren des Gedichts „Schmähhkritik“ oder ein-

zelner Textpassagen daraus als Beleidigung iSd. § 185 StGB zu werten ist. In diesem Zusammenhang führt das VG aus:

(Rn. 43ff.): *„Beleidigung i. S. d. § 185 StGB ist die Kundgabe von Nichtachtung oder Missachtung gegenüber einem anderen in der Weise, dass dem Betroffenen - sei es durch Äußerung eines herabsetzenden Werturteils unmittelbar diesem gegenüber, sei es durch Äußerung eines solchen in Bezug auf diesen einer dritten Person gegenüber - der ethische, personale und soziale Geltungswert ganz oder teilweise abgesprochen und dadurch dessen grundsätzlich uneingeschränkter Ehr- und Achtungsanspruch verletzt oder gefährdet wird [...]. Ob eine Äußerung beleidigenden Inhalt hat, ist allein nach deren durch Auslegung zu ermittelnden objektiven Sinngehalt zu bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, welche äußeren und nach außen erkennbar geworden inneren Umstände das Geschehen maßgeblich prägen, insbesondere sind die Anschauungen und sprachlichen Gebräuche der Beteiligten, die sprachliche und gesellschaftliche Ebene sowie die konkrete Situation, in der die Äußerung getätigt wurde, einzubeziehen. Maßstab für die vorzunehmende Auslegung ist, wie ein alle prägenden Umstände kennender unbefangener Dritter die Äußerung versteht. Auf die subjektive Sicht und Bewertung des Adressaten sowie auf nach außen nicht hervorgetretene Vorstellungen, Absichten und Motive des sich Äußernden kommt es nicht an [...].*

b) *Bereits bei der Prüfung und Bewertung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit der Beleidigung ist der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung Rechnung zu tragen. [...] Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sind Meinungen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird. Der Schutz des Grundrechts erstreckt sich auch auf die Form der Aussage. Eine Meinungsäußerung verliert den grundrechtlichen Schutz nicht dadurch, dass sie scharf oder verletzend formuliert ist. In dieser Hinsicht kann die Frage nur sein, ob und inwieweit sich nach Maßgabe von Art. 5 Abs. 2 GG Grenzen der Meinungsfreiheit ergeben [...].*

Nach Art. 5 Abs. 2 GG unterliegt die Meinungsfreiheit den Schranken, die sich aus den allgemeinen Gesetzen sowie den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und der persönlichen Ehre ergeben. Das erfordert in der Regel eine im Rahmen der Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Normen vorzunehmende fallbezogene Abwägung zwischen dem eingeschränkten Grundrecht und dem Rechtsgut, dem das grundrechtsbeschränkende Gesetz dient. Für diese Abwägung hat das Bundesverfassungsgericht einige Regeln entwickelt. Danach beansprucht die Meinungsfreiheit keineswegs stets den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz. Vielmehr geht bei Meinungsäußerungen, die als Formalbeleidigung oder Schmähung anzusehen sind, der Persönlichkeitsschutz der Meinungsfreiheit regelmäßig vor. Im Übrigen kommt es darauf an, welches Rechtsgut im Einzelfall den Vorzug verdient [...].

c) *Danach stellt die vom Antragsteller beabsichtigte Zitierung des Gedichts von ... eine Beleidigung dar. Hierbei bleibt ausdrücklich offen, ob die von ... selbst getätigten Äußerungen ihrer-*

seits einen Straftatbestand erfüllen oder wegen ihres Kontextes noch von der Meinungsfreiheit gedeckt sind. Entscheidend dürfte insoweit der Umstand sein, dass ... sein Gedicht in einen „quasi-educatorischen Gesamtkontext“ einbettet, um so die Grenzen der Meinungsfreiheit zu verdeutlichen [...].

Jedenfalls die isolierte auszugsweise Wiedergabe des Gedichts erfüllt die Voraussetzungen einer beleidigenden Schmähkritik. Trotz der öffentlichen Diskussion über den Beitrag von Herrn ... wird ein unbefangener Dritter, der die mit Ziegenmasken auftretenden Versammlungsteilnehmer und die Texttafeln wahrnimmt, dies nicht als eine zulässige Form der Meinungsäußerung verstehen. Denn es fehlt die distanzierende Einbettung in einen „quasi-educatorischen Gesamtkontext“, wie dies bei der Satire von ... erfolgt ist. Deshalb stellt sich das Gedicht bzw. Auszüge daraus nur als eine Aneinanderreihung abwertender Verunglimpfungen des türkischen Staatspräsidenten dar. Dies gilt insbesondere für die vom Antragsteller aufgrund der Masken und des angemeldeten Themas der Versammlung dem Staatspräsidenten unterstellten massiven sodomitischen Handlungen.

d) Für die versammlungsrechtliche Beurteilung eines Verhaltens, das zugleich einen Straftatbestand - hier den des § 185 StGB - verwirklicht, ist unbeachtlich, ob eine beleidigte Person ein persönliches Interesse hat, den Beleidiger bestraft zu sehen und deshalb einen Strafantrag stellt [...].“

Gemessen an den vorstehenden Erwägungen des VG erfüllt die von A angestrebte isolierte Wiedergabe des Gedichts die Voraussetzungen einer beleidigenden Schmähkritik und unterfällt demnach dem Straftatbestand des § 185 StGB. Daher ist nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung iSv. § 15 Abs. 1 VersG unmittelbar gefährdet. Die Auflage nach § 15 Abs. 1 VersG ist materiell nicht zu beanstanden.

c) Weiterhin sind im Rahmen der Rechtsfolge keine Fehler bei der Ermessensausübung (vgl. § 40 VwVfG / § 114 S. 1 VwGO) seitens der Behörde ersichtlich. Die Auflage stellt insoweit auch einen verhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte des A dar.

2. Da sich der Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung als rechtmäßig erwiesen hat, ist mangels gesetzgeberischer Wertung zu Gunsten der sofortigen Vollziehbarkeit, wie sie in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 VwGO zum Ausdruck kommt, im Falle einer Vollziehungsanordnung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung zu überprüfen. Dem Aussetzungsinteresse des Antragstellers ist trotz der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes der Vorzug zu gewähren, sofern ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der getroffenen Regelung im Einzelfall nicht besteht. Dazu das VG:

(Rn. 52): „[...] versammlungsrechtliche Verfügungen ergehen regelmäßig kurzfristig, weil die Gegenstände von Versammlungen häufig einen aktuellen Bezug haben und deshalb - wie vorliegend - mit einem geringen zeitlichen Vorlauf angemeldet werden. Entsprechend würden solche Anordnungen leer laufen, wenn sie durch einen Widerspruch bzw. eine Anfechtungsklage außer

Kraft gesetzt werden könnten. Da die Anordnungen im Zeitpunkt der Versammlung durchsetzbar sein müssen, drängt sich die Notwendigkeit einer sofortigen Vollziehung auf [...]. Insofern genügt es hier, dass der Antragsgegner in der Anordnung darauf hinweist, dass die Durchführung der Versammlung ohne Auflage zu einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit führen würde.“

Ein besonderes Vollzugsinteresse ist demnach gegeben und somit das Aussetzungsinteresse des Antragstellers als nachrangig einzustufen.

III. Die Sachentscheidungs Voraussetzungen liegen vor; der Antrag ist aber unbegründet.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des (noch einzulegenden) Widerspruchs hat keinen Erfolg.

C) Anmerkung

Das Gedicht „Schmähkritik“ von Jan Böhmermann darf bei einer Demonstration vor der türkischen Botschaft weder gezeigt noch rezitiert werden. Beachtlich in diesem Zusammenhang ist, dass das VG Berlin in seiner Entscheidung die versammlungsrechtliche Auflage zwar im Ergebnis bestätigt hat, ohne jedoch eine Aussage über die Strafbarkeit des Handelns von Böhmermann zu treffen.

Finn Mengler

Repetitor
KissAkademie

Lorenz Bode

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

► Inhaltsverzeichnis

Impressum

Redaktion

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

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

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

6. Jahrgang (2016)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
 E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

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

- 1/2012** | *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.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen