

### 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 (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

---

### BEITRÄGE

*Christian F. Majer*

Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB  
Bilanz und Reformfragen

*Patrick Christian Otto*

Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen  
der Einführung eines Familienwahlrechts

### KLAUSUREN

*Ralf Dietrich/Alexander Bechtel*

Strafrecht: „Bowling und andere Sünden“

*Arne Pautsch*

Öffentliches Recht: „Das verlorene Stipendium“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Eigentumsbeeinträchtigung durch Nutzungsausfall  
(Autobahnraststätte)

*BGH*

Kein Rückzahlungsanspruch bei schwarz gezahltem Werklohn

*BGH*

Notwehr: Rechtswidrigkeit des Angriffs bei hoheitlichem  
Handeln

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

### Beiträge

#### Christian F. Majer

Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB - Bilanz und Reformfragen

Seite ▶ 241

#### Patrick Christian Otto

Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts

Seite ▶ 245

### Klausuren

#### Ralf Dietrich/Alexander Bechtel

Examensklausur Strafrecht:  
„Bowling und andere Sünden“

Seite ▶ 250

#### Arne Pautsch

Examensklausur Öffentliches Recht:  
„Das verlorene Stipendium“

Seite ▶ 261

### Rechtsprechung Zivilrecht

#### BGH

Eigentumsbeeinträchtigung durch Nutzungsausfall  
(Autobahnraststätte)  
Urteil vom 09.12.2015 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 270

#### BGH

Kein Rückzahlungsanspruch bei schwarz gezahltem Werklohn  
Urteil vom 11.06.2015 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 273

#### BGH

Keine Haftung eines GmbH-Geschäftsführers bei Einzug  
sicherungsabgetretener Forderungen auf ein debitorisches Konto  
Urteil vom 23.06.2015 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 275

### Rechtsprechung Strafrecht

#### BGH

Notwehr: Rechtswidrigkeit des Angriffs bei hoheitlichem Handeln  
Urteil vom 09.06.2015 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 282

#### BGH

Zueignungsabsicht beim schweren Raub und Auslegung des  
Begriffs „gefährliches Werkzeug“  
Urteil vom 12.03.2015 (*Niels Kaltenhäuser*)

Seite ▶ 287

**Rechtsprechung**  
**Öffentliches Recht**

**BVerwG**

Verletzung des rechtlichen Gehörs durch überzogene  
Anforderungen an die Substantiierung  
Urteil vom 27.10.2014 (*Andreas Wax/Nikolas Winter*)

Seite ▶ 291

---

## EDITORIAL

---

Von der seit 2011 bestehenden Strafvorschrift über die Zwangsheirat (§ 237 StGB) sind vorwiegend Migranten aus bestimmten Kulturkreisen betroffen. Es ist daher denkbar, dass die Regelung in Anbetracht der gegenwärtigen Migrationssituation an Bedeutung gewinnen wird. Der **Beitrag** von *Majer* thematisiert daher die Vorschrift, indem er Stellung zu Reformüberlegungen bezieht und der Frage nachgeht, inwiefern eine wirksame Ehe voraussetzt wird.

Der **Beitrag** von *Otto* hat eine Frage des Verfassungsrechts, namentlich des Wahlrechts zum Gegenstand. Es geht darum, inwiefern die Einführung eines Familienwahlrechts mit dem Grundgesetz, insbesondere den Wahlrechtsgrundsätzen vereinbar wäre.

Die **Klausuren** in dieser Ausgabe sind zwar primär für Examenskandidaten von Interesse, können aber unter Zuhilfenahme von Literatur oder im Rahmen einer Lerngruppe auch von Anfänger gewinnbringend bearbeitet werden. Thematisch behandelt die Klausur von *Dietrich* und *Bechtel* zahlreiche examensrelevante Probleme des Strafrechts, während *Pautsch* ebenso klassische wie examensrelevante Probleme des Verwaltungsrechts thematisiert.

Auch die **Urteile** in diese Ausgabe behandeln zahlreiche examensrelevante Fragestellungen. Im Zivil- bzw. Gesellschaftsrecht sind das zum einen die „Klassiker“ Nutzungsausfallschaden und Rückzahlungsanspruch bei schwarz gezahltem Werklohn (*Forschner*) und zum anderen einige Fragen zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers (*Follner*). Im Strafrecht geht es um Rechtswidrigkeit eines Angriffes bei hoheitlichem Handeln (*Ernst*) und den Dauerstreit um die Begriffsbestimmung des „gefährlichen Werkzeugs“ beim Raub (*Kaltenhäuser*). Das Urteil aus dem Öffentlichen Recht wirft die Frage auf, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör durch überzogene Anforderungen an die Substantiierung verletzt werden kann (*Wax/Winter*).

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

**Dipl.-Jur. Sascha Sebastian**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Prof. Dr. Christian F. Majer\*

# Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB

## Bilanz und Reformfragen

### I. Einleitung: Begriff und Phänomen sowie Entwicklung seit Erlass der Norm

Seit 2011 existiert eine gesonderte Norm zur Strafbarkeit der Nötigung zur Eingehung einer Zwangsheirat, nämlich § 237 StGB. Das Interesse in der Wissenschaft seitdem steht in keinem Verhältnis zur Relevanz der Vorschrift in der Praxis: während in der Wissenschaft eine breite Diskussion und Darstellung der Vorschrift erfolgte,<sup>1</sup> spielte die Vorschrift in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Verurteilungen danach gab es nur sehr selten, Ausnahmen bestätigten die Regel.<sup>2</sup> Ermittlungsverfahren fanden auch nur wenige statt, in Berlin etwa im Jahr 2013 ganze vier, während es im Jahr 2012 11 waren.<sup>3</sup> Das dem Gesetzgeber bekannte Vollzugsdefizit - eine eigene Norm soll Durchsetzung in der Praxis stärken<sup>4</sup> - besteht damit nahezu unverändert weiter.

Die Zahl der erfolgten Zwangsehen in Deutschland ist unklar, ein genauer empirischer Befund fehlt.<sup>5</sup> Im Jahr 2010 schätzte der wissenschaftliche Dienst des Bundestages die Zahl auf mehr als 1000 Fälle pro Jahr in Deutschland.<sup>6</sup> Die Opfer waren überwiegend, aber nicht nur Frauen aus türkischem und kurdischem Kulturkreis.<sup>7</sup> Eine nähere kriminologische Darstellung des Phänomens würde jedoch den Rahmen der Darstellung sprengen und ist hier nicht vorzunehmen.<sup>8</sup>

### II. Die Regelung des § 237 StGB - Einzelfragen

#### 1. Begriff der „Ehe“

Zentrales Auslegungsproblem des § 237 StGB ist die Frage, ob die eingegangene Ehe nach Vorschriften des staatlichen Rechts wirksam sein muss. Die Frage hat erhebliche praktische Bedeutung, da seit der Abschaffung des Voraustrauungsverbots im Jahre 2009 rein religiöse Eheschließungen zulässig sind. Sie werden von den Betroffenen und ihrem Umfeld als wirksame

Eheschließung anerkannt, aus staatlicher Sicht handelt es sich jedoch um Nichtehe. Von der wohl überwiegenden Ansicht wird eine Einbeziehung von allein nach religiösen Vorschriften vorgenommenen Eheschließungen abgelehnt. Das bedarf genauerer Analyse.

#### a) Fehlende Zwangswirkung einer staatlichen Ehe

Eine Zwangsehe stellt einen erheblichen Eingriff in die Menschenrechte des Opfers dar. Gravierend wirken sich dabei die Folgen einer Ehe aus, sofern nach bestimmten religiösen oder kulturellen Normen ein Zwang zur Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen und die Verpflichtung zum Aufenthalt beim Ehegatten bestehen. Infolgedessen ist Schutzgut der Norm zwar unmittelbar nur die Eheschließungsfreiheit,<sup>9</sup> da diese genannten Folgewirkungen nicht tatbestandsmäßig sind, sondern sich unter Umständen aus außerrechtlichen Normen ergeben. Mittelbar jedoch betroffen sind daher häufig auch die sexuelle Selbstbestimmung sowie die Fortbewegungsfreiheit und auch wegen des erheblichen Eingriffs in die private Lebensführung das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder die Menschenwürde.

Da diese Folgewirkungen nicht auf staatlichen Normen beruhen, ist eine Differenzierung nach staatlich anerkannter und nur religiöser oder kultureller Ehe nur sinnvoll, wenn erstgenannter eine darüberhinausgehende Zwangswirkung zukommt. Das ist allerdings nicht der Fall. Eine staatlich wirksame Ehe entfaltet in Deutschland keine Zwangswirkung. Zwar kennt das deutsche Recht einen Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens nach § 1353 BGB. Er ist allerdings nicht vollstreckbar wegen § 120 III FamFG (früher § 888 III ZPO)<sup>10</sup> und spielt praktisch ohnehin keine Rolle, da jedem Ehegatten die jederzeitige Trennung möglich ist, ohne dass es eines Grundes bedarf.<sup>11</sup> Die Zwangswirkung einer Ehe beruht daher ausschließlich auf nichtstaatlichen Normen und deren Durchsetzung durch das familiäre Umfeld.<sup>12</sup>

#### b) Zwangsheirat und ausländisches Familienrecht

Die Beurteilung, ob eine wirksame Eheschließung vorliegt, kann zudem vom ausländischen Recht abhängen. Nach Art. 13 EGBGB bestimmt sich die Wirksamkeit einer Eheschließung nach dem Heimatrecht der Ehepartner. Allerdings gilt nach Art. 6 EGBGB, dass das ausländische Recht nicht anwendbar ist, wenn seine Anwendung zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem „ordre public“ offensichtlich unvereinbar ist. Das gilt

\* Der Autor ist Inhaber einer W2-Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg

<sup>1</sup> Siehe etwa Haas, JZ 2013, 72 ff.; Valerius, JR 2011, 430 ff.; Letzgas, FPR 2011, 451 ff.; Eisele/Majer, NStZ 2011, 546 ff.; Sering, NJW 2011, 2161 ff.; Fadlalla, FPR 2011, 449 ff.; Kaiser, FamRZ 2013, 77 ff.; Bülte/Becker, JA 2013, 7 ff.; Kubik/Zimmermann, JR 2013, 192 ff.

<sup>2</sup> Siehe märkische Allgem. vom 1.12.2014: Urteil des AG Potsdam zu 1 Jahr Freiheitsstrafe auf Bewährung

<sup>3</sup> <http://www.tagesspiegel.de/berlin/polizei-justiz/von-berlin-nach-bangladesh-berliner-polizei-ermittelt-wegen-zwangsheirat-von-19-jaehriger/11082156.html>, Abruf am 29.12.2014

<sup>4</sup> BT-DruckS 17/1213.

<sup>5</sup> Haas, JZ 2013, 72 (73).

<sup>6</sup> Wiss. Dienst des Dt. Bundestages

<http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2010/zwangsheirat.pdf>.

<sup>7</sup> Schönke/Schröder/Eisele, § 237, Rn. 3.

<sup>8</sup> Siehe dazu etwa Haas, JZ 2013, 72 ff. und die eingehende Untersuchung von Yerlikaya, Zwangsehen - eine kriminologisch-strafrechtliche Untersuchung, Baden-Baden, 2012, insbes. S. 86 ff.

<sup>9</sup> Schönke/Schröder/Eisele, § 237, Rn. 4; Sonnen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 237, Rn. 7; Lackner/Kühl, StGB, § 237, Rn. 2.

<sup>10</sup> Eisele/Majer, NStZ 2011, 546 (550).

<sup>11</sup> Ähnlich Roth, in: MüKo-BGB, § 1353, Rn. 52.

<sup>12</sup> Für eine schutzzweckorientierte Betrachtung auch Letzgas, FPR 2011, 451 (456); Schumann, JuS 2011, 789; Valerius, JR 2011, 430 (433).

beispielsweise nach überwiegender Ansicht für gewisse Formen der Stellvertretung in der Ehe, wenn nämlich der Stellvertreter einen Entscheidungsspielraum hat. Diese Form der Stellvertretung in der Ehe ist etwa – der klassischen islamischen Tradition folgend – im Iran oder in Pakistan gebräuchlich, sofern es sich beim Stellvertreter um den Vater oder Großvater als Vormund („Wali mudschbir“) handelt. Die Ehe ist hier wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Ehe nicht anzuerkennen.<sup>13</sup> Aus deutscher Sicht handelt es sich dann um eine Nichtehe. Wäre für die Anwendung des § 237 StGB eine wirksame Ehe erforderlich, unterfielen entsprechende Ehen nicht dem Tatbestand des § 237 StGB. Das ist umso gravierender, als gerade derartige Ehen anfälliger für eine Zwangsehe sind, da der fehlende Wille des Ehegatten unbemerkt bleibt. Zwar ist eine Eheschließung im Inland in dieser Form nicht möglich, betroffen wäre jedoch der Tatbestand der Heiratsverschleppung nach § 237 II StGB.

Daher muss auch in diesen Fällen das Merkmal der Ehe nach § 237 StGB bejaht werden.<sup>14</sup>

Nichts Anderes muss aber gelten, wenn die Ehe nach dem ausländischen Recht als nichtig angesehen wird. Wird daher jemand zu einer Eheschließung genötigt und diese vom maßgeblichen ausländischen Recht etwa wegen Verstoßes gegen das Bigamieverbot als nichtig angesehen,<sup>15</sup> so würde diese Zwangsheirat nicht dem Tatbestand des § 237 StGB unterfallen. Für die Zwangswirkung einer in Deutschland gelebten Ehe ist das allerdings ohne jede Bedeutung. Im Hinblick auf den Schutzzweck des § 237 StGB kann es auf die Entscheidung des ausländischen Rechts, welche in Deutschland ohnehin im Fall des Art. 6 EGBGB nicht anerkannt würde, nicht ankommen.

### c) Einheitlicher Begriff der Ehe

Von der herrschenden Meinung wird zur Begründung des Wirksamkeitserfordernisses nach staatlichem Recht häufig auf den einheitlichen Begriff der Ehe in der Rechtsordnung verwiesen; in anderen Bestimmungen des StGB sowie im BGB sei unter Ehe nur die als staatlich wirksam angesehene gemeint.<sup>16</sup> Das bedarf ebenfalls der näheren Prüfung.

### aa) Zivilrechtsakzessorietät der strafrechtlichen Begriffe

Ob Begriffe im StGB grundsätzlich ebenso verstanden werden müssen wie im Falle ihrer Verwendung im Zivilrecht, ist generell umstritten<sup>17</sup> und mit Hinweis auf unterschiedliche Schutzzwecke des Zivilrechts und des Strafrechts jedenfalls nicht als allgemeines Prinzip anzuerkennen. Wenn es maßgeblich auf

den Schutzzweck ankommt, ist auch hier eine Differenzierung zwischen dem strafrechtlichen und dem zivilrechtlichen Ehebegriff angebracht. Der zivilrechtliche Ehebegriff ist maßgeblich für die Rechtswirkungen einer Ehe, wie etwa Güterrecht, Unterhalt sowie die Folgen für gemeinsame Kinder. § 237 StGB will allerdings die mit einer Ehe verbundenen Zwangswirkungen erfassen; sie ergeben sich nicht aus dem staatlichen Recht, sondern aus außerrechtlichen Normen und deren Durchsetzung durch das soziale Umfeld.<sup>18</sup> Sie knüpfen an eine Eheschließung an, setzen ihre staatliche Wirksamkeit aber nicht voraus. Sinn und Zweck des § 237 StGB gebieten daher eine vom BGB abweichende Auslegung des Begriffs der Ehe.

### bb) Die Strafbarkeit der Doppelsehe nach § 172 StGB

Allerdings kennt auch das StGB den Begriff der Ehe bereits in anderen Zusammenhängen, nämlich in § 172 StGB. Die Eingehung einer Ehe ist strafbar, wenn einer der Ehepartner bereits verheiratet ist. Unter Ehe i.S.d. § 172 StGB wird allgemein nur die nach staatlichem Recht wirksame Ehe geschützt; dem ist zuzustimmen, Schutzgut des § 172 StGB ist nämlich die Ehe als Institut. Diese ist jedoch bei § 237 StGB gerade nicht geschützt, Schutzgut ist vielmehr die negative Eheschließungsfreiheit als Recht, eine Ehe nicht einzugehen.<sup>19</sup> Auch hier gebieten unterschiedliche Schutzzwecke daher eine unterschiedliche Auslegung.

### cc) Der verfassungsrechtliche Ehebegriff des Art. 6 I GG

Die Ehe, die nach Art.6 I unter dem Schutz der Verfassung steht, wird definiert als „auf Dauer angelegtes Zusammenleben von Mann und Frau in einer umfassenden grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft mit einer formalisierten, auf gegenseitigem Konsens beruhenden Eheschließung“. Danach kommt es bei einer Zwangsehe auf einen formalisierten Akt an, der nicht notwendigerweise staatlich sein muss. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht einer Sinti-Ehe den Schutz von Art.6 I GG versagt.<sup>20</sup>

Diese Entscheidung ist jedoch für die hier interessierende Frage nicht maßgeblich. Erstens thematisiert die Entscheidung eine Nebenklageberechtigung nach § 374 StPO für eine Sinti-Ehe und damit die Anerkennung von Eheprivilegien. Zweitens müssen verfassungsrechtlicher und strafrechtlicher Ehebegriff ebenso wenig identisch sein wie der strafrechtliche zum zivilrechtlichen. Immerhin ist auch in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, dass eine hinkende Ehe – eine nach deutschem Recht unwirksame, nach ausländischem Recht jedoch wirksame Eheschließung – dem Schutz der Art.6 I GG unterfallen kann.<sup>21</sup> Verfassungsrechtlicher und zivilrechtlicher Ehebegriff sind also nicht identisch, warum sollte dann eine Identität zwischen verfassungsrechtlichem und strafrechtlichem zwingend sein?

### d) Zwangsehe und Abschiebungsschutz

Eine im Heimatland drohende Zwangsehe begründet nach der Rechtsprechung Abschiebeschutz nach § 60 Aufenthaltsgesetz

<sup>13</sup> Eisele/Majer, NStZ 2011, 546 (550); AG Gießen StAZ 2001, 39; Blumenwitz, in Staudinger, BGB, 2003, Art. 6 EGBGB, Rn 120; Rohe StAZ 2006, 93, 99; „eine Art Handel mit Menschen“. Differenzierend hingegen Andrae, NK-BGB, Art.13, Rn. 144.

<sup>14</sup> Ebenso Haas, JZ 2013, 72 (79); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 237 Rn. 13.

<sup>15</sup> Siehe BGH NJWE-FER 2001, 116 (zum türkischen Recht); LG Hamburg 1990, 280 zum philippinischen Recht (verneinend allerdings zu einer Strafbarkeit nach § 171 StGB).

<sup>16</sup> So etwa Kaiser, FamRZ 2013, 77 (86); Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht, S. 504 f.

<sup>17</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Problem würden den Rahmen sprengen, siehe etwa dazu Wittig, in: BeckOK-StGB, § 266 Rn. 17.1 (für § 266 StGB); Radke, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 266a, Rn. 10 f. (für § 266a StGB).

<sup>18</sup> Siehe soeben.

<sup>19</sup> Siehe oben unter 1a).

<sup>20</sup> BVerfG NJW 1993, 3316.

<sup>21</sup> Siehe etwa BVerfG NJW 1983, 511.

als nichtstaatliches Verfolgungshindernis.<sup>22</sup> Dabei wird nicht differenziert danach, ob diese Ehe nach deutschem Recht oder nach dem ausländischen Recht wirksam wäre – mit Recht, die Zwangswirkung und die daraus folgende Unzumutbarkeit sind dieselben. Die Rechtsordnung kennt somit eine einheitliche, am Schutzzweck orientierte Beurteilung aller Zwangsehen, wenn auch in anderem Zusammenhang.

In speziellem ausländerrechtlichen Zusammenhang steht § 237 StGB nicht.<sup>23</sup> Die Regelung gilt nicht nur für Ausländer. Zwar sind meist Menschen mit Migrationshintergrund betroffen, die Staatsangehörigkeit der Beteiligten ist aber irrelevant. Zudem lässt sich das Problem der Zwangsheirat nicht auf den reinen Heiratsimport verkürzen; betroffen sind auch Menschen, die in Deutschland geboren und aufgewachsen sind.

Richtig ist zwar, dass eine rein religiöse Ehe keinen Aufenthaltstitel nach §§ 28 ff. AufenthG begründet.<sup>24</sup> Im Fall des § 237 StGB ist aber nicht der Schutz der Ehe als Institut betroffen. In anderem Zusammenhang, nämlich bei der Bewertung einer drohenden Zwangsheirat als nichtstaatlicher Verfolgung, differenziert das Ausländerrecht wie soeben dargelegt nicht zwischen wirksamer oder unwirksamer Eheschließung.

#### e) Grenzen des Wortlauts

Immer wieder wird auch die Ansicht geäußert, eine Einbeziehung der nach staatlichem Recht unwirksamen Ehen sprengte die Grenzen des Wortlauts und verstoße somit gegen Art. 103 II GG.<sup>25</sup>

Der allgemeine Sprachgebrauch setzt das aber nicht zwingend voraus, häufig wird die religiöse Eheschließung als die maßgebliche angesehen.<sup>26</sup> Auch die Rechtsordnung kennt, wie soeben dargelegt, verschiedene Begriffe der Ehe. Eine Vorabfestlegung auf einen bestimmten Ehebegriff sollte also nicht vorgenommen werden und es ist kein Verstoß gegen Art. 103 II GG, auch die nach staatlichem Recht unwirksame Ehe als eine Ehe im Sinne des § 237 StGB anzusehen.

#### f) Reformvorschlag

Dennoch scheint angesichts der divergierenden Stimmen in der Literatur eine Klarstellung aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll. Fraglich ist nur, wie diese formuliert werden sollte. Gefordert wird eine Einbeziehung von eheähnlichen Gemeinschaften.<sup>27</sup> Eine Formulierung „Ehe oder eheähnliche Gemeinschaft“ würde jedoch schwierige Abgrenzungsprobleme hin zu Tatbeständen wie sexueller Nötigung und Menschenhandel aufwerfen. Zwangsehen unterscheiden sich von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ja auch dadurch, dass erstere von den Betroffenen oder dem Umfeld als wirksame Eheschließung angesehen werden. Besser wäre daher die For-

mulierung „Ehe, welche nach staatlichen, religiösen oder kulturellen Normen als wirksam angesehen wird“. Damit ist klargestellt, dass es Normen geben muss, welche die Eheschließung als eine solche kennzeichnen müssen, diese allerdings nicht staatlicher Art sein müssen.

#### 2. Einbeziehung der Nötigung zur Unterlassung einer Ehe

Verschiedentlich wird gefordert, die Strafbarkeit auf die Nötigung zum Unterlassen einer Eheschließung zu erstrecken.<sup>28</sup> Richtig daran ist, dass die Nötigung zum Unterlassen einer Eheschließung wie sexueller Handlungen überhaupt ein lange vernachlässigtes Thema ist und hier gesteigertes Problembewusstsein und Verfolgungsdruck in der Praxis dringend vonnöten sind. Allerdings sind diese Taten hinsichtlich ihres Unwertgehaltes dennoch nicht vergleichbar mit der Nötigung zur Eingehung einer Zwangsheirat. Schließlich ist auch die Nötigung zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung von grundlegend anderem Unwertgehalt wie die Nötigung zur Unterlassung derselben. Eine Gleichstellung im Tatbestand des § 237 StGB ist also nicht veranlasst, die Strafbarkeit nach § 240 StGB ist ausreichend.

#### 3. Erweiterung auf Auslandstaten

Die Strafbarkeit der Heiratsverschleppung nach § 237 II StGB setzt voraus, dass das Opfer mit Nötigungsmitteln oder mit List ins Ausland zum Zwecke der Zwangsverheiratung verbracht wurde. Nicht tatbestandsmäßig ist danach eine Verheiratung im Ausland, wenn der Entschluss dazu noch nicht im Bundesgebiet gefasst wurde oder die Einreise von einem anderen Staat aus erfolgt.<sup>29</sup> Insbesondere dürfte ein Entschluss zur Verbringung ins Ausland zum Zwecke der Zwangsverheiratung schwer nachzuweisen sein, wenn diese wie so oft im Rahmen eines gemeinsamen Urlaubs im Land der Verwandten erfolgt. Man sollte daher die Straftat des § 237 StGB in den Katalog des § 6 StGB aufnehmen, sodass die Norm auch für im Ausland begangene Taten gilt.<sup>30</sup>

#### 4. Einbeziehung der Nötigung zur Aufrechterhaltung der Ehe

Gefordert wird außerdem, die Nötigung zur Aufrechterhaltung einer Ehe mit einzubeziehen.<sup>31</sup>

Wenn die Heirat selbst freiwillig erfolgte, das Opfer jedoch mit Nötigungsmitteln von der Trennung abgehalten wird, ist der Tatbestand nicht verwirklicht. Der spezifische Unwertgehalt des § 237 StGB gründet sich in der Tat nicht auf den Hochzeitsvorgang, sondern auf die Folgen einer Ehe.<sup>32</sup> Deswegen steht die Nötigung zur Aufrechterhaltung einer Ehe der Nötigung zur Eingehung derselben gleich und sollte auch im Gesetz mit umfasst sein. Die Formulierung sollte also sein „zur Eingehung oder Aufrechterhaltung einer Ehe“. Diese Einbeziehung würde wahrscheinlich auch zu einer verbesserten Verfolgung

<sup>22</sup> Siehe etwa VG Potsdam, BeckRS 2012, 59151; VG Köln, BeckRS 2013, 50222; VG Augsburg, BeckRS 2013, 54676; VG Ansbach, BeckRS 2010, 34748.

<sup>23</sup> A.A. *Bülte/Becker*, ZIS 2012, 61 (63).

<sup>24</sup> Siehe etwa OVG Berlin-Brandenburg, NJW 2014, 2665 (2666).

<sup>25</sup> So etwa LK-Kudlich, § 237, Rn. 21; NK-Sonnen, § 237, Rn.25; Eger, Freilaw 4/2014, <http://www.freilaw.de/strafrecht-und-kultur-im-konflikt/1686> (Abruf am 5.2.2015).

<sup>26</sup> *Valerius*, JR 2011, 430 (433); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 237 Rn. 14; *Letzhus*, in: Dölling, ua, das Gesamte Strafrecht, § 237 StGB Rn. 12.

<sup>27</sup> So etwa vom Deutschen Juristinnenbund,

[http://www.djb.de/static/common/download.php/savepm/2749/st11-02\\_Zwangsheirat.pdf](http://www.djb.de/static/common/download.php/savepm/2749/st11-02_Zwangsheirat.pdf) (Abruf am 8.5.2015).

<sup>28</sup> So etwa *Kubik/Zimmermann*, JR 2013, 192 (195); Fischer, StGB, § 237, Rn.14. Unklar bleibt allerdings, ob es sich tatsächlich um eine Forderung handelt oder nur um ein Mittel, die Existenz des § 237 StGB zu kritisieren und der Norm Widersprüchlichkeit vorzuwerfen.

<sup>29</sup> *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (551).

<sup>30</sup> Siehe *Eisele/Majer*, NSTZ 2011, 546 (551 f.).

<sup>31</sup> So *Yerlikaya*, S. 201.

<sup>32</sup> *Yerlikaya*, S. 226.

beitragen, schließlich werden Nötigungsmittel oft kumulativ sowohl zur Eingehung wie auch zur Aufrechterhaltung der Ehe angewandt, und daher könnte die Einbeziehung helfen, wenn die Nötigung zur Eingehung der Ehe nicht nachweisbar ist, jedoch die zu ihrer Aufrechterhaltung.

### 5. Einbeziehung der arrangierten Ehe

Noch weitaus häufiger als die Zwangsehe ist die sogenannte arrangierte Ehe. Bei dieser wird die Ehe nicht mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel erzwungen, sondern lediglich unter Auswahl des Ehepartners durch Verwandte (meistens die Eltern) in die Wege geleitet und organisiert.

Hingewiesen wird zu Recht darauf, dass soziologisch eine scharfe Abgrenzung nicht möglich ist.<sup>33</sup> Allerdings folgt daraus noch nicht, dass auch die arrangierten Ehen in den Tatbestand einbezogen werden müssen. Die bloße Organisation unter Auswahl eines Ehepartners mag fragwürdig sein, sie steht in ihrem Unwertgehalt einer Willensbeugung unter Androhung von Gewalt oder empfindlicher Übel aber nicht gleich. Zur Abgrenzung dient im Gesetz die aus § 240 StGB bekannte Verwerflichkeitsklausel nach § 237 I 2 StGB, wonach die Rechtswidrigkeit nur vorliegt, wenn die Anwendung der Nötigungsmittel als verwerflich anzusehen sind. Die Fassung des Tatbestands ist insoweit missglückt, dass die Anwendung von Gewalt stets als verwerflich anzusehen ist und dieses Merkmal daher entfernt werden müsste. Allerdings gilt das nicht für die Drohung mit einem empfindlichen Übel. Als empfindliches Übel kann bereits der Kontaktabbruch („Verstoßung“) oder eine Enterbung angesehen werden; sie können der Anwendung von oder der Drohung mit Gewalt aber nicht gleichgestellt werden, zumal Eltern nicht zur Aufrechterhaltung des Kontakts mit ihren Kindern gezwungen werden können. Die Verwerflichkeitsklausel sollte daher nicht gestrichen werden, lediglich das Merkmal „Anwendung von Gewalt“ sollte modifiziert werden: statt „Anwendung von Gewalt“ muss es heißen „wenn Gewalt angewandt oder angedroht oder...“. Damit ist klargestellt, dass jede Anwendung oder Androhung von Gewalt zur Bejahung der Rechtswidrigkeit ausreicht.

### III. Islamisches Recht und Zwangsehe

Die meisten Zwangsehen betreffen Migranten aus islamischen Ländern, welche auch weit überwiegend islamischer Religionszugehörigkeit sind.<sup>34</sup> In der politischen Debatte werden Zwangsehen oftmals pauschal dem Islam zugeordnet, manchmal wird aber ebenso pauschal jeder Bezug zum Islam verneint. Überwiegend wird eine Billigung der Zwangsheirat durch das islamische Recht verneint.<sup>35</sup> Meist wird nach der Überlieferung eines Ausspruchs von Mohammed die Einholung des Willens der Braut gefordert,<sup>36</sup> allerdings gilt deren Schweigen als Zustimmung. Die Formen der Eheschließung nach dem klassischen islamischen Recht, nämlich das Fehlen eines Standesbe-

amten sowie die Stellvertretung im Willen bei Eheschließung<sup>37</sup> erschweren eine Bekämpfung einer Zwangsheirat, da ein entgegenstehender Wille eines Ehepartners kaum feststellbar ist; das betrifft vor allem Staaten, in denen diese Form der Eheschließung nach wie vor praktiziert wird.

Ein die Zwangsehe begünstigender Faktor ist zudem die Endogamie (Gebot, innerhalb der eigenen Gemeinschaft zu heiraten), welche auch bei den Yeziden bekannt ist.<sup>38</sup> Wenn im klassischen islamischen Recht eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ebenso wie die Ehe mit einem Nichtmuslim als unwirksam<sup>39</sup> bzw. strafbar angesehen wird, liegt eine Förderung der Zwangsheirat nahe, sofern es sich bei der Bevölkerungsmehrheit um eine nichtmuslimische handelt, wie es in den Staaten Europas überwiegend der Fall ist.

Letztlich ist die Klärung dieser Frage keine Aufgabe der Rechtswissenschaft. Relevant ist nur, ob die Nötigung zur Zwangsehe durch die Religionsfreiheit geschützt ist. Diese Frage ist klar zu verneinen, Art. 4 I GG verleiht nicht das Recht, andere zu zwingen, nach den Geboten der eigenen Religion zu leben. Zudem schützt Art. 4 I GG nur Gebote einer Religion, die religiöse Erlaubtheit des Verhaltens genügt nicht.

Relevanz gewinnt die Frage, ob der Islam Zwangsehen erlaubt oder nicht, aber für die Bekämpfung dieser Vorfälle: da ein überwiegender Konsens besteht, dass dem nicht so ist, dürfte einer effektiven Bekämpfung jedenfalls im Hinblick auf die Religion nichts entgegenstehen.

### IV. Ausblick

Die effektive Bekämpfung von Zwangsehen ist von Rechts wegen dringend geboten, schließlich ist der Staat verpflichtet, die Grundrechte der Opfer, die hier in hohem Maße betroffen sind, zu schützen. Die Behörden sind aufgerufen, diesen Schutzauftrag ernst zu nehmen und entsprechende Verfahren auch einzuleiten. Allerdings ist die nur rudimentär ausgeprägte Verfolgung nicht alleine den Behörden anzulasten. Maßgeblich ist dabei auch das Verhalten der Opfer; oftmals erstatten diese wegen ihrer Erziehung zur Loyalität ihren Eltern gegenüber keine Anzeige<sup>40</sup>, sodass überhaupt nur wenige Fälle zur Kenntnis gelangen und mit einem hohen Dunkelfeld zu rechnen ist. Im Fokus der Bekämpfung der Zwangsehen sollte neben der Strafverfolgung auch die Prävention und die Aufklärung, gerade auch der betroffenen Kreise, stehen. Nicht akzeptabel ist es jedenfalls, eine Strafnorm zu schaffen, deren Bedeutung sich auf das Symbolische beschränkt. Auch wenn künftig nach wie vor nur ein kleiner Teil der Zwangsehen bekämpft oder verhindert werden kann, müssen im Hinblick auf die Rechte gerade dieser Betroffenen verstärkte Anstrengungen in diese Richtung unternommen werden.

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>33</sup> Yerlikaya, S.213; Letzgus, aaO, Rn.7; Valerius, in: Beck-OK StGB § 237, Rn.3.

<sup>34</sup> Haas, JZ 2013, 72 (74) m. Belegen aus div. Studien.

<sup>35</sup> Büchler, Festschrift Bruder Müller, 2014, 61, 63; Fadlalla, FPR 2011, 449, 451. Allerdings wurde im klassischen islamischen Recht die Zwangsverheiratung unter bestimmten Voraussetzungen als rechtmäßig angesehen, vgl. Rohe, Das islamische Recht, S.84.

<sup>36</sup> Fadlalla, aaO.

<sup>37</sup> Rohe, Das islamische Recht, S. 84.

<sup>38</sup> Yerlikaya, S.57.

<sup>39</sup> Rohe aaO (Fn. 37).

<sup>40</sup> Yerlikaya, S. 227.



## BEITRAG

Stud.-Jur. Patrick Christian Otto\*

## Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts

Das Familienwahlrecht ist eine sehr populäre und aktuelle politische Forderung, die auch die Medienlandschaft zunehmend beschäftigt. Neben der politischen Frage, ob ein solches Familienwahlrecht einer höheren Wahlbeteiligung zuträglich ist, stellen sich zuvorderst verfassungsrechtliche Fragen, die auch für das Grundstudium und die Examensvorbereitung relevant sind. Der folgende Beitrag gibt daher einen Überblick zur aktuellen Rechtslage und untersucht, ob das Familienwahlrecht durch einfachgesetzliche Änderung oder Verfassungsänderung einführbar wäre. Ferner wird eine Verknüpfung zum aktuellen politischen Tagesgeschehen hergestellt. Es wird hierbei von dem Modell ausgegangen, dass die Eltern für ihre noch nicht wahlberechtigten Kinder eine zusätzliche Stimme abgeben können (sog. Treuhänder- bzw. Stellvertreterwahlrecht).

### I. Einleitung

„Kinder sollen eine stärkere Stimme in der Politik haben“ – mit diesen Worten aus einem Interview von der Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend *Manuela Schwesig* mit der „Rhein-Neckar-Zeitung“ vom 20.11.2014 wurde das Familienwahlrecht erneut in den politischen Fokus gebracht.<sup>1</sup> Angesichts der zunehmenden Vergreisung des Volkes wird damit das Ziel verfolgt, die ca. 13 Millionen Minderjährigen in Deutschland<sup>2</sup> stärker an der politischen Willensbildung zu beteiligen, auch mit Blick auf ihre konsensstiftende Kraft.<sup>3</sup> Sekundär soll mithilfe des Familienwahlrechts auch eine eigene Familienlobby erzeugt werden, die ein Gegengewicht zu der in den letzten Jahren und Jahrzehnten immer stärkeren Wirtschaftslobby bildet. Wenngleich diese Ziele zunächst logisch und nachvollziehbar erscheinen, sorgte das Familienwahlrecht immer wieder für Zündstoff im Parlament. Zuletzt schieden sich die Geister hieran im Jahr 2003, als ein gemeinsamer Antrag von 46 Abgeordneten von SPD, FDP und Grünen zur Änderung des Wahlrechts zugunsten von Familien keine Mehrheit im Parlament fand,<sup>4</sup> wobei die Forderung seinerzeit vor allem von Familien- und Sozialverbänden vorgebracht wurde. Schon damals war absehbar, dass eine Stärkung des Wahlrechts zugunsten von Familien in politisch-gesellschaftlicher

Hinsicht zu sehr kontroversen Meinungen führt.<sup>5</sup> Mit der Ablehnung des Antrags galt es wiederum zunächst als geklärt, dass es nicht zu einer Einführung des Familienwahlrechts kommen wird. Durch den neuerlichen Vorstoß *Schwesigs* erfährt diese Idee gleichwohl eine politische Rekonvaleszenz. Neben der nun anscheinend wieder aufkeimenden Diskussion, ob ein solches Vorhaben politische Mehrheiten im Bundestag findet, muss jedoch in erster Linie juristisch geklärt werden, ob das Familienwahlrecht überhaupt verfassungsgemäß ist und damit nicht, wie so viele Ideen in der Politik, im Recht seine Grenzen erfährt. Bereits an dieser Stelle sei vorweggeschickt, dass auch hierzu die Meinungen stark divergieren.<sup>6</sup>

### II. Einführung eines Familienrechts durch einfachgesetzliche Änderung

Eine erste Möglichkeit, das Familienwahlrecht einzuführen, ist eine einfachgesetzliche Änderung des Bundeswahlgesetzes, wobei die Verfassung in der jetzigen Form erhalten bliebe. Freilich verfügt der Gesetzgeber hierbei über einen weiten Gestaltungsspielraum, der aber nur die Ausfüllung des verfassungsrechtlichen Rahmens und nicht davon abweichende Regelungen gestattet.<sup>7</sup> Dennoch sind vor allem die Wahlrechtsgrundsätze wegen Art. 38 I 1 GG für Bundestagswahlen und wegen der Homogenitätsklausel des Art. 28 I 2 GG für die Wahlen zu den Landtagen und Vertretungen der Gemeinde und Kreise verbindlich. Gegen eine solche einfachgesetzliche Lösung werden gerade aufgrund von Art. 38 GG zahlreiche Einwände erhoben.

#### 1. Allgemeinheit der Wahl (Art. 38 I 1 Var. 1 GG)

Nukleus des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl ist, dass es dem Gesetzgeber untersagt ist, Staatsbürger<sup>8</sup> ohne sachlichen Grund von der Teilnahme an der Wahl auszuschließen. Davon ist insbesondere auch das Verbot umfasst, bestimmten Bevölkerungsgruppen aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen die Ausübung ihres Wahlrechts zu verweigern, sodass jeder sein Wahlrecht in gleicher Weise ausüben kann.<sup>9</sup> Dieser Wahlrechtsgrundsatz stellt daher eine konkrete Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover und dort studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht (Prof. Dr. Volker Epping) sowie am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft (Prof. Dr. Veith Mehde, Mag. rer. publ.).

<sup>1</sup> Das Interview mit Ministerin *Schwesig* findet sich im freien Zugriff auf der Internetseite des BMFSFJ (<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/aktuelles,did=211726.html>). Abruf am 26.08.2015.

<sup>2</sup> Vgl.

<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/197783/umfrage/minderjaehrige-kinder-in-deutschland/>. Abruf am 26.08.2015.

<sup>3</sup> *Hattenhauer* sieht hierin das wesentliche Ziel bei einer Ausweitung des Kreises der Wahlberechtigten, siehe *Hattenhauer*, JZ 1996, 9 (12).

<sup>4</sup> BT-Drs. 15/1544 und Plenarprotokoll 15/102, S. 9269 ff.

<sup>5</sup> becklink 1035871.

<sup>6</sup> Instruktiv hierzu etwa *Hattenhauer*, JZ 1996, 9 (15 f.); *Reimer*, ZParl 2004, 323 ff.; *Wernsmann*, Der Staat 2005, 43 ff.; *Bienko*, ZRP 2009, 252 ff. Zum Meinungsstand in den 70-er Jahren, als dieses Thema erstmals aufkeimte, siehe *Löw*, Politische Studien 25 (1974), 19 (23 ff.).

<sup>7</sup> *Trute*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., Art. 38 Rdnr. 105.

<sup>8</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsneutrale Differenzierung verzichtet. Gemeint ist jedoch stets sowohl die männliche als auch die weibliche Form.

<sup>9</sup> BVerfG, NJW 1982, 817.

sowie der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 I 1 Var. 4 GG dar.<sup>10</sup> Die allgemeine Wahl wird folglich grundsätzlich ohne Begrenzung gewährleistet und erfährt erst durch die Vorschrift des Art. 38 II GG eine Beschränkung.<sup>11</sup> Daher steht dieser Grundsatz dem Stellvertreterwahlrecht per se nicht entgegen.<sup>12</sup> Vielmehr könnte der Allgemeinheit der Wahl sogar ein verfassungsunmittelbares Gebot zur Einführung eines Familienwahlrechts entnommen werden.<sup>13</sup> So ist die Wahl aus Sicht der Minderjährigen de lege lata keinesfalls als allgemein anzusehen, da sie selbst nicht wählen dürfen und auch keine Möglichkeit haben, sich vertreten zu lassen. Dass sie hierdurch tatsächlich in ihren Rechten verletzt sind, würde allerdings voraussetzen, dass auch Kinder von der Allgemeinheit der Wahl umfasst sind. Dem wird von den Gegnern des Familienwahlrechts m.E. zutreffend entgegengehalten, dass Kinder durch die positivgesetzliche Regelung des Art. 38 II Hs. 1 GG von der Allgemeinheit der Wahl ausgenommen werden.<sup>14</sup> Damit folgt aus dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl kein Gebot hin zu einem Familienwahlrecht.

## 2. Unmittelbarkeit der Wahl (Art. 38 I 1 Var. 2 GG)

Unmittelbarkeit der Wahl bedeutet, dass die maßgebliche Bestimmung der Abgeordneten direkt – ohne Einschaltung von Wahlmännern oder anderen Entscheidungsinstanzen – durch die Wähler selbst zu erfolgen hat.<sup>15</sup> Ausfluss hiervon ist der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Wahl.<sup>16</sup> Dieser sei nach zum Teil vertretener Auffassung durch das Familienwahlrecht verletzt, da das wahlberechtigte Kind nicht mehr selbst wählt, sondern seine Eltern und damit die Entscheidung anstelle des Kindes getroffen wird.<sup>17</sup> Nach anderer Auffassung verlagert das Stellvertreterwahlrecht nur den Träger der Willensentscheidung vom Kind auf die Eltern, eine zweite Person i.S.d. des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes trete hingegen nicht hinzu.<sup>18</sup> Nach letzterer Auffassung wäre der Grundsatz der Unmittelbarkeit also nicht verletzt. Folgt man wiederum erster Auffassung, so liegt eine Beschränkung vor, deren Rechtfertigung nur aufgrund praktischer Konkordanz möglich ist, da die Unmittelbarkeit vorbehaltlos gewährt wird.<sup>19</sup> Möglicherweise könnte diese Rechtfertigung in einer Förderung der Allgemeinheit der Wahl gesehen werden, da somit auch Kinder mittelbar an den Wahlen beteiligt sind. Dem ist in systematischer Hinsicht entgegenzuhalten, dass sich der Gesetzgeber durch die Schaffung des Art. 38 II Hs. 1 GG bewusst dafür entschieden hat, Kinder vom aktiven Wahlrecht auszunehmen.

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 1970, 1309 (Ls.); *Pieroth*, in: Jarass/ders., Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl., Art. 38 Rdnr. 5.

<sup>11</sup> *Holste*, DÖV 2005, 110 (111).

<sup>12</sup> Zur Vertiefung hierzu siehe *Rupprecht*, Das Wahlrecht für Kinder. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und praktische Durchführbarkeit, S. 168 ff.

<sup>13</sup> In diese Richtung argumentiert etwa *Heußner*, vgl. *Heußner*, Dürfen Eltern für ihre Kinder wählen?, in: *Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen* (Hrsg.), *Wahlrecht ohne Altersgrenze?*, 227 (237).

<sup>14</sup> Als pars pro toto *Sachs*, in: ders., Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Art. 20 Rdnr. 28 m.w.N.; a.A. *Merk*, in: *Fell/Jans* (Hrsg.), *Familienwahlrecht*, S. 55, 64 ff., der sogar von einer Verfassungswidrigkeit von Art. 38 II GG ausgeht, da sämtliche Altersgrenzen gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl verstießen. Nähere Ausführungen hierzu unter II. 4.

<sup>15</sup> BVerfG, DÖV 1953, 763.

<sup>16</sup> *Klein*, in: *Festschrift f. Scholz*, 2007, S.277 ff.

<sup>17</sup> Siehe hierzu u.a. *Zypries*, ZRP 2008, 271.

<sup>18</sup> Vertreter dieser Auffassung ist etwa *Heußner*, vgl. *Heußner*, ZRP 2009, 187.

<sup>19</sup> *Otto*, JuS 2009, 925 (929).

Ferner kann sich das Kind bei einer Stimmabgabe durch die Eltern auch nicht vor deren Gut- oder Böswilligkeit schützen, sodass es letztlich allein auf die Entscheidung des Vertreters (der Eltern) und nicht des Vertretenen (des Kindes) ankommt. Dies beruht vor allem darauf, dass eine Kontrolle, ob die Entscheidung der Eltern auch der Entscheidung des Kindes entspricht, nicht stattfindet. Diese wäre auch vor dem Hintergrund der Geheimheit der Wahl (hierzu sogleich unter II. 5.) unzulässig, da dann der Stimmzettel der Eltern kontrolliert werden müsste. Somit bliebe durch ein Familienwahlrecht vom Kerngehalt der Unmittelbarkeit nichts mehr übrig. Deshalb liegt richtigerweise ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl aus Art. 38 I 1 Var. 2 GG vor.

## 3. Freiheit der Wahl (Art. 38 I 1 Var. 3 GG)

Freiheit der Wahl beinhaltet, dass die Stimmrechtsausübung ohne Zwang und unzulässigen Druck im Rahmen eines freien und offenen Meinungsbildungsprozesses zu erfolgen hat.<sup>20</sup> Ein Verstoß hiergegen liegt bereits darin, dass die Eltern frei entscheiden können, ob sie die Stimme für ihr Kind abgeben und wer gewählt wird. Denn das Kind gibt zwar daheim seine Entscheidung möglicherweise kund, begleitet die Eltern aber nicht beim Gang zum Wahllokal, sodass es letztlich dem Gutdünken dieser obliegt, ob sie die Entscheidung ihres Kindes als für sich verbindlich erachten und respektieren oder völlig anders entscheiden. Diese Beeinträchtigung der Wahlfreiheit ist auch besonders intensiv, sodass sie keiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugänglich ist.

## 4. Gleichheit der Wahl (Art. 38 I 1 Var. 4 GG)

Die Wahl ist nur dann gleich, wenn die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts in formal möglichst gleicher Weise erfolgt, bestehend aus der Zählwertgleichheit und der Erfolgswertgleichheit.<sup>21</sup> Gerade dieser Wahlrechtgrundsatz würde durch das Familienwahlrecht am Stärksten beeinträchtigt werden.<sup>22</sup> Nach ganz strenger Betrachtung leuchtet dies wiederum prima facie nicht ein. So handelt es sich hinsichtlich der Zählwertgleichheit um zwei selbständige Stimmen mit rechnerisch nur einfachem Zählwert. Auch haben beide dieselbe Auswirkung auf die Zusammensetzung des Bundestags, sodass die Erfolgswertgleichheit gewahrt ist. Diese Lesart beruht indes auf dem Gedanken, dass beide Stimmen als getrennt anzusehen sind. Sieht man die Eltern hingegen als Träger der Stimme des Kindes, so hätten sie mehrere Stimmen.<sup>23</sup> Eine solche Doppelung des Zählwerts hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinen ersten Entscheidungen für mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit unvereinbar erklärt, da andernfalls der Grundsatz „one man, one vote“ verletzt sei.<sup>24</sup> Die Auffassung des BVerfG überzeugt auch vor dem historischen Hintergrund, da andernfalls ein Rückfall in frühere Zeiten stattfände, in der die Stimmen einiger ausgewählter Bürger noch mehr zählten als die der anderen Bürger. Daher würde die Einführung eines

<sup>20</sup> BVerfG, NJW 1977, 751.

<sup>21</sup> BVerfG, DVBl 1960, 632; zu den weiteren Einzelheiten siehe *Wild*, Die Gleichheit der Wahl, 2003.

<sup>22</sup> So etwa *Künast*, FPR 2008, 478 (480).

<sup>23</sup> Diese Auffassung vertritt *Zypries*, vgl. *Zypries*, ZRP 2008, 271.

<sup>24</sup> BVerfG, DÖV 1952, 445; siehe insoweit auch den sehr zutreffenden Beitrag von *Pechstein*, FuR 1991, 142 (145).

Familienwahlrechts auch gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 I 1 Var. 4 GG verstoßen.

### 5. Geheimheit der Wahl (Art. 38 I 1 Var. 5 GG)

Die Geheimheit der Wahl schützt die Stimmabgabe unter ausschließlicher Kenntnismöglichkeit des Wählers von dem Inhalt seiner Wahlentscheidung. Somit ist eine Wahl stets höchstpersönlich auszuüben<sup>25</sup>, wengleich dies durch die Einführung des Briefwahlrechts bereits in Teilen aufgeweicht wird. Im Kern gilt die Höchstpersönlichkeit sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber Privaten.<sup>26</sup> Gegenüber dem Staat ist die Geheimheit zweifelsohne gegeben, da dieser keine Möglichkeit hat, die Stimme einem bestimmen Kind zuzuordnen. Problematisch erscheint die Geheimheit gegenüber den Eltern als Privaten, wozu sie als „Dritter“ angesehen werden müssten. Hierzu sind zwei Auffassungen denkbar. Einerseits könnte in formaler Hinsicht gesagt werden, dass die Gewährleistungen des Art. 38 I 1 Var. 5 GG eng ausgelegt werden und damit jeder als „Dritter“ anzusehen ist, der nicht der Wahlberechtigte selbst ist. Andererseits könnte in teleologischer Hinsicht schlussgefolgert werden, dass die Eltern gerade das Kind stellvertreten und damit der Sphäre des Kindes zuzuordnen sind. Letztlich würde ein Präferieren letzterer Auffassung dazu führen, dass der formal strenge und konturstarke Charakter der Geheimheit aufgeweicht werden würde und durch konturschwache materielle Erwägungen ein neues Gepräge erhielte. Da die Wahlrechtsgrundsätze allerdings einen hohen Stellenwert genießen und alle Ausnahmen in der Verfassung selbst enthalten sind, ist ersterer Auffassung der streng formalen Betrachtungsweise zu folgen. Damit ist auch die Geheimheit der Wahl gemäß Art. 38 I 1 Var. 5 GG verletzt.

### 6. Mindestalter für das aktive Wahlrecht (Art. 38 II Hs. 1 GG)

Zuletzt ist auch positivgesetzlich in Art. 38 II Hs. 1 GG geregelt, dass das aktive Wahlrecht erst mit Vollendung des 18. Lebensjahrs ausgeübt werden darf. Diese Regelung stellt eine abschließende Spezialregelung dar.<sup>27</sup> Eine Ausübung des Wahlrechts der Kinder über die Eltern würde dieser Regelung unterlaufen.<sup>28</sup>

### 7. Zwischenergebnis

Die einfachgesetzliche Einführung eines Familienwahlrechts verstößt nach umstrittener Auffassung gegen die Unmittelbarkeit und Gleichheit der Wahl, zumindest aber nach wohl überwiegender Auffassung gegen die Freiheit und Geheimheit der Wahl. Fernab dieser Diskussion ist wiederum breit konsentiert, dass die positivgesetzliche Regelung des Art. 38 II Hs. 1 GG durch eine einfachgesetzliche Regelung umgangen wird. Damit ist die einfachgesetzliche Lösung verfassungswidrig.

<sup>25</sup> Wittmann, NVwZ 2010, 1072 ff.; v. Münch, NJW 1995, 3165.

<sup>26</sup> Otto, JuS 2009, 925 (929).

<sup>27</sup> Wernsmann, Der Staat (2005), 44 (45) m.w.N.

<sup>28</sup> Schröder, JZ 2003, 917 (918 f.) m.w.N.

## III. Einführung eines Familienwahlrechts durch Verfassungsänderung

### 1. Allgemeine Anmerkungen

Eine zweite Möglichkeit, das Familienwahlrecht einzuführen, ist eine Verfassungsänderung. Diese ist, nachdem bereits festgestellt wurde, dass eine einfachgesetzliche Lösung ausscheidet, auch zwingend erforderlich. Es müsste also zumindest der Wortlaut des Art. 38 II GG dahingehend geändert werden, dass das Wahlrecht bereits ab Geburt besteht. Grundsätzlich ist hierzu gemäß Art. 79 II GG eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestags erforderlich. Nichts desto weniger muss sich auch jede Änderung der Verfassung an den fundamentalen Grundsätzen der von der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG geschützten Normen (Art. 1 und Art. 20 GG) messen lassen, die nach breit konsentierter Auffassung restriktiv auszuulegen sind.<sup>29</sup> Zunächst einmal ist festzustellen, dass eine ausdrückliche Regelung, die dem Familienwahlrecht entgegensteht, nicht in den Art. 1 und 20 GG enthalten ist, sodass auf den Sinn und Zweck dieser Regelungen abzustellen ist. Im Zentrum einer Verfassungsänderung steht ein potenzieller Verstoß gegen das Demokratieprinzip aus Art. 20 I, II GG. Kern des Demokratieprinzips ist die Herrschaft des Volkes, wie sie auch schon in der Antike definiert wurde.<sup>30</sup> Mit Blick auf die Unverfügbarkeit der Grundsätze der Demokratie ist es angezeigt, diese zurückhaltend zu bestimmen.<sup>31</sup> Hingegen ist es nicht ausgeschlossen, bislang in Rechtsprechung und Literatur nicht näher thematisierte Kerngehalte dem Demokratieprinzip zu entnehmen.<sup>32</sup> Als nähere Ausflüsse dieses Prinzips sind vor allem die Höchstpersönlichkeit der Wahl<sup>33</sup> und die politische Einsichtsfähigkeit<sup>34</sup> in der Diskussion, gleichwohl aber auch, ob das Familienwahlrecht als Demokratiegebot anzusehen ist.<sup>35</sup>

### 2. Einführung eines Familienwahlrecht als Demokratiegebot

Von einigen Vertretern im Schrifttum wird die Auffassung lanciert, dass das Familienwahlrecht als Demokratiegebot anzusehen sei, mitunter gerade Art. 20 I, II GG dessen Einführung erfordern. Das Bundesverfassungsgericht entgegnet zutreffend, dass ein solch weites Verständnis des Demokratieprinzips nicht angezeigt ist, sondern eine Beschränkung aus zwingenden Gründen möglich ist.<sup>36</sup> Die Gegenansicht folgert im Umkehrschluss, dass ein nicht vorhandenes Verfassungsgebot gleichzusetzen ist mit einem Verfassungsverstoß.<sup>37</sup> Ob diese ebenfalls sehr radikale Ansicht zutreffend ist, hängt von der Beantwortung

<sup>29</sup> Ipsen, Staatsrecht I, 27. Aufl., Rdnr. 1037. Zur restriktiven Auslegung des Art. 79 III GG siehe Jarass, in: ders./Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl., Art. 79 Rdnr. 6 m.w.N. Dieser Auffassung entgegnet Müller-Franken, Familienwahlrecht und Verfassung, S. 33.

<sup>30</sup> Sachs, in: ders., Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Art. 20 Rdnr. 11.

<sup>31</sup> Schroeder, JZ 2003, 917 (920); BVerfG, NJW 1971, 275.

<sup>32</sup> Oebbecke, JZ 2004, 987 (989). Davon ist aus Sicht des verfassungsändernden Gesetzgebers insbesondere auch das Recht umfasst, eigene Sonderbereiche zu definieren, die aus ihrer Eigenart heraus aufgrund sachlicher Gründe anders behandelt werden dürfen, vgl. Heußner, Dürfen Eltern für ihre Kinder wählen?, in: Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen (Hrsg.), Wahlrecht ohne Altersgrenze?, 227 m.w.N.

<sup>33</sup> Schreiber, DVBl. 1999, 349.

<sup>34</sup> Meinhard Gaa, ZRP 1997, 345.

<sup>35</sup> Eine gute Darstellung hierzu findet sich bei Holste, DÖV 2005, 110 (111).

<sup>36</sup> BVerfG, NVwZ 1991, 156 (Ls.).

<sup>37</sup> Holste, DÖV 2005, 110 (112).

tion der Fragen zur Höchstpersönlichkeit und Einsichtsfähigkeit ab.

### 3. Die Höchstpersönlichkeit der Wahl

Bisher wird die Höchstpersönlichkeit der Wahl vor allem aus Art. 38 I Var. 5 GG hergeleitet, sodass dem deutschen Recht eine Stellvertretung unbekannt ist und folglich eine Vertretungsfeindlichkeit vorliegt.<sup>38</sup> Ob dies aber auch den Kerngehalt des Demokratieprinzips tangiert, ist äußerst fraglich. So wird bislang auch die Briefwahl als zulässig erachtet, welche vom BVerfG auch bereits in einer früheren Entscheidung bestätigt wurde.<sup>39</sup> Das Briefwahlargument ist vor allem auch deshalb stichhaltig, weil diese Konstellation mit der Unübersichtlichkeit einer offenen Delegation des Wahlrechts durchaus vergleichbar ist. Fernerhin wird in Einzelfällen auch schon heute die Wahl durch Hilfspersonen gestattet.<sup>40</sup> Die Hilfspersonen erfüllen dabei vor allem die Funktion, für die Wahlberechtigten zu wählen, da diese selbst hierzu außerstande sind.<sup>41</sup> Damit tritt in solchen Fällen der Grundsatz der geheimen Wahl hinter dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl zurück.<sup>42</sup> Diese Konstellation ist auch auf das Stellvertreterwahlrecht der Eltern für die Kinder übertragbar, da die Gegebenheiten durchaus vergleichbar sind.<sup>43</sup> Ein demokratischer Grundsatz im Sinne des Art. 79 III GG, der jede Vertretung ausschliesse, ist damit freilich nicht nachweisbar<sup>44</sup>, zumal dem Gesetzgeber in diesem Bereich ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>45</sup> Dennoch lässt sich das Argument hören, dass ein Stellvertreterwahlrecht die Gefahr von Stimmenkäufen bzw. -verkäufen signifikant erhöht, was zwingend zu unterbinden ist.<sup>46</sup> Dennoch ist das Argument, dass aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Wahl ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vorliegt, nicht voll- auf überzeugend. Letztlich ausschlaggebend ist dabei, dass die Eltern im Rahmen einer gesetzlichen Stellvertretung das Wahlrecht für ihr Kind treuhänderisch ausüben, sodass ein Konflikt im Hinblick auf den Schutzzweck des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit der Wahl nicht gegeben ist.<sup>47</sup>

### 4. Die politische Einsichtsfähigkeit

Dem zweiten Argument, dass Kindern die nötige politische Einsichtsfähigkeit fehle, ist dahingehend zuzustimmen, dass man Personen, von denen man aufgrund ihres geringen Lebensalters befürchten muss, dass sie nicht über die für die Ausübung des Wahlrechts erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen (vor allem Klein- und Kleinstkinder), dieses in der Tat

absprechen muss.<sup>48</sup> Dies wird allerdings dadurch überwunden, dass sich bei dem Treuhänderwahlrecht die Kinder durch ihre Eltern vertreten lassen und diese für sie die Entscheidung treffen können.<sup>49</sup> An dieser Stelle ist eine Konnexität zu ersterem Argument zu erkennen. Soweit man auch der Ansicht des Verfassers folgt, dass die Höchstpersönlichkeit der Wahl nicht primär aus dem Demokratieprinzip folgt, kann das Wahlrecht auch durch die Personen mit der erforderlichen Einsichtsfähigkeit ausgeübt werden. *Oebbecke* wertet solche Argumentationen, die mit der politischen Urteilskraft argumentieren, gar zur „petitio principii“ ab, was von der Begrifflichkeit her etwas scharf ist, im Ergebnis aber überzeugt.<sup>50</sup>

### 5. Zwischenergebnis

Die Einführung eines Familienwahlrechts durch Verfassungsänderung ist mit dem Demokratieprinzip aus Art. 20 I, II GG vereinbar. Ein entsprechender Formulierungsvorschlag für eine verfassungskonforme Änderung wurde sogar bereits vor ca. 20 Jahren von *Knödler* erarbeitet.<sup>51</sup>

## IV. Resümee und Ausblick

Ein Familienwahlrecht ist nach derzeitiger Rechtslage verfassungswidrig. Eine Verfassungsänderung wäre jedoch nach Ansicht des Verfassers möglich, da keine dem Demokratieprinzip des Art. 20 I, II GG zu entnehmenden Gehalte verletzt sind. Eine wegweisende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt es hierzu mit Ausnahme der zitierten Entscheidungen aus den 70-er und 80-er Jahren bisher aber nicht. Es ist in jedem Fall davon auszugehen, dass die Gruppierung, die im Bundestag gegen das Familienwahlrecht stimmt, das abstrakte Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG einleiten wird, soweit sie das hierfür erforderliche Quorum von einem Viertel der Mitglieder des Bundestags erreicht.<sup>52</sup> Sieht das Bundesverfassungsgericht die Höchstpersönlichkeit der Wahl und die politische Einsichtsfähigkeit dann als Ausflüsse aus dem Demokratieprinzip an, so kämen sie zur Verfassungswidrigkeit des Familienwahlrechts. Ob sich die Befürworter des Familienwahlrechts diesem Risiko aussetzen möchten, bleibt abzuwarten, wenngleich es sehr zu begrüßen wäre.

## ► Inhaltsverzeichnis

<sup>38</sup> *Oebbecke*, JZ 2004, 987 (989). Statt vieler siehe auch *Klein*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 73. Aufl., Art. 38 Rdnr. 138.

<sup>39</sup> BVerfG, NJW 1967, 924.

<sup>40</sup> Siehe hierzu *Peschel-Gutzeit*, NJW 1997, 2861.

<sup>41</sup> Vgl. *Rupprecht*, Das Wahlrecht für Kinder. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und praktische Durchführbarkeit, S. 179.

<sup>42</sup> BVerfG, NJW 1967, 924.

<sup>43</sup> a. A. *Rupprecht*, Das Wahlrecht für Kinder. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und praktische Durchführbarkeit, S. 180 mit Hinweis darauf, dass bei Kindern nur eine Willensvertretung vorliege, nicht jedoch eine Hilfsbedürftigkeit i.S.d. § 33 II BWG.

<sup>44</sup> So äußert vor allem *Schröder*, JZ 2003, 917 (920), ernste Zweifel daran, ob es sich bei der Höchstpersönlichkeit um einen von der Ewigkeitsklausel geschützten verfassungsrechtlichen Grundsatz handelt.

<sup>45</sup> BVerfG, NJW 1982, 869.

<sup>46</sup> Zur Vertiefung hierzu siehe auch *Rolfsen*, DÖV 2009, 348 (352).

<sup>47</sup> Ein Blick in die schon mehrfache zitierte Dissertation von *Rupprecht* erweist sich hier als sehr aufschlussreich (vgl. vor allem S. 180 f.).

<sup>48</sup> Vermehrt wird es in der Literatur zudem als unzulässig angesehen, die Altersgrenze für eine Wahl generell unter 18 Jahre zu senken, vgl. *Wernsmann*, Der Staat (2005), 43 (46); *Reimer*, ZParl 2004, 323.

<sup>49</sup> So auch *Hattenhauer*, JZ 1996, 9 (16). Eine solche Lesart würde auch der Ratio der Altersregelung des Art. 38 II GG entsprechen, durch die gewährleistet werden soll, dass die Wahlentscheidung reflektiert zu erfolgen hat, vgl. *Holste*, DÖV 2005, 110 (115).

<sup>50</sup> *Oebbecke*, JZ 2004, 987 (990).

<sup>51</sup> *Knödler*, ZParl 1996, 569.

<sup>52</sup> Davon geht zumindest *Bienko* sicher aus, vgl. *Bienko*, ZRP 2009, 252.

# KÖPFE

# GESUCHT

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

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

---

## KLAUSUR - STRAFRECHT

---

Dr. Ralf Dietrich/Alexander Bechtel\*

### „Bowling und andere Sünden“ Examensklausur

#### Sachverhalt

Fußballfan Barney (B) hat nach der Fußballweltmeisterschaft etliche Wettschulden, da er die deutsche Mannschaft unterschätzt und auf ein frühes Ausscheiden getippt hat. Er möchte seine finanzielle Lage daher nun aufbessern. Während er – wie jeden Abend – in der Bowlingarena „Moes Bowling-Taverne“ weilt, sieht er, wie der Gast Smithers (S) achtlos seine Jacke über den Barhocker hängt. B beschließt sich den gesamten Inhalt der Jacke zu besorgen und ihn bestmöglich zu verwerten. Als er sieht, dass S vollkommen betrunken vom Barhocker rutscht und bewegungslos am Boden liegen bleibt, geht er zu ihm hinüber und durchsucht unauffällig dessen Jackentaschen. Darin findet er die Magnetstreifen-Codekarte zu einem Schließfach, in dem die Gäste während des Bowlings ihre Wertsachen einschließen können. Die Bowlingarena hatte dieses Kartensystem eingeführt, da es immer wieder zu Diebstählen kam und die Karten bei Verlust „für ein paar Euro“ ersetzt werden können. B nimmt die Codekarte und öffnet damit das entsprechende Fach. Er findet darin eine Bowlingkugel im Wert von mehreren hundert Euro. Da er sie aber nicht unauffällig einstecken kann, lässt er sie liegen. Ansonsten liegt im Fach noch ein Personalausweis. Er beschließt diesen einzustecken, mit dem Gedanken, eine Verwertungsmöglichkeit werde sich schon finden lassen. Er schließt das Fach wieder ab und nimmt die Codekarte mit, wie er es von vornherein vorhatte.

Da er dem S ähnlich sieht, geht er am nächsten Tag zur nahegelegenen X-Bank und richtet unter dem Namen des S dort ein Konto – unter Nachahmung der auf dem Personalausweis befindlichen Unterschrift – ein. Auch die sogleich ausgestellte EC-Karte unterschreibt er mit dem Namen des S.

Um erst einmal wieder „flüssig“ zu sein, geht er an den nächsten Geldautomaten der zur X-Bank gehört und hebt dort unter Nutzung der Karte und PIN 50 Euro ab. Weil dies so einfach war, holt er nochmals 50 Euro auf dem Nachhauseweg, diesmal an einem Geldautomaten der Z-Bank. Er geht dabei davon aus, dass die Z-Bank die Abhebesumme von der X-Bank einziehen wird und dies die X-Bank (etwa wegen fehlender Deckung) nicht verhindern kann.

In der Folge kauft er sich einen neuen Fernseher bei einem Elektronikhändler. An der Kasse legt er die EC-Karte vor und nimmt am Lastschriftverfahren teil, wobei er konsequent die Unterschrift nachahmt. Er weiß dabei, dass die Lastschrift nicht eingelöst werden wird, da auf dem neu eröffneten Konto kein Guthaben ist, er natürlich auch nicht vorhat, welches einzuzahlen und auch keine Kreditlinie eingeräumt wurde.

Daraufhin geht er wieder in „Moes Taverne“ und erzählt den Beutezug in allen Details seinem Fußballfreund Homer (H). Dieser klopf ihm anerkennend auf die Schultern und meint, nun sei „aber eine Runde fällig“. Daraufhin lädt B den H von den abgehobenen 100 Euro zu einem Bier ein. Als H jammert, er komme kaum noch zum Fernsehen, da sein ungezogener Sohn immer den Fernseher in Beschlag nehme, schenkt ihm B den neu erworbenen Fernseher kurzerhand, damit H endlich den Mund halte und er in Ruhe weiter trinken könne. H hat Kenntnis von der Herkunft des Geldes und des Fernsehers.

#### Fallfrage:

Strafbarkeit der Beteiligten?

Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

---

\* Dr. Ralf Dietrich war wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen (Prof. Dr. Günther), arbeitete dann in verschiedenen Funktionen bei der Daimler AG, um dann in den Justizdienst zu wechseln. Dort war er nach richterlicher Tätigkeit bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart tätig und wechselte jüngst in die Justizverwaltung.

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

**Gliederung****Tatkomplex I: Beim Bowling (Strafbarkeit des B)****I. § 242 I iVm § 243 I 2 StGB in Ansehung der Codekarte**

1. Tatbestandsmäßigkeit
  - a) Objektiv
  - b) Subjektiv
  - c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Strafzumessung

- a) Einzelne Regelbeispiele
- b) Geringwertigkeitsklausel

4. Ergebnis

**II. § 242 I iVm § 243 I 2 in Ansehung des Personalausweises**

1. Tatbestandsmäßigkeit
  - a) Objektiv
  - b) Subjektiv
  - c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Strafzumessung

- a) Einzelne Regelbeispiele
- b) Geringwertigkeitsklausel

4. Ergebnis

**III. § 274 I Nr. 1 in Ansehung des Personalausweises**

1. Tatbestandsmäßigkeit
  - a) Objektiv
  - b) Subjektiv
2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

**IV. § 242 I iVm § 243 I 2 in Ansehung der Bowlingkugel**

1. Tatbestandsmäßigkeit
  - a) Objektiv
  - b) Zwischenergebnis
2. Ergebnis

**Tatkomplex II: Die Kontoeröffnung (Strafbarkeit des B)****I. § 263 I**

1. Tatbestandsmäßigkeit
  - a) Objektiv
  - b) Subjektiv
2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

**II. § 267 I Alt. 1 u. 3 durch Unterzeichnung des Eröffnungsformulars**

1. Tatbestandsmäßigkeit
2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

**III. § 267 I Alt. 1 durch Unterschrift auf der ec-Karte****IV. § 281 I Alt. 1 (Missbrauch von Ausweispapieren)****Tatkomplex III: Die Abhebungs-Vorgänge (Strafbarkeit des B)****A. Die Abhebung bei der eigenen Bank**

- I. § 263 I
- II. § 263a I Alt. 3 (Unbef. Verwendung von Daten)

1. Tatbestandsmäßigkeit
2. Ergebnis

**III. § 266b I**

1. Tatbestandsmäßigkeit
2. Ergebnis

**IV. § 242 I****V. § 246 I****VI. § 265a I (Erschleichen von Leistungen)****B. Die Abhebung bei der fremden Bank**

- I. § 263 I
- II. § 263a I Alt. 3
- III. § 266b I

1. Tatbestandsmäßigkeit
2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

**IV. §§ 242 I, 246 I****Tatkomplex IV: Der Fernseher-Kauf (Strafbarkeit des B)****I. § 266b I****II. § 263a I Alt. 3 zu Lasten der Bank****III. § 263a I Alt. 3 zu Lasten des Händlers****IV. § 263 I zu Lasten des Händlers**

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

2. Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

**V. § 267 I Alt. 3 durch Vorlage der ec-Karte****VI. § 267 I Alt. 1 u. Alt. 3 durch Unterschrift auf dem Lastschriftbeleg****Tatkomplex V: Zurück in der Taverne****I. Strafbarkeit des B nach § 259 I Alt. 2 (Absetzen)****II. Strafbarkeit des H**

1. § 259 I Alt. 1 (Sich-Verschaffen) Bieres
  - a) Tatbestandsmäßigkeit
  - b) Ergebnis
2. § 259 I Alt. 1 (Sich-Verschaffen) Fernsehers
  - a) Tatbestandsmäßigkeit
  - b) Rechtswidrigkeit und Schuld
  - c) Ergebnis

**3. § 259 I Alt. 2 (in Form der Absatzhilfe)****Gesamtergebnis und Konkurrenzen****I. TK I (Bowling)****II. TK II (Kontoeröffnung)****III. TK III (Abhebungen)****IV. TK IV (Fernseher-Kauf)****V. TK V (Zurück in der Taverne)**

## Lösungsvorschlag

### Tatkomplex I: Beim Bowling (Strafbarkeit des B)

#### I. § 242 I iVm § 243 I 2 StGB<sup>2</sup> in Ansehung der Codekarte

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

###### a) Objektiv

Die im Eigentum des Taverneninhabers stehende Codekarte war für B eine fremde bewegliche Sache.

Diese müsste er iSd § 242 I weggenommen haben. Unter Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendigerweise tätereigenen – Gewahrsams zu verstehen.<sup>3</sup>

S hatte jedenfalls Mitgewahrsam an der Karte. Der Umstand, dass sich S durch seinen Sturz vom Hocker räumlich geringfügig von der Karte entfernt hatte, vermag daran nichts zu ändern.

Ebenso änderte die Bewusstlosigkeit des S nichts an dessen Gewahrsam: Der *potentielle* Herrschaftswille genügt, um als Gewahrsamsinhaber zu gelten.<sup>4</sup>

Durch die Ansichnahme der Karte hat B demnach fremden Gewahrsam gebrochen.

###### b) Subjektiv

B handelte in Ansehung der obj. Tatbestandsmerkmale vorsätzlich.

Ferner müsste er mit Zueignungsabsicht gehandelt haben.

Erforderlich ist insoweit Absicht (iSv *dolus directus* 1. Grades) hinsichtlich der vorübergehenden Aneignung sowie (mindestens) Eventualvorsatz bezüglich der dauernden Enteignung.<sup>5</sup>

B wollte die Karte von vornherein mitnehmen und behalten, sodass ein Handeln mit Zueignungsabsicht zu bejahen ist.

###### c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Zueignung als solche war ferner rechtswidrig, wobei B auch insoweit vorsätzlich handelte.

##### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

##### 3. Strafzumessung

In Betracht kommt vorliegend die Verwirklichung eines Regelbeispiels nach § 243 I 2.

##### a) Einzelne Regelbeispiele

###### aa) § 243 I 2 Nr. 1

Die Codekarte kann schon deshalb kein „falscher Schlüssel“ iSd Norm sein, weil sie selbst *Gegenstand* des Diebstahls ist und nicht (Hilfs-)Mittel.

###### bb) § 243 I 2 Nr. 2

Die Jacke, aus der B die Karte entnimmt, diene nicht der besonderen Sicherung *gegen Wegnahme*.

###### cc) § 243 I 2 Nr. 3

Dass B weitere Diebstähle – zur Schaffung einer fortlaufenden Einnahmequelle von nicht unerheblichem Umfang<sup>6</sup> – begehen wollte, ist nicht ersichtlich.

###### dd) § 243 I 2 Nr. 6

Das Opfer ist iSd Norm „hilflos“, wenn es nicht in der Lage ist, sich aus eigener Kraft gegen die Wegnahme von in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen zu schützen.<sup>7</sup> Ob das Opfer seine Hilflosigkeit selbst verschuldet hat (so hier: Trunkenheit), ist dabei unerheblich.<sup>8</sup>

Diese Hilflosigkeit wird von B auch zielgerichtet zur erheblichen Erleichterung seiner Tat genutzt.<sup>9</sup>

Schließlich handelte B auch in Kenntnis all dieser Umstände und somit vorsätzlich.

Das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 6 ist damit verwirklicht.

##### b) Geringwertigkeitsklausel

Womöglich ist die Annahme eines minder schweren Falles aber aufgrund der Geringwertigkeit des Diebstahlsubjektes abzulehnen (§ 243 II).

Die Geringwertigkeitsschwelle dürfte im Bereich von 25 € bis zu 50 € liegen.<sup>10</sup>

Fraglich ist, ob Geringwertigkeit in Ansehung der Codekarte, die „für ein paar Euro“ ersetzt werden kann, zu bejahen ist.

###### aa) Affektionsinteresse

Berücksichtigt man das subjektive Affektionsinteresse des Täters *oder* des Opfers an der Codekarte (die Karte ermöglicht den Zugang zum werthaltigen Schließfachinhalt), ergeben sich erste Bedenken hinsichtlich der Geringwertigkeit.<sup>11</sup>

###### bb) Verkehrswert

Stellt man dagegen – mit der h.M.<sup>12</sup> – einzig auf den Verkehrswert ab, ergibt sich die Folgefrage, ob in Ansehung von Codekarten überhaupt ein Verkehrswert zu ermitteln ist.

<sup>6</sup> MK-Schmitz, § 243, Rn. 39.

<sup>7</sup> MK-Schmitz, § 243, Rn. 51.

<sup>8</sup> Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243, Rn. 39; NK-Kindhäuser, 4. Aufl., 2013, § 243, Rn. 36.

<sup>9</sup> Zum Ausnutzen vgl. nur MK-Schmitz, § 243, Rn. 55.

<sup>10</sup> Übersichtlich zu den insoweit vertretenen Auffassungen BeckOK-StGB-Wittig, § 243, Rn. 28.

<sup>11</sup> Für eine Berücksichtigung des Affektionsinteresses auf Opferseite etwa Maurach/Schröder/Maiwald, BT I, 10. Aufl. 2009, § 33 Rn. 101; ähnlich bereits OLG Celle NJW 1966, 1931, 1932.

<sup>12</sup> BGH NStZ 1981, 62, 63; MK-Schmitz, § 243, Rn. 67; NK-Kindhäuser, § 243, Rn. 53.

<sup>2</sup> Die §§ entstammen, soweit nicht ausdrücklich kenntlich gemacht, dem StGB.

<sup>3</sup> Lackner/Kühl, 28. Aufl., 2014, § 242, Rn. 8; MK-Schmitz, 2. Aufl., 2012, § 242, Rn. 48.

<sup>4</sup> BGHSt 4, 210, 211; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, 29. Aufl., 2014, § 242, Rn. 30.

<sup>5</sup> MK-Schmitz, § 242, Rn. 118.



### cc) Stellungnahme

Einer Einbeziehung des Affektionsinteresses steht bereits der klare Wortlaut des § 243 II entgegen, wonach sich die Tat „auf eine geringwertige Sache“ beziehen muss. Tatobjekt ist aber einzig der weggenommene Gegenstand, weshalb nur dieser – als solcher – die Basis für Wertermittlungen bilden kann.

Daneben ist unklar, *inwieweit* ein mögliches Affektionsinteresse einzubeziehen ist. Auch die Betrachtung des individuellen Opfer- oder Täterinteresses hilft hier nicht weiter, da sich dasselbe Auseinanderfallen von direktem Wert der Karte und ihrem Gegenwert als Schlüssel zeigt. Die Betrachtung des Affektionsinteresses führt damit nicht zu ausreichend scharfen und damit für die Strafanwendung verlässlichen Parametern.

Zu folgen ist demnach der Ansicht, welche grds. auf den Verkehrswert der Sache abstellt.<sup>13</sup>

Daraus ergibt sich nun die Folgefrage, ob hinsichtlich der Codekarte ein feststellbarer Verkehrswert besteht.

Ein „Markt für Codekarten“ existiert jedenfalls nicht, es sei denn, man stelle auf einen „hypothetischen Markt“<sup>14</sup> ab.

Die Ermittlung des hypothetischen Marktwertes ist dabei mit so vielen Unsicherheiten behaftet, dass es vorzugswürdig ist, das Fehlen eines Verkehrswertes festzustellen.<sup>15</sup>

Wer nun aus dem fehlenden Verkehrswert auf Geringwertigkeit iSd § 243 II schließt, verkennt, dass er der Sache dadurch letztlich doch einen (geringen) Wert zuerkennt.

Konsequenterweise ist vielmehr bei fehlendem Verkehrswert die Anwendbarkeit des § 243 II zu verneinen: Wenn Geringwertigkeit nicht festgestellt werden kann, muss es beim Eintritt der Indizwirkung des § 243 I 2 Nr. 6 bleiben.

## 4. Ergebnis

B hat sich gemäß § 242 I iVm § 243 I 2 Nr. 6 strafbar gemacht.

### II. § 242 I iVm § 243 I 2 in Ansehung des Personalausweises

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiv

Der Personalausweis war für B eine fremde bewegliche Sache.<sup>16</sup>

Mit der Entnahme aus dem Schließfach hat B dem S, der jedenfalls noch gelockerten Gewahrsam am Ausweis hatte, den Gegenstand auch weggenommen.

##### b) Subjektiv

B handelte vorsätzlich.

Ferner müsste er mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. B müsste sich demnach eine eigentümerähnliche Herrschaftsmacht über den Ausweis angemaßt haben, indem er dessen

Sachsubstanz oder dessen Sachwert in sein Vermögen einverleibte.<sup>17</sup>

Die Eigentümerstellung der Bundesrepublik wird von B zu keinem Zeitpunkt negiert. Vielmehr geht es ihm „lediglich“ darum, den Ausweis – als vermeintlich Beweisführungsbefugter – zu nutzen. Zu denken ist insoweit an eine Parallele zu Fällen, in denen eine Sache – wenn auch nur vorübergehend – weggenommen wird, um dieser einen spezifischen *Sachwert* zu entziehen, wie etwa einem Sparbuch.<sup>18</sup>

Indes ist die Sachwertentziehung in den klassischen Fällen – man denke auch an Wertmarken, Fahrkarten, Badekarten o.Ä. – stets mit einer *Entwertung* verbunden, woran es im Hinblick auf einen Personalausweis aber fehlt.

Ferner ist fraglich, ob durch den bloßen Besitz des Ausweises der Rechtsschein des Eigentums hervorgerufen werden kann.<sup>19</sup>

Andererseits bleibt zu bedenken, dass die (beabsichtigte) Nutzung des Ausweises durch den Nichtberechtigten dazu führt, dass der Aussteller (Bundesrepublik) den Zugriff auf den Gegenstand verliert.

§ 1 I PAuswG (Ausweispflicht) verpflichtet einzig den Berechtigten gegenüber dem Aussteller, nicht aber den Dieb. Die (beabsichtigte) Nutzung durch den Dieb negiert damit die in § 1 I PAuswG zum Ausdruck kommenden Eigentümerinteressen, womit letztlich von einer faktischen Verdrängung des Ausstellers aus seiner Eigentümerstellung auszugehen ist.<sup>20</sup>

B handelte somit mit Zueignungsabsicht.<sup>21</sup>

### c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Zueignung als solche war ferner rechtswidrig, wobei B auch insoweit vorsätzlich handelte.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## 3. Strafzumessung

In Betracht kommt vorliegend die Verwirklichung eines Regelbeispiels nach § 243 I 2.

### a) Einzelne Regelbeispiele

Zu denken ist an § 243 I 2 Nr. 2.<sup>22</sup>

Das Schließfach diene gerade der sicheren Aufbewahrung von Wertsachen, wobei es sich generell um ein verschlossenes Behältnis – den Spezialfall der Schutzvorrichtung – handelt.

Dass B den zur Öffnung bestimmten „Schlüssel“ verwendet hat, ändert, da er insoweit als Nichtberechtigter agierte, an der Verwirklichung des § 243 I 2 Nr. 2 nichts.<sup>23</sup>

<sup>13</sup> AA bei entsprechender Begründung aber vertretbar.

<sup>14</sup> SK-Hoyer, § 243, Rn. 43.

<sup>15</sup> AA ist auch insoweit durchaus vertretbar.

<sup>16</sup> Der Personalausweis steht gemäß § 4 II PAuswG im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland.

<sup>17</sup> Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242, Rn. 47.

<sup>18</sup> Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242, Rn. 50.

<sup>19</sup> Zweifelnd NK-Kindhäuser, § 242, Rn. 103.

<sup>20</sup> So auch OLG Stuttgart NStZ 2011, 44.

<sup>21</sup> AA ist – insb. unter Verweis auf die fehlende Entwertung – ebenfalls vertretbar.

<sup>22</sup> § 243 I 2 Nr. 1 kann ebenfalls angesprochen werden, ist aber – unter Hinweis auf die fehlende Entwertung der Karte – abzulehnen.

<sup>23</sup> BGH NJW 2010, 3175 f.

B handelte auch vorsätzlich.

### b) Geringwertigkeitsklausel

Fraglich ist wiederum, ob die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II Anwendung finden kann.

Erneut ist zu bestimmen, ob auf ein subjektives Affektionsinteresse, den objektiven Verkehrswert oder – insoweit man die Verkehrsfähigkeit verneint – einen hypothetischen Verkehrswert abzustellen ist.<sup>24</sup>

Mit den oben genannten Argumenten ist einer Heranziehung eines subjektiven Affektionsinteresses (auf Täter- oder Opferseite) abzulehnen<sup>25</sup>, sodass sich die Frage nach der Verkehrsfähigkeit von Personalausweisen stellt.

Ein legaler Markt für Ausweise besteht nicht. Die Heranziehung eines „hypothetischen Markts“ erscheint wenig praktikabel.

Letztlich kann also, wie oben, ein Wert hinsichtlich des Ausweises nicht festgestellt werden, was konsequenterweise die Unanwendbarkeit des § 243 II zur Folge hat.

## 4. Ergebnis

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

### III. § 274 I Nr. 1 in Ansehung des Personalausweises

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiv

Die Urkundenqualität eines Personalausweises steht außer Zweifel.<sup>26</sup>

Das Beweisführungsrecht an einem Personalausweis steht einzig dem (berechtigten) Inhaber zu.<sup>27</sup> D.h. wiederum, dass der Ausweis ausschließlich einem anderen (S) iSd Norm „gehörte“.

Ein „Unterdrücken“ der Urkunde ist u.a. dann zu bejahen, wenn es dem Berechtigten durch Entziehung unmöglich gemacht wird, die Urkunde als Beweismittel einzusetzen.<sup>28</sup>

Durch die Wegnahme des Ausweises war es S – jedenfalls bis zur Ausstellung eines neuen Ausweises<sup>29</sup> – nicht möglich, von seinem Beweisführungsrecht Gebrauch zu machen.

##### b) Subjektiv

B handelte vorsätzlich sowie mit dem Wissen, das Beweisführungsrecht des S zu beeinträchtigen (Nachteilszufügungsabsicht).<sup>30</sup>

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

<sup>24</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter I.3.b).

<sup>25</sup> Wer oben aA war, muss dies – konsequenterweise – auch hier sein.

<sup>26</sup> Vgl. schon BGH GA 1956, 182; zum Begriff der Urkunde Fischer, 62. Aufl., 2015, § 267 Rn. 2.

<sup>27</sup> BayObLG NJW 1990, 264, 265; 1997, 1592 (jeweils zum Reisepass); Schönke/Schröder-Heine/Schuster, § 274, Rn. 5.

<sup>28</sup> Fischer, § 274, Rn. 6.

<sup>29</sup> Ein vorübergehender Nachteil reicht aus.

<sup>30</sup> BGH NJW 1953, 1924; NStZ 2010, 332, 333 (Wissentlichkeit ausreichend); aA etwa MK-Freund, 2. Aufl., 2014, § 274, Rn. 58 f. (dolus directus 1. Grades erforderlich).

## 3. Ergebnis

B hat sich gemäß § 274 I Nr. 1 strafbar gemacht.

### IV. § 242 I iVm § 243 I 2 in Ansehung der Bowlingkugel

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiv

B müsste die Kugel iSd § 242 I „weggenommen“ haben. Eine Gewahrsamsbegründung mit der Erlangung der (alleinigen) Zugriffsmöglichkeit durch Wegnahme der Codekarte anzunehmen, steht im Widerspruch zur herrschenden *Apprehensionstheorie*, nach welcher der Täter den Gegenstand jedenfalls *ergreifen* muss.<sup>31</sup>

Daran fehlt es hier aber, sodass ein vollendeter Diebstahl von vornherein ausscheidet.

##### b) Zwischenergebnis

In Ermangelung einer Wegnahme scheidet eine Strafbarkeit nach § 242 I (ggf. iVm § 243 I 2) aus.

Eine Versuchsstrafbarkeit muss in Ermangelung eines entsprechenden Tatentschlusses ausscheiden.

## 2. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß § 242 I iVm § 243 I 2 in Ansehung der Bowlingkugel strafbar gemacht.

### Tatkomplex II: Die Kontoeröffnung (Strafbarkeit des B)

#### I. § 263 I

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiv

##### aa) Täuschung

B hat sowohl über seine Identität als auch seine Bereitschaft, negative Salden des Kontos wieder auszugleichen, getäuscht.

##### bb) Irrtum

Dadurch wurde ein entsprechender Irrtum beim Mitarbeiter der Bank erregt.<sup>32</sup>

##### cc) Vermögensverfügung/ Vermögensschaden

Unter einer Vermögensverfügung versteht man jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>33</sup>

Das Tun der Bank besteht in der Eröffnung des Kontos sowie der Ausgabe der ec-Karte.

Dies hat das Vermögen der Bank noch nicht unmittelbar gemindert, sondern lediglich eine Zugriffsmöglichkeit darauf geschaffen. Fraglich ist, ob eine solche sog. *konkrete Vermögensgefährdung*<sup>34</sup> einem Schaden gleichstehen kann.

Diese Frage stellt sich bereits bei der Vermögensminderung. Vermögensverfügung und Vermögensschaden sind, da eine

<sup>31</sup> Stellvertretend vgl. Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242, Rn. 37.

<sup>32</sup> Dass es sich insoweit um einen Dreiecksbetrug handelt, sollte angesprochen werden. Probleme ergeben sich diesbezüglich indes nicht, ergibt die Heranziehung der Theorien (Rechtliche Befugnis; Lagertheorie; Faktisches Näheverhältnis) doch ein einheitliches Bild.

<sup>33</sup> Lackner/Kühl, § 263, Rn. 22.

<sup>34</sup> Schönke/Schröder-Perron, § 263, Rn. 143.

mögliche Nachteilskompensation (Saldierungsprinzip) von vornherein ausscheidet, insofern nicht klar voneinander abzugrenzen.<sup>35</sup>

Eine konkrete Vermögensgefährdung ist – insb. nach gefestigter Rechtsprechung des BGH<sup>36</sup> – anzunehmen, wenn eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* bereits im Zeitpunkt der Eingehung des gegenständlichen Geschäfts zu dem Ergebnis führt, dass das Opfervermögen in seinem Wert gemindert wird.

### (1) Verlust der Kontrollmöglichkeit

Für die Bejahung einer Vermögensminderung, in deren Folge in der hiesigen Konstellation zwangsläufig ein Schaden eintreten muss<sup>37</sup>, spricht der Umstand, dass die Bank mit Eröffnung und Ausgabe der ec-Karte jedwede Einwirkungsmöglichkeit verliert:

A kann – unter Zuhilfenahme seiner neuen Karte – zunächst ungehemmt Geld abheben. Der Schritt vom Erhalt der ec-Karte zu deren tatsächlicher Nutzung ist minimal.<sup>38</sup>

### (2) Kein tatsächlicher Zugriff

Freilich konfligiert eine solche Betrachtung – unter Heranziehung des Wortlautes des § 263 I, der nun mal eine „Beschädigung“ fremden Vermögens verlangt – mit Art. 103 II GG: Der Wortlaut legt einen bereits erfolgten Zugriff auf fremdes Vermögen zumindest nahe.<sup>39</sup>

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Schaden im Zeitpunkt der Entgegennahme der Karte noch nicht bezifferbar ist; die Schadenshöhe kann zu diesem Zeitpunkt allenfalls prognostiziert werden.

### (3) Stellungnahme

Das Wortlaut-Argument hat auf den ersten Blick viel für sich. Indes schließt es der Begriff der „Beschädigung“ nicht zwingend aus, auch konkrete Gefährdungen als schädigend einzuordnen.

Schwerer wiegt noch der Umstand, dass im modernen Wirtschafts- und Geschäftsverkehr auch bloße Gefährdungen – über Institute wie Abschreibung, Rückstellung sowie Wertberichtigung im Bilanzrecht – als Schäden im wirtschaftlichen Sinne berücksichtigungsfähig sind.<sup>40</sup>

Letztere Betrachtung überzeugt und zeigt zugleich, dass die Wortlautgrenze nicht überschritten ist, wenn auch in anderen Bereichen konkrete Gefährdungen bereits als Schäden erfasst werden, womit das Institut der konkreten (oder „schadensgleichen“) Vermögensgefährdung grds. anzuerkennen sowie im

vorliegenden Fall letztlich eine Vermögensminderung und ein Vermögensschaden anzunehmen ist.<sup>41</sup>

### b) Subjektiv

Der B hatte Vorsatz bezüglich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale. Auch die Absicht stoffgleicher Bereicherung ist zu bejahen. Die erstrebte Bereicherung ist obj. rechtswidrig, auch darauf bezog sich der Vorsatz.

### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

### 3. Ergebnis

B hat sich gemäß § 263 I strafbar gemacht.

## II. § 267 I Alt. 1 u. 3 durch Unterzeichnung des Eröffnungsformulars

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

Durch die Unterzeichnung des Kontoeröffnungsformulars hat B eine verkörperte menschliche Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion) sowie ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion), *hergestellt*.<sup>42</sup>

Die Urkunde ist, da der aus ihr hervorgehende Aussteller (S) und der tatsächliche Aussteller (B) nicht identisch sind, auch *unecht* iSd Norm.<sup>43</sup>

Diese Urkunde hat B, um in den Besitz einer ec-Karte zu gelangen, ferner iSd Alt. 3 *gebraucht*.

An Vorsatz und Täuschungsabsicht bestehen keine ersichtlichen Zweifel.

Allenfalls das Verhältnis der Alt. 1 und 3 bedarf der Erläuterung:

Ganz überwiegend wird bei Ingebrauchnahme einer Urkunde nach ihrer Herstellung von einer einheitlichen Urkundenfälschung (iSd § 267 I) ausgegangen.

Zum Teil wird § 267 I Alt. 3 als mitbestrafte Nachtat eingeordnet, während wieder andere die Alt. 1 u. 2 als mitbestrafte Vortaten begreifen.<sup>44</sup>

Entscheidungserheblich ist der Streit freilich nicht, wenngleich die Annahme einer einheitlichen Urkundenfälschung nahe liegt.

### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

### 3. Ergebnis

B hat sich gemäß § 267 I strafbar gemacht.

<sup>35</sup> Treffend daher MK-*Hefendehl*, § 263, Rn. 313.

<sup>36</sup> BGH NStZ 2014, 318, 320 (mwN).

<sup>37</sup> Vgl. die Ausführungen auf der vorangegangenen Seite zum Verhältnis von Vermögensverfügung und Vermögensschaden

<sup>38</sup> Eine (schadensgleiche) Vermögensgefährdung in Fällen der Ausgabe von ec- sowie Kreditkarten grds. bejahend daher BGHSt 33, 244, 246; 47, 160, 167.

<sup>39</sup> Kritisch daher *Labsch*, NJW 1986, 104, 105; das BVerfG sieht indes keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot: BVerfG NJW 2012, 907, 916 (zu § 266).

<sup>40</sup> LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., 2012, § 263 Rn. 168.

<sup>41</sup> AA ist gut vertretbar. Dann würde es an einer Vermögensminderung und/oder einem Vermögensschaden fehlen, womit § 263 I zu verneinen wäre.

<sup>42</sup> Vgl. erneut *Fischer*, § 267 Rn. 2.

<sup>43</sup> *Fischer*, § 267 Rn. 27.

<sup>44</sup> Zum Ganzen Schönke/Schröder-*Heine/Schuster*, § 267 Rn. 79 ff.

**III. § 267 I Alt. 1 durch Unterschrift auf der ec-Karte**

Auch durch die Unterschrift auf der ec-Karte stellt B eine unechte Urkunde her. Insoweit kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.

**IV. § 281 I Alt. 1 (Missbrauch von Ausweispapieren)**

Schließlich verwirklicht B durch die Vorlage des fremden Ausweises den Tatbestand des § 281 I.

**Tatkomplex III: Die Abhebungs-Vorgänge (Strafbarkeit des B)****A. Die Abhebung bei der eigenen Bank<sup>45</sup>****I. § 263 I**

Es fehlt an der Täuschung *eines Menschen*, sodass § 263 I – durch Gebrauch der „erschlichenen“ Bankkarte – ausscheiden muss.

**II. § 263a I Alt. 3 (Unbefugte Verwendung von Daten)****1. Tatbestandsmäßigkeit****a) Objektiver Tatbestand**

B beeinflusst das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs, indem er die ec-Karte und die PIN am Automaten verwendet.

Damit bleibt fraglich, ob B auch „unbefugt“ gehandelt hat. Immerhin hatte er vor, Geld abzuheben, ohne jemals Einzahlungen auf das Konto zu leisten, um etwaige negative Salden wieder auszugleichen.

Die Auslegung des Merkmals „unbefugt“ ist streitig:

**aa) Subjektivierende Auslegung**

Nach der am weitesten gehenden sog. subjektivierenden Auslegung ist jede Datenverarbeitung „unbefugt“, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Rechtsgutinhalters widerspricht.<sup>46</sup>

**bb) Computerspezifische Auslegung**

Andere möchten computerspezifisch auslegen und in der Folge unbefugtes Handeln erst dann annehmen, wenn „gegen das Programm“ gehandelt wird. Dies zeige sich dann, wenn gegen einen Willen gehandelt wird, der im Programm „verkörpert“ wurde und aus diesem erkenntlich wird.<sup>47</sup>

**cc) Betrugsspezifische Auslegung**

Nach der betrugsspezifischen Auslegung erfasst § 263a die Fälle, in denen im Betrugsbereich der Täter durch konkludentes Verhalten gegenüber einer natürlichen Person täuschen würde, wie es etwa der Fall wäre, wenn der Täter seine Berechtigung vorspiegelt.<sup>48</sup>

Dabei ist entscheidend, welche Prüfungspflichten einer natürlichen Person – hier: einem Schalterangestellten – bei Auszah-

lungen an einen (berechtigten) Kontoinhaber auferlegt werden.<sup>49</sup>

**dd) Relevanz**

Nach der subjektivierenden Auslegung wäre die Unbefugtheit iSd Vorschrift zu bejahen; immerhin entspricht es nicht dem mutmaßlichen Willen der Bank, dass B Geld abhebt, ohne jemals Einzahlungen vorzunehmen.

Die computerspezifische Auffassung wiederum müsste feststellen, dass das Programm als solches regelkonform genutzt wurde, sodass B danach nicht „unbefugt“ gehandelt hätte.

Im Rahmen der betrugsspezifischen Auslegung hängt die Entscheidung der Frage letztlich davon ab, ob man einem (fiktiven) Bankangestellten nur eine Prüfpflicht in Ansehung der generellen Berechtigung des Abhebenden auferlegt oder ob man ihn mit einer Bonitätsprüfung belastet.

Aufgrund der unterschiedlichen Ergebnisse bedarf es einer Entscheidung.

**ee) Stellungnahme**

Wenngleich der Wortlaut („unbefugt“) eine Subjektivierung nahelegt, führt die *subjektivierende Auslegung* im Ergebnis dazu, dass jegliches vertragswidrige Verhalten mit Strafe bedroht ist. Letztlich würde ein „allgemeines Vermögensschädigungsdelikt“ geschaffen.<sup>50</sup>

Dem ultima ratio Charakter des Strafrechts liefe diese Auslegung zuwider und ist daher abzulehnen.

Die *computerspezifische Auslegung* stellt den wohl engsten Bezug zur amtlichen Gesetzesüberschrift her. Dennoch ist problematisch, dass etwa die Benutzung von Karten, die im Wege verbotener Eigenmacht erlangt wurden, nicht von § 263a I Alt. 3 erfasst werden könnten, was der gesetzgeberischen Intention zuwiderliefe.<sup>51</sup>

Schließlich verkennt diese Auslegung die Nähe der Vorschrift zum „klassischen“ Betrug iSd § 263: § 263a ist insoweit „Lückenschließer“, der Verhaltensweisen pönalisieren soll, die in Ermangelung menschlicher Entscheidungsprozesse nicht unter § 263 fallen, in ihrem Unrechtsgehalt aber vergleichbar sind.

Die Ausklammerung der menschlichen Komponente durch Konzentration auf den (computerinternen) Verarbeitungsprozess wird diesem Näheverhältnis erkennbar nicht gerecht.<sup>52</sup>

Die *betrugsspezifische Auslegung* sieht sich solcher Kritik nicht ausgesetzt, im Gegenteil findet sie verlässliche Stütze in der Normgenese und aus der systematischen Stellung zu § 263 StGB, weshalb sie vorzugswürdig ist. Sie führt vorliegend nur dann zur Unbefugtheit, wenn ein fiktiver Bankangestellter die Bonität des B überprüfen würde.<sup>53</sup>

<sup>45</sup> Merke: Weist bereits der Sachverhalt auf die Unterschiedlichkeit der genutzten Bankautomaten hin, gilt es stets, zwischen den einzelnen (Abhebungs-)Vorgängen zu differenzieren.

<sup>46</sup> Dafür etwa Mitsch, JZ 1994, 877, 883 f.

<sup>47</sup> So etwa OLG Celle NSTZ 1989, 367.

<sup>48</sup> BGHSt 47, 160, 162 f.; 50, 174, 179 f.; Fischer, § 263a Rn. 11; Schönlke/Schröder-Perron, § 263a Rn. 2.

<sup>49</sup> Vgl. dazu BGHSt 47, 160, 163.

<sup>50</sup> MK-Wohlers/Mühlbauer, § 263a Rn. 45.

<sup>51</sup> MK-Wohlers/Mühlbauer, § 263a Rn. 42.

<sup>52</sup> BGHSt 47, 160, 162 f.

<sup>53</sup> Dafür etwa Lackner/Kühl, § 263a Rn. 14.

Indes prüft der Computer die Bonität des Abhebenden gerade nicht. Vielmehr prüft dieser lediglich, ob sich der Abhebende „im Rahmen des Verfügungsrahmens bewegt“<sup>54</sup>.

Ein Gleichlauf der §§ 263, 263a ist aber nur dann zu gewährleisten, wenn der fiktive Bankangestellte in die Prüfpflichten des Computers lediglich insoweit eintritt, wie sie diesem selbst obliegen.<sup>55</sup>

Damit ist das Handeln des B gerade nicht als unbefugt zu qualifizieren.

### b) Zwischenergebnis

In Ermangelung einer „unbefugten“ Verwendung von Daten scheidet der objektive Tatbestand des § 263a I Alt. 3 aus.<sup>56</sup>

### 2. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß § 263a I Alt. 3 strafbar gemacht.

### III. § 266b I

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Scheck- oder Kreditkarte

Fraglich ist bereits, ob die von B verwendete ec-Karte *Scheck- oder Kreditkarte* iSd § 266 I ist.

Ersteres ist – seit Beendigung des sog. Euroschecksystems zum 31.12.2001 – unter Beachtung der Wortlautgrenze zu verneinen.<sup>57</sup>

Umstritten ist dagegen, inwieweit ec-Karten Kreditkartenfunktion zukommt. Während die Subsumtion der ec-Karte unter den Begriff der „Kreditkarte“ zum Teil kategorisch abgelehnt wird,<sup>58</sup> plädieren einige Stimmen für eine grundsätzliche Einbeziehung in den Schutzbereich der Vorschrift, da der ec-Karte jedenfalls auch – partielle – Kreditkartenfunktion zugesprochen werden könne.<sup>59</sup>

##### bb) Missbrauch

Die Frage nach der generellen Einbeziehung von ec-Karten kann dahinstehen, wenn es an einem „Missbrauch“ iSd Vorschrift fehlt.

Charakteristisch für den § 266b, der „nur“ eine Ergänzung zu § 266 darstellt<sup>60</sup>, ist die vom Karteninhaber bewirkte Verpflichtung des Kartenausstellers gegenüber einem *Dritten*.<sup>61</sup>

Diese auf Sinn und Zweck der Vorschrift gerichtete Betrachtung findet ihre Bestätigung im Wortlaut, der eine „Veranlas-

sung“ des Ausstellers zu einer Zahlung verlangt. D.h. aber, dass bei einer Abhebung am institutseigenen Bankautomaten – in Ermangelung der Verpflichtung der Hausbank gegenüber einem Dritten – niemals der Tatbestand des § 266b I verwirklicht werden kann.<sup>62</sup>

### b) Zwischenergebnis

Gegenüber der eigenen Bank fehlt es an einem missbräuchlichen Handeln des B.

### 2. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß § 266b I strafbar gemacht.

### IV. § 242 I

In Ansehung der Ansichnahme der Geldscheine ist weiter an einen Diebstahl zu denken.

Die ausgebende Bank will jedoch die Geldscheine regelmäßig an den – den Automaten grds. ordnungsgemäß nutzenden – Kunden nach Maßgabe des § 929 S. 1 BGB übereignen.<sup>63</sup> Danach fehlt es bereits an der notwendigen Fremdheit.

Verneint man hingegen eine wirksame Übereignung<sup>64</sup> (und kommt dementsprechend zur Fremdheit der Geldscheine), steht der Bejahung einer Wegnahme regelmäßig ein tatbestandliches Einverständnis entgegen: Die Bank möchte den Gewahrsam an denjenigen übertragen, der den Automat ordnungsgemäß bedient. Ob dieser die Karte als Nichtberechtigter nutzt, weil er diese vorher etwa entwendet hat, oder ob er in der Absicht handelt, die Bank zu schädigen (so hier), kann dabei keine Rolle spielen. Das Einverständnis ist faktischer Natur; dringt eine mögliche Beschränkung des Einverständnisses nicht nach außen, bleibt es bei der allgemeinen Gestattung.<sup>65</sup>

Ein Diebstahl nach § 242 I an den Geldscheinen scheidet damit aus.<sup>66</sup>

### V. § 246 I

Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung scheidet aufgrund mangelnder Fremdheit der Geldscheine oder aufgrund der Einwilligung in die Zueignung aus (vgl. die Ausführungen unter IV.).

### VI. § 265a I (Erschleichen von Leistungen)

Der Bankautomat ist bereits kein „Leistungsautomat“.<sup>67</sup>

Ferner fehlt es an der Entgeltlichkeit der Nutzung.

## B. Die Abhebung bei der fremden Bank

### I. § 263 I

Auch hier wird kein Mensch getäuscht.

<sup>54</sup> BGHSt 47, 160, 163.

<sup>55</sup> Ebenso BGHSt 47, 160, 163; *Altenhain*, JZ 1997, 752, 758; *Fischer*, § 263a Rn. 14a; *Schönke/Schröder-Perron*, § 263a Rn. 11.

<sup>56</sup> AA ist aber – unter Heranziehung einer umfassenderen Prüfpflicht des fiktiven Bankangestellten – ebenso vertretbar. Der subjektive Tatbestand bereitet dann keine weiteren Probleme, sodass § 263a I Alt. 3 letztlich zu bejahen wäre.

<sup>57</sup> *Schönke/Schröder-Perron*, § 266b Rn. 4; *Rengier*, BT 1, 17. Aufl., 2015, § 19, Rn. 2.

<sup>58</sup> *MK-Radtke*, § 266b Rn. 32; *Schönke/Schröder-Perron*, § 266b Rn. 5a.

<sup>59</sup> *Rengier*, BT 1, § 19, Rn. 23, 27; *NK-Kindhäuser*, § 266b Rn. 21.

<sup>60</sup> § 266b schließt die Lücke, die § 266 insoweit hinterlässt, als Bankkunden gegenüber ihrem Kreditinstitut keine Vermögensbetreuungspflicht haben, welche § 266 aber auch für seine Alt. 1 (Missbrauch) nach h.M. voraussetzt.

<sup>61</sup> *Rengier*, BT 1, § 19, Rn. 11 f.

<sup>62</sup> BGHSt 47, 160, 165; *Rengier*, BT 1, § 19, Rn. 25; *NK-Kindhäuser*, § 266b Rn. 22.

<sup>63</sup> *Rengier*, BT 1, 13. Aufl., 2011, § 19, Rn. 26.

<sup>64</sup> BayObLG NJW 1987, 663, 664.

<sup>65</sup> BGHSt 35, 152, 158 ff.; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn. 51; *LK-Vogel*, 12. Aufl., 2010, § 242 Rn. 117 (m.w.N.); aA etwa BayObLG NJW 1987, 663, 664; *Schönke/Schröder-Eser/Bosch*, § 242 Rn. 36a.

<sup>66</sup> Wer den Gewahrsamsbruch bejaht (vertretbar, vgl. etwa BayObLG, Fn. 64), kommt i.E. zur Verwirklichung des § 242 I.

<sup>67</sup> Vgl. die Übersicht bei *Lackner/Kühl*, § 265a Rn. 2.

**II. § 263a I Alt. 3**

Auch bei der Abhebung an der Fremdbank müsste es sich um ein „unbefugtes“ Verwenden von Daten iSd Vorschrift gehandelt haben.

Unter konsequenter Heranziehung der *betrugsäquivalenten Auslegung* – bei Begrenzung des Prüfungsrahmens des fiktiven Bankangestellten auf die Einhaltung des Verfügungsrahmens – kann sich für die Abhebung bei der Fremdbank kein abweichendes Ergebnis ergeben:

Bewegt sich der Abhebende im Bereich des Verfügungsrahmens, würde auch der fiktive Angestellte der Fremdbank nicht getäuscht, sodass es letztlich an einem tatbestandsmäßigen Handeln iSd § 263a I Alt. 3 fehlt.

**III. § 266b I****1. Tatbestandsmäßigkeit****a) Objektiver Tatbestand**

Während es bei der Abhebung am eigenen Bankinstitut am für § 266b charakteristischen „Drei-Personen-Verhältnis“ fehlt,<sup>68</sup> verhält sich dies bei der Abhebung am Automaten einer Fremdbank anders. Ausweislich des Sachverhaltes bewirkt die Abhebung am fremden Automaten die Einziehung der Forderung in entsprechender Höhe beim eigenen Bankinstitut. Darin ist aber – unter Beachtung von Sinn und Zweck der Vorschrift – eine Zahlungsveranlassung iSd § 266b I zu sehen.<sup>69</sup> Indes ist ein Missbrauch iSd Norm nur bei Benutzung eines tauglichen Tatobjekts – namentlich einer *Kreditkarte* – möglich.<sup>70</sup>

**aa) Fehlende Vergleichbarkeit**

Hält man die ec-Karte nur für einen „Schlüssel“, der den Zugang zum Konto ermöglicht, fehlt es von vornherein an der Vergleichbarkeit mit einer echten Kreditkarte.<sup>71</sup> Ferner findet bei Nutzung einer ec-Karte quasi umgehend eine Belastung des eigenen Kontos statt, während eine Abrechnung der Kreditkarten-Zahlungen lediglich monatlich erfolgt.<sup>72</sup> Schließlich sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte zunächst gegen eine Einbeziehung von ec-Karten: Stimmen der Literatur meine daher, was der Gesetzgeber bei Schaffung der Vorschrift nicht im Blick gehabt habe, könne nicht – unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen im Zahlungsverkehr – in die Norm hineingelesen werden.<sup>73</sup>

**bb) Einbeziehungsbedürfnis**

Gegen eine Sicht der ec-Karte als bloßen Schlüssel wird vorgebracht, dass am Ende des Abhebungsvorganges – jedenfalls nach h.M. – eine wirksame Übereignung stehe, weshalb eine andere Sicht den „Wert“ der Karte unzulässig auf den eines „Türöffners“ reduzierte.<sup>74</sup>

Letztlich wird – insofern vom Ergebnis her gedacht – auf das Resultat des Vorganges, der Zugriffsmöglichkeit eines Dritten

(Fremdbank) auf das Vermögen des ausstellenden Instituts, abgestellt:

Dieses Resultat sei der tatbestandsmäßige Kern des § 266b, sodass sich eine Einbeziehung von ec-Karten schon deshalb aufdränge, so der BGH.<sup>75</sup>

**cc) Stellungnahme**

Dem Argument, der Wortlaut („Kreditkarte“) lasse eine Einbeziehung nicht zu, ist entgegenzuhalten, dass auch eine Auslegung im Sinne einer „Karte, mit der ein Kredit erlangt werden kann“ nah liegt.<sup>76</sup>

Zudem hat der Gesetzgeber mit § 266b StGB auf Strafbarkeitslücken reagiert, die sich insbesondere aus dem Fehlen einer Vermögensbetreuungspflicht des Karteninhabers gegenüber dem ausstellenden Institut (Ausschluss des § 266) ergaben.<sup>77</sup>

§ 266b ist damit untreueähnlich ausgestaltet und nimmt Konstellationen in den Blick, in welchen dem Karteninhaber die Möglichkeit zukommt, die ausgebende Stelle – sei es im Wege der Garantienhaftung oder unter Heranziehung der „Vereinbarungen für das Deutsche ec-Geldautomatensystem“ sowie der „Richtlinien für das Deutsche ec-Geldautomatensystem“ – gegenüber einem (Dritt-)Institut zu verpflichten.<sup>78</sup>

Die ratio legis der Vorschrift legt daher eine weitere Auslegung des Begriffes der Kreditkarte nahe, die sich – im Übrigen – noch in den Grenzen des Wortsinnes bewegt.

Damit stellt die ec-Karte ein taugliches Tatobjekt dar.<sup>79</sup>

Das Vorliegen eines Missbrauchs – bei Benutzung eines fremden Automaten – wurde bereits oben aufgezeigt.

**b) Subjektiver Tatbestand**

B handelte sowohl in Ansehung des Missbrauchs als auch in Ansehung der Schädigung vorsätzlich.<sup>80</sup>

**2. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

**3. Ergebnis**

B hat sich gemäß § 266b I strafbar gemacht.

**IV. §§ 242 I, 246 I**

Die Verwirklichung der §§ 242 I, 246 I scheidet aus den oben genannten Gründen aus.

**Tatkomplex IV: Der Fernseher-Kauf (Strafbarkeit des B)****I. § 266b I**

Gegenüber der ausstellenden Bank ist zwar an § 266b I zu denken. Doch nahm B ausweislich des Sachverhaltes lediglich am *elektronischen Lastschriftverfahren* teil. Bei diesem Verfahren kommt es – im Unterschied zum sog. *Point-of-Sales-Verfahren*,

<sup>68</sup> Vgl. dazu A. III. 1. a) bb) unter TK III.

<sup>69</sup> BGHSt 47, 160, 164 f.

<sup>70</sup> Vgl. bereits A. III. 1 a) aa) unter TK III.

<sup>71</sup> *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 37. Aufl., 2014, Rn. 796 f.

<sup>72</sup> Schönke/Schröder-Perron, § 266b Rn. 5a.

<sup>73</sup> *MK-Radtke*, § 266b Rn. 32.

<sup>74</sup> *NK-Kindhäuser*, § 266b Rn. 21.

<sup>75</sup> BGHSt 47, 160, 164 f.

<sup>76</sup> *Treffend Rengier*, BT 1, § 19, Rn. 23.

<sup>77</sup> So auch *MK-Radtke*, § 266b Rn. 2.

<sup>78</sup> *Treffend Kudlich*, JuS 2003, 537, 540.

<sup>79</sup> AA ist an dieser Stelle gut vertretbar!

<sup>80</sup> Zum Vorsatz vgl. etwa Schönke/Schröder-Perron, § 266b Rn. 11.

bei welchem der Karteninhaber seine PIN im Geschäft eingeben muss – gerade nicht zu einem Garantievertrag zwischen ausstellendem Institut und Einzelhändler. D.h. aber, dass eine Verpflichtung des Ausstellers nicht bewirkt wird, sodass § 266b I ausscheiden muss.<sup>81</sup>

## II. § 263a I Alt. 3 zu Lasten der Bank

Ungeachtet der Frage, ob Karteninhaber B „unbefugt“ iSd Vorschrift handelt, was unter Beachtung der Ausführungen zur Strafbarkeit nach § 263a I Alt. 3 beim Abheben an Bankautomaten wohl zu verneinen ist, fehlt es jedenfalls an einem Vermögensschaden aufseiten der Bank, die, wie zuvor festgestellt wurde, durch Nutzung des *elektronischen Lastschriftverfahrens* gerade nicht verpflichtet wird.

## III. § 263a I Alt. 3 zu Lasten des Händlers

§ 263a I verlangt in all seinen Alternativen, dass der Vermögensschaden auf Opferseite gerade *durch* die Einwirkung auf den Datenverarbeitungsvorgang hervorgerufen wird („*dadurch*“). Die Hingabe der ec-Karte ermöglicht im elektronischen Lastschriftverfahren aber einzig die Vereinfachung der Erstellung einer – vom Kunden zu unterzeichnenden – *Einzugsermächtigung*. Das Risiko, dass das Konto nicht hinreichend gedeckt ist, trägt der – die Karte entgegennehmende – Händler. Dem Datenverarbeitungsvorgang selbst fehlt also jede Vermögensrelevanz.<sup>82</sup> Der (mögliche) Vermögensschaden beruht vielmehr auf dem enttäuschten Vertrauen des Händlers in die Bonität des Kunden, sodass einzig § 263 I in Betracht kommt.<sup>83</sup>

## IV. § 263 I zu Lasten des Händlers

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Täuschung

B täuscht darüber, dass das Konto, welches bezogen werden soll, auf Anforderung (Lastschrift-Einzugsauftrag) ausreichende Deckung (jdf. zum Moment des Einzugs) aufweist.

##### bb) Irrtum

Der Händler bzw. dessen Vertreter<sup>84</sup> irrt über die Zahlungsfähigkeit und –bereitschaft des Kunden.

##### cc) Vermögensverfügung bzw. Vermögensschaden

Die (bewusste) Vermögensverfügung liegt in der Herausgabe des Fernsehers. Darin liegt auch schon eine schadensgleiche Vermögensgefährdung. Dem Händler stehen zwar Ansprüche zu. Er macht diese jedoch im Moment der Hingabe nicht geltend und sichert sie auch nicht anderweitig, da er meint, durch die Hingabe der Einzugsermächtigung an sein Geld zu kommen. Damit ist auch ein (stoffgleicher) Vermögensschaden gegeben.

## b) Subjektiver Tatbestand

Auch der subjektive Tatbestand wird verwirklicht. Bereicherungsabsicht liegt vor. Die Bereicherung war auch rechtswidrig. Auch darauf bezog sich der Vorsatz.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## 3. Ergebnis

B hat sich gemäß § 263 I strafbar gemacht.

## V. § 267 I Alt. 3 durch Vorlage der ec-Karte

B hat die Karte mit einer nachgeahmten Unterschrift versehen (Sachverhalt), dies macht sie zu einer unechten Urkunde (s.o.).

Durch das Hinreichen der Karte beim Händler verwendet er sie vorsätzlich zur Täuschung im Rechtsverkehr.

## VI. § 267 I Alt. 1 u. Alt. 3 durch Unterschrift auf dem Lastschriftbeleg

Der Lastschriftausdruck hat selbst noch keine Urkundsqualität. Er lässt den Aussteller nicht erkennen. Durch die Unterschrift macht der Unterschreibende sich jedoch die (maschinelle) Erklärung zu eigen. Damit hat der unterschriebene Lastschriftbeleg Urkundsqualität.

Die so geschaffene Urkunde ist unecht, da sie nicht vom namentlich bezeichneten S, sondern tatsächlich dem B herrührt. Zunächst wird also eine unechte Urkunde hergestellt (Alt. 1). Daraufhin wird sie sogleich durch Übergabe an den Händler (respektive den Kassierer) auch zur Täuschung im Rechtsverkehr vorsätzlich verwendet (Alt. 3).

## Tatkomplex V: Zurück in der Taverne

### I. Strafbarkeit des B nach § 259 I Alt. 2 (Absetzen)

Sowohl in Ansehung eines Teiles des abgehobenen Geldes (50 €) als auch in Ansehung des Fernsehers kommt, da beide Gegenstände aus Straftaten stammen, die gegen fremdes Vermögen gerichtet sind (§ 266b I Alt. 2 bzw. § 263 I), eine Strafbarkeit wegen Absatz-Hehlerei in Betracht. Jedoch kann der Täter der Vortat niemals zugleich Hehler sein: Die betreffende Sache muss ausweislich des Wortlautes des § 259 I *von „einem anderen“* erlangt worden sein.<sup>85</sup>

### II. Strafbarkeit des H

#### 1. § 259 I Alt. 1 (Sich-Verschaffen) durch Annahme des Bieres

##### a). Tatbestandsmäßigkeit

##### aa) Objektiver Tatbestand

Unter dem Sich-Verschaffen iSd Vorschrift ist die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt im Einvernehmen mit dem Vortäter zu verstehen.<sup>86</sup>

Indes erlangt H zu keinem Zeitpunkt die Verfügungsgewalt über die Geldscheine, sondern lediglich über das – unter Zuhilfenahme der Geldscheine bezahlte – Bier.

<sup>81</sup> NK-Kindhäuser, § 266b Rn. 18.

<sup>82</sup> Rengier, BT 1, § 14, Rn. 47.

<sup>83</sup> Rengier, BT 1, Fn. 81; MK-Wohlers/Mühlbauer, § 263a Rn. 53; Schöнке/Schröder-Perron, § 263a Rn. 13

<sup>84</sup> Lebensnah wird von einem Dreiecksbetrug auszugehen sein, der aber hier keine Probleme aufwirft (vgl. ferner bereits Fn. 31).

<sup>85</sup> Dazu BT-Drs. 7/550, S. 252.

<sup>86</sup> Rengier, BT 1, § 22, Rn. 23 (m.w.N.).

Die Hehlerei erfordert aber, das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 259, die *körperliche Identität* von Tatobjekt und Hehlereiobjekt.<sup>87</sup> Die sog. *Ersatzhehlerei* ist dagegen straflos.

#### bb) Zwischenergebnis

In Ermangelung eines tauglichen Hehlereiobjekts ist bereits der objektive Tatbestand des § 259 I zu verneinen.

#### b) Ergebnis

H hat sich nicht gemäß § 259 I Alt. 2 strafbar gemacht.

### 2. § 259 I Alt. 1 (Sich-Verschaffen) durch Annahme des Fernsehers

#### a) Tatbestandsmäßigkeit

##### aa) Objektiver Tatbestand

Der Fernseher rührt aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat (§ 263 zu Lasten des Händlers; s.o.). H erlangt auch – in Vollzug einer Schenkung – die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Gegenstand.<sup>88</sup> Das Einvernehmen des Vortäters ist, da B das Gerät schenkweise übereignet, unzweifelhaft gegeben.

##### bb) Subjektiver Tatbestand

H handelte auch vorsätzlich, insbesondere in Kenntnis der deliktischen Herkunft des Hehlgutes und mit Bereicherungsabsicht.

#### b) Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

#### c) Ergebnis

H hat sich durch Annahme des Fernsehers gemäß § 259 I Alt. 1 strafbar gemacht (Sich-Verschaffen).

### 3. § 259 I Alt. 2 (in Form der Absatzhilfe)

Da B den Fernseher durch die Schenkung an H „los wird“, steht eine Strafbarkeit des H wegen Absatzhilfe im Raum.

Lässt man auch *unentgeltliche* rechtsgeschäftliche Übertragungen im Rahmen des Absetzens genügen,<sup>89</sup> wie dies bei der Schenkung der Fall ist, stellt sich die Anschlussfrage, ob H lediglich *unselbstständiger Unterstützer* des Vortäters bei dessen Bemühungen hinsichtlich der Verwertung der aus der Vortat erlangten Sache ist.<sup>90</sup>

Vorliegend gibt aber eher der sich beklagende H den Impuls zur Weitergabe des Fernsehers durch B. Eine untergeordnete Gehilfenstellung ist in seiner Person jedenfalls nicht auszumachen.

Damit ist § 259 I Alt. 2 nicht verwirklicht.

## Gesamtergebnis und Konkurrenzen

### I. TK I (Bowling):

§ 242 I iVm § 243 I 2 Nr. 6 (Codekarte) steht zu den gemäß § 52 I Alt. 1 Tateinheitlich verwirklichten §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2, 274 I Nr. 1 in Tatmehrheit (§ 53 I):

§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 6; 242 I, 243 I 2 Nr. 2, 274 I Nr. 1, 52 I Alt. 1; 53 I.

### II. TK II (Kontoeröffnung):

§ 263, § 267 in zwei (oder drei, s.o.) Fällen, § 281, (und der noch fortdauernde § 274), § 52. Alle Taten stehen in Tateinheit.

### III. TK III (Abhebungen):

Nach hier vertretener Auffassung hat sich B in Ansehung der Abhebe-Vorgänge lediglich gemäß § 266b I durch Abhebung an der Fremdbank strafbar gemacht.

### IV. TK IV (Fernseher-Kauf):

Betrug (§ 263) und Urkundenfälschung (§ 267) stehen in Tateinheit:

§§ 263 I, 267 I, 52 I Alt. 1.

### V. TK V (Zurück in der Taverne):

Hier hat sich lediglich H gemäß § 259 I Alt. 1 strafbar gemacht.

## ► Inhaltsverzeichnis

<sup>87</sup> Rengier, BT 1, § 22, Rn. 11; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 259 Rn. 13.

<sup>88</sup> Vgl. Fn. 85.

<sup>89</sup> Befürwortend NK-Altenhain, § 259 Rn. 50; dagegen etwa BGH NJW 1976, 1950; MK-Maier, § 259 Rn. 111; Lackner/Kühl, § 259 Rn. 14.

<sup>90</sup> Zum Absetzen-Helfen vgl. nur Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 259 Rn. 31 (m.w.N.).



## KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Arne Pautsch\*

### „Das verlorene Stipendium“

#### Examensklausur

#### Sachverhalt

Der in Stuttgart wohnhafte Deutsche Rufus (R) war von 2010 bis 2013 als Studierender im Fach Wirtschaftsinformatik an der privaten Hochschule für Wirtschaft und Technik (H) eingeschrieben. Sein Studium beendete er zum Ende des Wintersemesters erfolgreich mit dem Abschluss eines Bachelor of Science (B.Sc.). Die H wird in der Rechtsform einer GmbH geführt und verfügt bis heute über die staatliche Anerkennung als Hochschule für angewandte Wissenschaften (früher: Fachhochschule) des Landes Baden-Württemberg. Sie hat ihren Sitz in der Landeshauptstadt Stuttgart.

Als einer der ersten Studierenden im Land Baden-Württemberg erhielt R gleich zu Beginn des Sommersemesters 2011 ein sog. „Deutschlandstipendium“. Es handelt sich dabei um eine Förderung im Rahmen des nationalen Stipendienprogramms nach dem Stipendienprogramm-Gesetz (StipG), einem Bundesgesetz, das als Gesetz im Sinne von Art. 104a Abs. 3 Satz 2 GG gilt und gemäß Art. 85 GG von den Ländern im Auftrage des Bundes ausgeführt wird.

Mit Bescheid vom 22.02.2011 wurde R für das am 01.03.2011 beginnende Sommersemester 2011 und das Wintersemester 2011/2012, das am 28.02.2012 endete, eine monatliche Förderung in Höhe von 300 Euro in Form eines nicht zurückzahlbaren Zuschusses bewilligt. Einen Folgeantrag auf Weiterförderung für die Folgesemester stellte R nicht mehr, sondern verzichtete wegen einer gut bezahlten Nebenbeschäftigung freiwillig auf weitere Förderung. Insgesamt hatte R bis zum Ende des Wintersemesters 2011/2012 einen Gesamtförderbetrag von 3.600 Euro im Rahmen des Deutschlandstipendiums erhalten.

Die an der H gebildete und für die Stipendienvergabe zuständige „Auswahlkommission“ hatte ihre Auswahlentscheidung zugunsten des R vor allem auf dessen besondere Leistungen vor Aufnahme des Studiums gestützt, da R eine nur durchschnittliche Abiturnote vorweisen kann. Ausschlaggebend war ein von R im Rahmen seiner Bewerbung in Kopie vorgelegtes Dokument, aus dem hervorgeht, dass R im Jahr 2008 als Schüler des Mörrike-Gymnasiums erfolgreich an dem bundesweiten Nachwuchswettbewerb „Jugend forscht“ teilgenommen habe und für die herausragend mit dem 1. Platz honorierte Arbeit „Entwicklung einer E-Learning-Plattform für die gymnasiale Oberstufe“ ausgezeichnet worden war.

Im Januar 2014 stieß der in der Hochschulverwaltung der H für das interne Controlling zuständige Mitarbeiter (M) auf einen mehrseitigen Zeitungsartikel der Regionalzeitung, in dem die

jeweils erstplatzierten Preisträger des Wettbewerbs „Jugend forscht“ der vergangenen zehn Jahre namentlich mit ihren preisgekrönten Entwicklungen vorgestellt wurden, soweit sie aus Baden-Württemberg stammen. R war darunter nicht zu finden. Dies veranlasste M dazu, Nachforschungen über die Echtheit des von R seinerzeit im Auswahlverfahren vorgelegten Dokuments anzustellen. Wie sich schnell herausstellte, handelte es sich dabei um eine von R unter Verwendung des Logos des „Jugend forscht“-Wettbewerbs selbst hergestellte Fälschung. R hatte lediglich an dem Wettbewerb teilgenommen und hierüber eine Teilnahmebescheinigung erhalten, ohne selbst Preisträger zu sein. Auf dieser Grundlage fertigte M zunächst einen Bescheidentwurf für die Aufhebung der ursprünglichen Stipendienbewilligung und die Rückforderung der Gelder, ließ diesen wegen hohen Arbeitsanfalls aber zunächst liegen.

Mit Bescheid vom 30.03.2015, der dem R durch Einschreiben mit Rückschein ausweislich des Vermerks auf dem Rückschein am 01.04.2015 zugestellt worden und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen ist, hob die H den Bescheid vom 22.02.2011 über die Bewilligung des Stipendiums mit Wirkung für die Vergangenheit auf und forderte R zugleich zur Rückzahlung der 3.600 Euro nebst gesetzlicher Verzinsung auf. Zur Begründung führte die H aus, dass das Stipendium bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage nicht hätte gewährt werden dürfen. R habe mit der Vorlage eines gefälschten Dokuments die Auswahlkommission „hinters Licht geführt“ und vorgegeben, einen hochrangigen Preis erhalten zu haben, der seine besonderen Leistungen herausstelle. Dies sei das tragende Argument für die Förderentscheidung gewesen.

R ist der Auffassung, dass die H die Förderung nicht zurücknehmen und auch das Geld nicht zurückverlangen dürfe. Zum einen sei die H eine private Hochschule in der Rechtsform einer GmbH und nicht eine Behörde. Deshalb dürfe sie gar keine Bescheide wie den vorliegenden erlassen. Außerdem komme es auf Preise wie den bei „Jugend forscht“ verliehenen bei der Stipendienvergabe nicht an. Die Vorlage des gefälschten Dokuments möge ein zu bereuender Fehler sein, ändere aber nichts an seiner Unbeachtlichkeit für die Auswahlentscheidung. Schließlich wendet R ein, dass die Rückforderung ohnehin viel zu spät komme. Die H hätte sich seit der Stipendienvergabe so viel Zeit gelassen, dass ihr Rückforderungsanspruch in jedem Fall verjährt sei. Das müsse selbst dann so sein, wenn die H die Rückforderung auf dem „Verwaltungswege“ per Bescheid vornehme.

Vorsorglich verfasst R ein mit „Widerspruch“ überschriebenes Schreiben, das er am 04.05.2015 persönlich bei M abgibt, der auf dem Schriftstück den Vermerk „Heute von R abgegeben,

\* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

aber wohl verfristet, gez. i.A. M.“ anbringt. Da die H sich vor diesem Hintergrund nicht in der Lage sieht, dem Widerspruch abzuwehren, wendet sie sich an das Wissenschaftsministerium des Landes (W) und bittet darum, sich der Sache anzunehmen.

### Aufgabe

Prüfen Sie in einem Gutachten die Erfolgsaussichten des Widerspruchs des R gegen die Rückforderung der Stipendienleistungen durch H.

### Hinweise

Im Gutachten sind alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachterlich – zu behandeln. Auf die nachfolgend abgedruckten Auszüge aus dem StipG und der StipV wird hingewiesen. Das Wissenschaftsministerium (W) ist die nach § 72 Abs. 1 des Landeshochschulgesetzes (BW-LHG) zuständige Aufsichtsbehörde der H. Entsprechende Bestimmungen finden sich auch in den übrigen Landeshochschulgesetzen.

## Auszug aus dem Gesetz zur Schaffung eines nationalen Stipendienprogramms

### (Stipendienprogramm-Gesetz - StipG):

#### § 1 Fördergrundsatz

(1) An staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschulen in Deutschland, mit Ausnahme der Hochschulen in Trägerschaft des Bundes, werden zur Förderung begabter Studierender, die hervorragende Leistungen in Studium oder Beruf erwarten lassen oder bereits erbracht haben, nach Maßgabe dieses Gesetzes Stipendien vergeben.

(2) Nicht förderfähig sind Studierende, die eine Verwaltungsfachhochschule besuchen, sofern sie als Beschäftigte im öffentlichen Dienst Anwärterbezüge oder ähnliche Leistungen aus öffentlichen Mitteln erhalten.

(3) Die Befugnis der Länder, begabte Studierende auf Grund von Landesrecht zu fördern, sowie besondere Förderungsmaßnahmen für bestimmte Fachgebiete oder Personengruppen bleiben unberührt. Die von der Bundesregierung finanzierte Förderung begabter Studierender durch die Begabtenförderungswerke, durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst und durch die Stiftung Begabtenförderung berufliche Bildung bleibt unberührt.

#### § 2 Bewerbung, Auswahl und regelmäßige Eignungs- und Leistungsprüfung

(1) Die Stipendien werden nach Durchführung eines Auswahlverfahrens durch die Hochschulen auf Antrag des Bewerbers vergeben, wenn die Hochschule ein entsprechendes Auswahlverfahren ausgeschrieben hat. Bewerben kann sich, wer

1. die für das Studium erforderlichen Zugangsvoraussetzungen erfüllt und
2. vor der Aufnahme des Studiums an der jeweiligen Hochschule steht oder bereits dort immatrikuliert ist.

(2) Die Durchführung des Auswahlverfahrens liegt in der Verantwortung der Hochschulen.

Die Verfahren sind so zu gestalten, dass

die Einhaltung der Auswahlkriterien für die Bewerber und Bewerberinnen nachvollziehbar ist,

sie unabhängig von den in § 1 Absatz 3 Satz 2 genannten Einrichtungen durchgeführt werden und

eine Einflussnahme der privaten Mittelgeber auf die Auswahl der zu fördernden Studierenden ausgeschlossen ist. Die Hochschulen können

Vertreter der privaten Mittelgeber mit beratender Funktion in Auswahlgremien berufen.

(3) Die Hochschulen prüfen regelmäßig, ob Begabung und Leistung des Stipendiaten oder der Stipendiatin eine Fortgewähr des Stipendiums rechtfertigen.

(4) Nach Landesrecht staatlich anerkannte Hochschulen werden mit den Aufgaben der Auswahl und Stipendienvergabe nach diesem Gesetz betraut. Die Betraute untersteht der Aufsicht der zuständigen obersten Landesbehörde. Die Betrauung endet mit dem Verlust der staatlichen Anerkennung.

#### § 3 Auswahlkriterien

Die Stipendien werden nach Begabung und Leistung vergeben. Neben den bisher erbrachten Leistungen und dem bisherigen persönlichen Werdegang sollen auch gesellschaftliches Engagement, die Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen oder besondere soziale, familiäre oder persönliche Umstände berücksichtigt werden, die sich beispielsweise aus der familiären Herkunft oder einem Migrationshintergrund ergeben. [...]

#### § 6 Bewilligung und Förderungsdauer

(1) Die Entscheidung über den Antrag erfolgt schriftlich. Die Bewilligung eines Stipendiums umfasst die Entscheidung über den Bewilligungszeitraum, die Höhe des Stipendiums sowie die Förderungsdauer. Der Bewilligungszeitraum soll mindestens zwei Semester betragen. Die Förderungshöchstdauer richtet sich nach der Regelstudienzeit im jeweiligen Studiengang. [...]

## Auszug aus der Verordnung zur Durchführung des Stipendienprogramm-Gesetzes

### (Stipendienprogramm-VO - StipV):

#### § 2 Auswahlkriterien

(1) Leistung und Begabung im Sinne des § 3 Satz 1 des Gesetzes können insbesondere wie folgt nachgewiesen werden:

1. für Studienanfängerinnen und Studienanfänger durch
  - a. die Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung unter besonderer Berücksichtigung der für das gewählte Studienfach relevanten Einzelnoten oder
  - b. die besondere Qualifikation, die zum Studium an dieser Hochschule berechtigt,
2. für bereits immatrikulierte Studierende durch die bisher erbrachten Studienleistungen, insbesondere die erreichten ECTS-Punkte oder Ergebnisse einer Zwischenprüfung oder eines Vordiploms, für Studierende eines Master-Studiengangs auch die Abschlussnote des vorausgegangenen Studiums,

(2) Bei der Gesamtbetrachtung des Potenzials der Bewerberin oder des Bewerbers sollen außerdem insbesondere berücksichtigt werden außerdem insbesondere berücksichtigt werden

1. besondere Erfolge, Auszeichnungen und Preise, eine vorangegangene Berufstätigkeit und Praktika,

2. außerschulisches oder außerfachliches Engagement wie eine ehrenamtliche Tätigkeit, gesellschaftliches, soziales, hochschulpolitisches oder politisches Engagement oder die Mitwirkung in Religionsgesellschaften, Verbänden oder Vereinen,

3. besondere persönliche oder familiäre Umstände wie Krankheiten und Behinderungen, die Betreuung eigener Kinder, insbesondere als alleinerziehendes Elternteil, oder pflegebedürftiger naher Angehöriger, die Mitarbeit im familiären Betrieb, studienbegleitende Erwerbstätigkeiten, familiäre Herkunft oder ein Migrationshintergrund.

## Gliederung

Erfolgsaussichten des Widerspruchs des R

### A. Zulässigkeit des Widerspruchs

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges,  
§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO analog
- II. Statthaftigkeit des Widerspruchs,  
§ 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO
- III. Widerspruchsbefugnis,  
§ 42 Abs. 2 VwGO analog
- IV. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit,  
§§ 79, 11, 12 VwVfG
- V. Widerspruchsfrist,  
§ 70 Abs. 1 VwGO
- VI. Form,  
§ 70 Abs. 1 VwGO
- VII. Zuständige Behörde,  
§§ 70, 73 VwGO
- VIII. Ergebnis zu A.

### B. Begründetheit des Widerspruchs

#### I. Rechtmäßigkeit der Rücknahme

1. Rechtsgrundlage
  - a) Rechtsgrundlage (Ursprungs-VA)
  - b) Formelle Rechtmäßigkeit (Ursprungs-VA)
  - c) Materielle Rechtmäßigkeit (Ursprungs-VA)
2. Formelle Rechtmäßigkeit der Rücknahme
  - a) Zuständigkeit
  - b) Verfahren
  - c) Form
3. Materielle Rechtmäßigkeit der Rücknahme
  - a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 VwVfG
    - aa) Rechtswidriger VA
    - bb) Begünstigender VA
    - cc) Materieller Vertrauensschutz, § 48 Abs. 2 VwVfG
    - dd) Formeller Vertrauensschutz, §48 Abs. 4 VwVfG
  - b) Rechtsfolge

#### II. Rechtmäßigkeit der Rückforderung

1. Rechtsgrundlage
2. Formelle Rechtmäßigkeit der Rückforderung
  - a) Zuständigkeit
  - b) Verfahren
  - c) Form
3. Materielle Rechtmäßigkeit der Rückforderung
  - a) Leistung der H an R
  - b) Rechtmäßigkeit der Rücknahme der Stipendienbewilligung
  - c) Rechtsfolge

#### III. Rechtsverletzung

#### IV. Ergebnis zu B.

### C. Gesamtergebnis

## Gutachten

Der Widerspruch des R hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit des Widerspruchs

Zunächst müsste der Widerspruch zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn neben den allgemeinen auch die besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen der §§ 68 ff. VwGO vorliegen.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges,

##### § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO analog

Da es sich beim Widerspruchsverfahren um ein behördliches Vorverfahren handelt, der Widerspruch somit einen sog. Vorschaltrechtsbehelf vor Erhebung einer etwaigen verwaltungsgerichtlichen Klage darstellt, kann er nur dann zulässig sein, wenn in der Widerspruchsangelegenheit selbst – nämlich als hypothetischer Hauptsache – der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre.

Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisung ist dies nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu bestimmen, die auf das Widerspruchsverfahren analog anzuwenden ist. Da eine verfassungsrechtliche Streitigkeit mangels Beteiligung von Verfassungsorganen nicht anzunehmen ist, müsste somit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit in Abgrenzung zu den privatrechtlichen Streitigkeiten, für die gemäß § 13 GVG der ordentliche Rechtsweg zu den Zivilgerichten gegeben ist, nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie<sup>3</sup> (früher: Sonderrechtstheorie) dann, wenn ein Hoheitsträger als solcher, d.h. gerade in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger, berechtigt oder verpflichtet wird.

Es müsste sich bei der H folglich um einen Hoheitsträger handeln. Dies könnte allerdings problematisch sein, denn es handelt sich bei der H um eine in der Rechtsform der GmbH geführte private Hochschule und somit um eine juristische Person des Privatrechts. Damit könnte es der H an der Eigenschaft des Hoheitsträgers fehlen und in der Folge für die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zu den Studierenden möglicherweise ausschließlich Privatrecht zur Anwendung kommen und eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ausscheiden.

Hier ist indes zu berücksichtigen, dass es sich bei der H um eine staatlich anerkannte Hochschule handelt, die nach § 72 Abs. 1 BW-LHG der Aufsicht des Wissenschaftsministeriums untersteht. In dieser Eigenschaft nimmt sie hoheitliche Aufgaben unter anderem dadurch wahr, dass ihr nach § 70 Abs. 5 BW-LHG das Recht eingeräumt ist, im Rahmen ihrer staatlichen Anerkennung Hochschulprüfungen abzunehmen, Hochschulgrade zu verleihen und Zeugnisse zu erteilen, welche die gleichen Berechtigungen wie entsprechende Prüfungen, Grade und Zeugnisse der staatlichen Hochschulen vermitteln. Für die hier maßgebliche Frage nach der Hoheitlichkeit des Rechtsverhältnisses, nämlich der Stipendienvergabe an R, knüpft § 2 Abs. 4 StipG an diese staatliche Anerkennung an und beleihet die nach Landesrecht staatlich anerkannten Hochschulen mit den Aufgaben der Auswahl und Stipendienvergabe. Die Auswahl und Stipendienvergabe nach dem StipG ist somit rein

hoheitlich und gerade nicht – wie etwa bei der Förderung durch Begabtenförderwerke<sup>3</sup> – privatrechtlich ausgestaltet.<sup>4</sup> Danach handelt die H als Beliehene bei der Stipendienvergabe nach § 2 Abs. 4 StipG hoheitlich; sie ist insoweit Behörde i.S.v. § 1 Abs. 4 VwVfG<sup>5</sup>. Da die Aufhebung und Rückforderung eines begünstigenden VA wie der Bewilligung eines Stipendiums nach der Kehrseitentheorie ebenfalls einen VA darstellt, war die H auch dafür im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit zuständig. Die streitentscheidenden Normen sind voraussichtlich die §§ 48 ff. VwVfG, die dem Verwaltungsrecht zuzuordnen sind. Damit liegt mit der Aufhebung und Rückforderung der Stipendienleistungen durch H eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Der Verwaltungsrechtsweg ist analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

#### II. Statthaftigkeit des Widerspruchs,

##### § 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO

Der Widerspruch müsste gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO auch der statthafte Rechtsbehelf sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz ein Widerspruchsverfahren vorschreibt, mithin später eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zu erheben wäre. Hier kommt ein Anfechtungswiderspruch in Betracht. Das setzt voraus, dass R die Aufhebung eines belastenden VA begehrt, der sich noch nicht erledigt hat. R wendet sich gegen die Rückforderung der Stipendienleistungen durch den Rückforderungsbescheid der H. Darin ist die Auferlegung einer Geldleistungspflicht – nämlich das Erstattungsbegehren der H – zu sehen, die sich für R als Belastung darstellt. Insoweit liegt mit dem Rückforderungsbescheid ein belastender VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG (vgl. § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG) vor, der tauglicher Gegenstand einer späteren Anfechtungsklage wäre.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass aus dem Sachverhalt nicht ausdrücklich hervorgeht, dass R auch gegen die Aufhebung als solche vorgehen will. Da die Rechtmäßigkeit der Rückforderung gemäß § 49a VwVfG indes nach ganz überwiegender Auffassung nicht die Rechtmäßigkeit der Rücknahme (§ 48 VwVfG) oder des Widerrufs (§ 49 VwVfG) voraussetzt<sup>6</sup>, sondern lediglich eine Unwirksamkeit nach § 43 Abs. 2 VwVfG erheblich wäre, liegt es im Rechtsschutzinteresse des R, auch die Aufhebungsentscheidung nicht bestandskräftig werden zu lassen. Würde die Rücknahmeentscheidung im Widerspruchsverfahren aufgehoben, entfielen damit zugleich die zentrale Tatbestandsvoraussetzung des Rückforderungsanspruchs. Der Widerspruch des R ist also so auszulegen, dass sich dieser sowohl gegen die Aufhebung als auch gegen die Rückforderung richtet.

<sup>3</sup> Dazu etwa OLG Köln, NJW 1967, 735.

<sup>4</sup> Lackner, Deutschlandstipendium, 2014, Kap. C Rn. 80.

<sup>5</sup> Die Darstellung erfolgt länderübergreifend anhand des VwVfG des Bundes; dabei wird freilich vorausgesetzt, dass in jedem Bundesland das jeweilige – mit Ausnahme Schleswig-Holsteins zumeist wortlautgleiche (zum Teil infolge Verweisung) – Landesverwaltungsverfahrensgesetz gilt. Für eine zutreffende Bearbeitung wäre dies bei den auf das BVwVfG verweisenden Ländern in der Bearbeitung wenigstens einmal herauszustellen; in den übrigen Ländern mit eigenem LVwVfG – wie hier in Baden-Württemberg – ist dieses zu zitieren.

<sup>6</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49a Rn. 7a; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 49a Rn. 17; Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 49a Rn. 31.

<sup>2</sup> Dazu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 13 f.

Der Anfechtungswiderspruch des W verfolgt somit zwei Begehren, die aus verfahrensökonomischen Gründen mit demselben Widerspruch verfolgt werden können. In der Sache handelt es sich indes um zwei Widersprüche.

Ein Widerspruchsverfahren ist vorliegend auch nicht nach § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO ausgeschlossen, so dass der Widerspruch der hier statthafte Rechtsbehelf ist.<sup>7</sup>

### III. Widerspruchsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

R müsste analog § 42 Abs. 2 VwGO die Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte geltend machen können. Als Adressat belastender VAe kann R dies jedenfalls im Sinne der Adressatentheorie hinsichtlich Art. 2 Abs. 1 GG (Aufhebung eines begünstigenden VA und Auferlegung einer Geldleistungspflicht mittels Rückforderung haben insoweit Eingriffscharakter).

### IV. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit,

#### §§ 79, 11, 12 VwVfG

Nach Maßgabe von § 79 VwVfG gelten die §§ 11, 12 VwVfG auch im Vorverfahren als behördlichem Rechtsbehelfsverfahren ergänzend im Sinne der Vorschrift.<sup>8</sup> Beteiligungsfähigkeit nach § 11 VwVfG bedeutet die Fähigkeit, Partei des Verwaltungsverfahrens zu sein. Handlungsfähigkeit nach § 12 VwVfG ist die Fähigkeit, selbstständig Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Als natürliche Person ist R gemäß § 11 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG beteiligungsfähig und als nach bürgerlichem Recht Geschäftsfähiger nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG auch handlungsfähig. Die H ist beliehene Behörde i.S.d. § 1 Abs. 4 VwVfG und damit gemäß § 11 Nr. 3 VwVfG beteiligungs- und nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG handlungsfähig.

### V. Widerspruchsfrist, § 70 Abs. 1 VwGO

Die Frist zur Erhebung des Widerspruchs beträgt gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO einen Monat ab Bekanntgabe des VA (§ 41 VwVfG), gegen den sich der Widerspruch richtet. Mangels eigener Fristberechnungsvorschriften in der VwGO bemisst sich die Fristberechnung nach den §§ 187 ff. BGB. Umstritten ist, auf welchem Wege die §§ 187 ff. BGB zur Anwendung gelangen. Eine Auffassung stellt auf den Charakter des Widerspruchsverfahrens als Vorschaltrechtsbehelf und Sachurteilsvoraussetzung einer späteren verwaltungsgerichtlichen Klage ab und gelangt gemäß §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB zur maßgeblichen Fristberechnung nach dem BGB. Demgegenüber argumentiert die Gegenauffassung<sup>9</sup> mit dem Charakter des Widerspruchsverfahrens als behördlichem Kontrollverfahren, für das über §§ 79, 31 VwVfG die §§ 187 ff. BGB zur Anwendung kommen. Im Ergebnis führen beide Ansichten zu demselben Ergebnis, so dass ein Streitentscheid vorliegend entbehrlich ist.

<sup>7</sup> Hier ist darauf hinzuweisen, dass in den Ländern, die nach § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO das Vorverfahren für den Regelfall abgeschafft haben – so etwa Niedersachsen gemäß § 8a Abs. 1 Nds. AG VwGO – an dieser Stelle der Widerspruch nicht statthaft wäre. Das würde dann in der Folge ein hilfs-gutachterliches Weiterprüfen erfordern. Tatsächlich dürfte die hier behandelte (materiell-rechtliche) Problematik in diesen Ländern dann eher in der „Einkleidung“ einer Anfechtungsklage Prüfungsgegenstand sein. An den hier aufgeworfenen Problemen ändert dies indes nichts.

<sup>8</sup> Ziekow, VwVfG, § 79 Rn. 11 f.

<sup>9</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 70 Rn. 6.

Möglicherweise könnte der Widerspruch aber verfristet sein, denn R hat diesen laut Sachverhalt erst am 04.05.2015 persönlich bei der H abgegeben, wie der Vermerk des M bestätigt. Für den Fristbeginn ist der Bekanntgabezeitpunkt (§ 41 VwVfG) als Ereignis i.S.d. § 187 Abs. 1 BGB maßgebend. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Behörde sich einer förmlichen Zustellungsform nach dem Zustellungsgesetz bedient hat, nämlich der Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein (§ 4 Abs. 1 VwVfG). Hier gilt die Drei-Tages-Fiktion nach § 41 Abs. 2 VwVfG für den maßgeblichen Fristbeginn nicht, so dass der Verwaltungsakt zu dem Zeitpunkt als bekanntgegeben (nämlich zugestellt) gilt, der auf der Urkunde – hier dem Rückschein – vermerkt ist. Damit begann die Frist am 2.4.2015 (um 0:00 Uhr) als Ereignisfrist gemäß § 187 Abs. 1 BGB zu laufen. Sie würde gemäß § 188 Abs. 2 BGB somit grundsätzlich einen Monat nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes am 1.5.2012 enden, so dass die Widerspruchserhebung erst am 4.5.2012 durch R verfristet wäre. Allerdings ist hier zu beachten, dass das Fristende auf einen gesetzlichen Feiertag – den 1.5.2015 – fiel. In diesen Fällen endet die Frist nach § 193 Abs. 1 BGB mit dem Ablauf des nächsten Werktages. Dies wäre – da der 2.5.2015 und der 3.5.2015 als Sonnabend bzw. Sonntag ebenfalls nicht einzurechnen sind – am 4.5.2015 um 24 Uhr.

R hat den Widerspruch somit fristgerecht erhoben.

### VI. Form, § 70 Abs. 1 VwGO

R hat – wie in § 70 Abs. 1 VwGO vorgesehen – den Widerspruch schriftlich erhoben.

### VII. Zuständige Behörde, §§ 70, 73 VwGO

Der Widerspruch ist grundsätzlich bei der Ausgangsbehörde einzulegen (§ 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO), kann aber auch bei der Widerspruchsbehörde eingelegt werden (§ 70 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Hier hat R den Widerspruch bei der Ausgangsbehörde, der H, eingelegt. Da diese dem Widerspruch nicht abhilft, wäre Widerspruchsbehörde die nächsthöhere Behörde, § 73 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Bei Beliehenen ist dies grundsätzlich die Aufsichtsbehörde<sup>10</sup>, hier also gemäß § 72 Abs. 1 BW-LHG das Wissenschaftsministerium (W) als oberste Landesbehörde (vgl. Bearbeiterhinweis).

### VIII. Ergebnis zu A.

Der Widerspruch des R – der zwei Begehren verfolgt – ist zulässig.

### B. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch, mit dem R zwei Widerspruchsbegehren verfolgt, ist begründet, wenn die angegriffenen Verwaltungsakte rechtswidrig und ggf. unzumutbar sind und den Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzen.

### I. Rechtmäßigkeit der Rücknahme

Die Aufhebung des VA (Bewilligungsbescheides) ist rechtswidrig, wenn sie sich nicht auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützen lässt oder formell bzw. materiell rechtswidrig ist.

<sup>10</sup> Hk-VerwR/Kastner, § 73 VwGO Rn. 11.

## 1. Rechtsgrundlage

§ 48 VwVfG regelt die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte, wohingegen § 49 VwVfG für die Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte durch Widerruf gilt. Beide Vorschriften kommen aber nur zur Anwendung, wenn nicht speziellere Aufhebungsvorschriften existieren, die vorrangig sind. Eine solche Vorschrift könnte mit § 9 StipG zur Verfügung stehen. Allerdings nennt die Vorschrift vier Widerrufsgründe, die sich auf den Widerruf des Stipendiums infolge nachträglich eingetretener Umstände beziehen.<sup>11</sup> Die Situation, dass die Bewilligungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Stipendienvergabe nicht vorlagen und daher sich die Stipendienvergabe als rechtswidrig erweist, ist in § 9 StipG nicht geregelt. Damit bleibt jedenfalls § 48 VwVfG insoweit ergänzend anwendbar.<sup>12</sup> Fraglich ist somit, ob die ursprüngliche Bewilligung des Stipendiums rechtmäßig oder rechtswidrig war. Die Rechtmäßigkeit setzt voraus, dass sich der seinerzeitige VA auf eine geeignete Rechtsgrundlage stützen konnte sowie rechtmäßig ergangen ist.

### a) Rechtsgrundlage (des Ursprungs-VA)

Rechtsgrundlage für den Erlass der Bewilligung des Stipendiums war § 6 StipG i.V.m. § 3 StipG und § 2 StipV.

### b) Formelle Rechtmäßigkeit (des Ursprungs-VA)

Die H war – wie dargestellt – nach § 2 StipG für die Stipendienvergabe zuständig. Hinweise auf etwaige Verfahrens- oder Formfehler sind nicht ersichtlich.

### c) Materielle Rechtmäßigkeit (des Ursprungs-VA)

Die Stipendienvergabe durch Bescheid nach § 6 StipG erfolgt gemäß § 3 S. 1 StipG nach Begabung und Leistung. Neben den bisher erbrachten Leistungen und dem bisherigen persönlichen Werdegang sollen auch gesellschaftliche Faktoren berücksichtigt werden (§ 3 S. 2 StipG), wobei die Kriterien im Einzelnen durch die StipV konkretisiert werden. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 StipV sollen bei der Gesamtbetrachtung des Potenzials der Bewerberin oder des Bewerbers insbesondere besondere Erfolge, Auszeichnungen und Preise, eine vorangegangene Berufstätigkeit und Praktika berücksichtigt werden. Da die Soll-Vorschrift eine Regelfallverbindlichkeit intendiert und der Stipendenausschuss seine Entscheidung zugunsten des R maßgeblich auf den „Jugend forscht“-Preis gestützt hat, kam es zum Nachweis der spezifischen Leistungen des R also auf diese Voraussetzung an. Da im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung R über die vorgelegte Auszeichnung aber in Wirklichkeit nicht verfügte, hätte die Bewilligung des Stipendiums hierauf nicht gestützt werden dürfen. Somit fehlte es an der Erfüllung einer zentralen – vorliegend zu Recht zugrunde gelegten – Tatbestandsvoraussetzung der Stipendienvergabe an den R.

Die Bewilligung des Stipendiums mit Bescheid vom 22.02.2011 war somit materiell rechtswidrig. Die einschlägige Rechtsgrundlage zur Aufhebung der Bewilligung ist somit § 48 VwVfG.

<sup>11</sup> Eingehend dazu *Lackner*, Deutschlandstipendium, Kap. C Rn. 100 ff.

<sup>12</sup> *Lackner*, Deutschlandstipendium, Kap. C Rn. 105 f.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit der Rücknahme

### a) Zuständigkeit

Die H ist als Ausgangsbehörde auch für die Rücknahmeentscheidung zuständig.

### b) Verfahren

Nach § 28 Abs. 1 VwVfG besteht eine Anhörungspflicht der Behörde vor Erlass eines belastenden VA. Hier ist laut Sachverhalt eine Anhörung des R durch die H nicht erfolgt. Dieser Verfahrensfehler ist indes bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nachhol- und damit heilbar.

Die Entscheidung über die Rücknahme der Bewilligung ist gemäß § 39 Abs. 1 VwVfG begründet worden, wobei es darauf, ob die Begründung auch inhaltlich zutrifft, wegen des formellen Charakters des § 39 Abs. 1 VwVfG nicht ankommt.

### c) Form

Die Rücknahme ist gemäß § 37 VwVfG schriftlich erfolgt, was auch Kehrseite des Schriftlichkeitserfordernisses in § 6 Abs. 1 S. 1 StipG ist.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit der Rücknahme

### a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 VwVfG

Es müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 VwVfG vorliegen.

#### aa) Rechtswidriger VA

Ein rechtswidriger Verwaltungsakt liegt mit der ursprünglichen Bewilligung des Stipendiums durch Bescheid vom 22.02.2011 – wie oben geprüft – vor.

#### bb) Begünstigender VA

Nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG darf ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), nur unter den Einschränkungen des § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG zurückgenommen werden. Da mit dem Deutschlandstipendium dem R insgesamt ein Geldbetrag als nicht rückzahlbarer Zuschuss in Höhe von 3.600 Euro zugeflossen ist, handelt es sich um eine Geldleistung im Sinne des § 48 Abs. 2 VwVfG, sodass § 48 Abs. 2, 4 VwVfG einschlägig sind.

#### cc) Materieller Vertrauensschutz, § 48 Abs. 2 VwVfG

Nach § 48 Abs. 2 VwVfG ist eine Rücknahme ausgeschlossen, soweit der Begünstigte auf den Bestand des rechtswidrigen VA vertraut hat und dieses Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse (insb. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG) an der Rücknahme als schutzwürdig anzusehen ist.

Auch wenn der Sachverhalt keine Anhaltspunkte für die Regelvermutung des § 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG, den Verbrauch der Leistung, enthält, bedarf diese Frage dann keiner weiteren Behandlung mehr, wenn die Ausschlussstatbestände des § 48 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 VwVfG einschlägig wären, wonach die Schutzwürdigkeit des R von vornherein auszuschließen wäre.

Hier ist bereits die Nr. 1 (arglistige Täuschung) einschlägig. R hat nämlich bewusst wahrheitswidrige Angaben bei Bewerbung um das Stipendium gemacht, indem er ein gefälschtes Doku-

ment über seine tatsächlich nicht gegebene Preisträgerschaft im Wettbewerb „Jugend forscht“ vorgelegt und damit vorsätzlich irreführend auf den Erklärungswillen des Auswahl Ausschusses eingewirkt hat. Nach § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG kann sich A somit nicht auf Vertrauen berufen, so dass es auf Erwägungen zur Schutzwürdigkeit nicht ankommt. Die Rücknahme ist somit nicht nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG ausgeschlossen.

#### dd) Formeller Vertrauensschutz,

##### § 48 Abs. 4 VwVfG

Möglicherweise könnte der aus der Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG folgende formelle Vertrauensschutz zugunsten des R wirken. Dies wäre der Fall, wenn die Rücknahmeentscheidung, welche die H erst mehr als ein Jahr seit erstmaliger Kenntniserlangung durch M im Januar 2014 vorgenommen hat, angesichts der in § 48 Abs. 4 VwVfG statuierten Jahresfrist als verfristet anzusehen wäre. Hier greift jedoch § 48 Abs. 4 S. 2 VwVfG, weil – wie oben geprüft – ein Fall des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG gegeben ist. Ein formeller Vertrauensschutz ist daher unabhängig davon, ob § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG als Bearbeitungs- oder Entscheidungsfrist zu werten ist, von vornherein ausgeschlossen. Eine zeitliche Begrenzung kommt folglich nicht in Betracht.

Dies gilt auch für die von R angeführte Frage einer möglichen Verjährung. Die Grundsätze des BGB zur Regelverjährung können wegen des eindeutigen Wortlauts des § 48 Abs. 4 VwVfG nicht ergänzend herangezogen werden, zumal auch über § 48 Abs. 4 VwVfG hinaus kein erheblicher Zeitablauf vorliegt, der eine Übertragung des der Verjährung zugrundeliegenden Rechtsgedankens der Wahrung des Rechtsfriedens rechtfertigen könnte. Der Gesetzgeber hat in § 48 Abs. 4 VwVfG – anders als etwa in § 45 Abs. 3 SGB X – auch keine absolute Ausschlussfrist aufgenommen, was auf einen entsprechenden gesetzgeberischen Willen schließen lässt. Dies alles gilt umso mehr, als hier eine Täuschungshandlung vorliegt, die kausal für die Stipendiengewährung war, und R daher nicht schutzwürdig ist. R kann damit insgesamt keinen formellen Vertrauensschutz für sich in Anspruch nehmen.

#### b) Rechtsfolge

Nach §§ 48 Abs. 1 S. 1, 40 VwVfG ist die Rücknahme von Verwaltungsakten in das Ermessen der Behörde gestellt. Obwohl sich R – wie dargelegt – nicht auf schutzwürdiges Vertrauen berufen kann, kann die Behörde noch immer von der Aufhebung des VA absehen. Während es bei der Abwägung nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG nur um das Gewicht des schutzwürdigen Vertrauens geht, ist bei der Abwägungsentscheidung nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG das Interesse eines Begünstigten an der Aufrechterhaltung des VA insgesamt zu überprüfen. Dies führt dazu, dass nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG der VA ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden kann. Die H hätte insoweit also ermessensfehlerfrei entschieden haben müssen. Allerdings besteht daran kein Zweifel, wenn ein Fall des intendierten Ermessens bereits aus der einschlägigen Norm folgt. Dies ist mit Blick auf § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG gerade in den Fällen des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG gegeben. Daher hat die H ihr Rücknahmeermessen im Sinne der Intention des Gesetzgebers auch im

Fall des R fehlerfrei ausgeübt, indem sie im Sinne des gesetzlichen Regelfalls in § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG die Stipendienbewilligung mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen hat.

## II. Rechtmäßigkeit der Rückforderung

Fraglich ist, ob die Rückforderung der gezahlten Stipendienleistungen, gegen die sich R im Weiteren mit seinem Widerspruch wendet, rechtmäßig ist.

### 1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kommt – da es an einer spezielleren Rückforderungsbestimmung im StipG fehlt – § 49a Abs. 1 VwVfG in Betracht, der eine gesetzliche Ausprägung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches ist.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit der Rückforderung

#### a) Zuständigkeit

H ist als Aufhebungsbehörde auch für die Rückforderung zuständig.

#### b) Verfahren

Auch hinsichtlich der Rückforderungsentscheidung ist R nicht angehört worden. Allerdings gilt auch insoweit das oben bezüglich der Aufhebungsentscheidung Gesagte, d.h. auch hier besteht eine Heilungsmöglichkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG bis zur letzten Tatsacheninstanz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

#### c) Form

Die nach § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG erforderliche Schriftform ist eingehalten.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit der Rückforderung

Nach § 49a Abs. 1 VwVfG sind bereits erhaltene Leistungen unter anderem dann zurückzugewähren, wenn ein VA – hier der ursprüngliche Bescheid, mit dem das Stipendium bewilligt wurde – mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden ist. Denn infolge der Aufhebung fehlt es an einem Rechtsgrund für die erhaltenen Leistungen.

#### a) Leistung der H an R

Mit der ursprünglichen Bewilligung des Stipendiums hat die H nach Maßgabe des StipG und der StipV das Vermögen des R bewusst und zweckgerichtet gemehrt. Eine Leistung im Verhältnis H zu R liegt somit vor.

#### b) Rechtmäßigkeit der Rücknahme der Stipendienbewilligung

Die Rücknahme der Stipendienbewilligung für die Vergangenheit müsste weiter rechtmäßig gewesen sein. Dies ist bereits oben geprüft und angenommen worden. Damit ist der Rechtsgrund für die empfangene Zuwendung – die Stipendienleistungen in Höhe von 3.600 Euro – weggefallen und der Tatbestand des Erstattungsanspruches nach § 49a Abs. 1 VwVfG erfüllt.

#### c) Rechtsfolge

Die Erstattungspflicht ergibt sich als unmittelbare und zwingende Rechtsfolge aus § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG („sind ... zu erstatten“). Für den Umfang der Erstattungspflicht enthält § 49a Abs. 2 VwVfG eine Rechtsfolgenverweisung auf die Vor-

schriften der §§ 812 ff. BGB.<sup>13</sup> Mangels anderslautender Hinweise im Sachverhalt beschränkt sich der Umfang der Rückerstattungspflicht des R auf die geleisteten 3.600 Euro, ergänzt um die Verzinsungspflicht nach § 49a Abs. 3 VwVfG.

### III. Rechtsverletzung

Nach der vorangegangenen Prüfung erweisen sich sowohl der Rücknahmebescheid als auch die Rückforderung als rechtmäßig. Eine Rechtsverletzung bei R ist mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG also nicht gegeben.

### IV. Ergebnis zu B.

Der Widerspruch des R ist hinsichtlich beider Widerspruchsbegehren – Rücknahme und Rückforderung – unbegründet.

### C. Gesamtergebnis

Der Widerspruch des R ist zulässig, aber unbegründet. Er hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

## ► Inhaltsverzeichnis

---

<sup>13</sup> Vgl. *Kugele*, VwVfG, § 49a Rn. 6.



Auf der Suche nach  
besten Perspektiven?



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

## Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

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

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

**MENOLD BEZLER**  
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Eigentumsbeeinträchtigung durch Nutzungsausfall (Autobahnraststätte)

Urteil vom 9. Dezember 2015, Az. VI ZR 155/14

1. Eine Sache ist dann "beschädigt" im Sinne des § 7 StVG, wenn entweder ihre Substanz nicht unerheblich verletzt oder wenn ihre Brauchbarkeit zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung nicht unerheblich beeinträchtigt worden ist, ohne dass zugleich ein Eingriff in die Sachsubstanz vorliegt. Eine Beeinträchtigung der Brauchbarkeit einer Sache zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung liegt nicht schon dann vor, wenn nur der tatsächliche Bedarf für die entsprechende Verwendung eingeschränkt wird.

2. Soweit Vorschriften der StVO nach ihrem Sinn und Zweck den Straßenverkehr selbst vor Störungen schützen wollen, dienen sie dem öffentlichen Interesse und nicht auch den Vermögensinteressen derjenigen, die von einer Verkehrsstörung und der daraus folgenden Beschränkung der Nutzbarkeit der Straße besonders betroffen sind.

3. Soll der berechtigte Besitz an einer Sache dazu dienen, eine bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen, so stellt es eine Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff in relevanter Weise gehindert wird. Voraussetzung ist freilich stets, dass die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat.

#### Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der B befuhr mit seinem Sattelschlepper, deren Halter er auch war, die BAB 5 bei Eppelheim. Auf der Ladefläche transportierte er einen Bagger, dessen Auslegearm nicht vollständig abgesenkt war und deswegen auf eine Höhe von 4,83m ragte. B kollidierte infolgedessen mit einer Brücke, die dabei so stark beschädigt wurde, dass Einsturzgefahr bestand. Das betreffende Autobahnteilstück musste für mehrere Tage gesperrt werden. Im Rundfunk wurde empfohlen, den gesperrten Bereich großräumig zu umfahren.

Wenige Kilometer entfernt, aber außerhalb des gesperrten Bereichs selbst betreibt die K eine Autobahnraststätte, die sie von E gepachtet hat. Aufgrund der Sperrung reduzierte sich der Kundenverkehr an der Autobahnraststätte nahezu auf null, was K dazu veranlasste, die Raststätte für die Zeit der Sperrung zu schließen. Ihr sind dadurch Einnahmen in Höhe von 38.000 € entgangen.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 38.000 €?

§ 18 Abs. 1 StVO lautet: „Autobahnen (Zeichen 330.1) und Kraftfahrstraßen (Zeichen 331.1) dürfen nur mit Kraftfahrzeugen benutzt werden, deren durch die Bauart bestimmte Höchstgeschwindigkeit mehr als 60 km/h beträgt; werden Anhänger mitgeführt, gilt das Gleiche auch für diese. Fahrzeug und Ladung dürfen zusammen nicht höher als 4 m und nicht breiter als 2,55 m sein. Kühlfahrzeuge dürfen nicht breiter als 2,60 m sein.“

#### Falllösung

##### A. Anspruch der K gegen B auf Zahlung von 38.000 € gem. § 7 Abs. 1 StVG

Voraussetzung für einen Anspruch der K gegen B gem. § 7 Abs. 1 StVG ist, dass der B Halter des Fahrzeugs ist und bei dem Betrieb eines Fahrzeugs eine Sache beschädigt hat. Die Haltereigenschaft des B ist laut Sachverhalt gegeben, der Unfall geschah auch unproblematisch „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeugs.

Zweifelhaft ist jedoch, ob der B hier eine Sache beschädigt hat. Unzweifelhaft liegt eine Beschädigung der Brücke vor. Eine Beschädigung der Autobahnraststätte selbst ist jedoch fraglich, da die Schließung und damit der Nutzungsausfall erst (mittelbar) durch die Sperrung entstanden ist. Dazu der BGH:

*„Eine Sache ist dann "beschädigt" im Sinne des § 7 StVG, wenn entweder ihre Substanz nicht unerheblich verletzt oder wenn ihre Brauchbarkeit zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung nicht unerheblich beeinträchtigt worden ist, ohne dass zugleich ein Eingriff in die Sachsubstanz vorliegt [...]. Dass die nach dem – für das Revisionsverfahren zu unterstellenden – Vortrag der [K] von ihr betriebene Rastanlage durch [B] verursachte Sperrung der BAB 5 wenige Kilometer entfernt in ihrer Sachsubstanz verletzt worden wäre, steht nicht in Rede. Aber auch die Brauchbarkeit der Rastanlage zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung wurde durch die Sperrung nicht beeinträchtigt. Denn die Funktionsfähigkeit der Anlage und ihrer Einrichtungen selbst wurde durch die Sperrung nicht betroffen. Die Anlage und ihre Einrichtungen hätten auch während der Sperrung der Autobahn in jeder Hinsicht bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen werden können. Dass infolge der Sperrung und der damit zusammenhängenden Empfehlung, den Bereich weiträumig zu umfahren, Durchgangsverkehr und damit nennenswerter Kundenzustrom nicht zu erwarten war, ändert daran nichts. Denn die Brauchbarkeit einer Sache für ihre zweckentsprechende Verwendung hängt nicht davon ab, ob und in welchem Umfang auch ein tat-*

sächlicher Bedarf für die entsprechende Verwendung der Sache besteht. Zudem umfasst der von § 7 StVG gewährleistete Schutz des Integritätsinteresses nicht die Garantie, mit einer Sache ungehindert Gewinne erzielen zu können.“

Damit fehlt es an einer Beschädigung einer Sache i.S.d. § 7 StVG. Ein Anspruch gem. § 7 StVG besteht damit nicht.

### **B. Anspruch der K gegen B auf Zahlung von 38.000 € gem. § 823 Abs. 1 BGB**

Auch ein Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung scheidet aus, da K die Raststätte lediglich von E gepachtet hat. In Betracht kommt jedoch ein Anspruch wegen Verletzung des berechtigten Besitzes als „sonstiges Recht“ im Sinne der Norm.

„Allerdings ist auch der berechnete Besitz an einer Sache von § 823 Abs. 1 BGB geschützt [...]. Soll er dazu dienen, eine bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen, so stellt es nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats eine Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff in relevanter Weise gehindert wird [...]. Damit ist – anders als die Revision annimmt – freilich nicht gemeint, dass der berechnete Besitzer einer Sache in Bezug auf Beeinträchtigungen der Nutzbarkeit der Sache deliktsrechtlich weitergehend geschützt ist als der Eigentümer. Denn mit der Entscheidung vom 4. November 1997 (VI ZR 348/96, aaO) hat der Senat lediglich die für die Eigentumsverletzung beim Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache geltenden Grundsätze auf den Besitz übertragen; eine Ausdehnung des Besitzschutzes über den Eigentumsschutz hinaus war hingegen nicht gewollt [...]. Folglich kann im vorliegenden Fall auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die der Senat für die Annahme einer Eigentumsverletzung durch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache aufgestellt hat.“

Insoweit entspricht es ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung, dass eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB nicht zwingend einen Eingriff in die Sachsubstanz voraussetzt, sondern auch durch eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der betreffenden Sache erfolgen kann [...]. Voraussetzung ist freilich stets, dass die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat, wobei diese Einwirkung tatsächlicher oder – wie im Falle eines Nutzungsverbots – rechtlicher Natur sein kann [...]. Fehlt es an einer solchen unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst, wird eine auf Nutzungseinschränkungen gestützte Eigentumsverletzung abgelehnt [...]. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass die wirtschaftliche Nutzung einer Anlage nur deshalb vorübergehend eingeengt wird, weil sie von Kunden infolge einer Störung des Zufahrtsweges nicht angefahren werden kann, ohne dass zugleich in die Sachsubstanz der Anlage eingegriffen oder deren technische Brauchbarkeit beschränkt oder beseitigt wurde [...]. An diesen Grundsätzen ist festzuhalten.

Im Streitfall kann damit nicht davon ausgegangen werden, dass die [K] durch die Autobahnspernung in ihrem berechtigten Besitz an der Rastanlage verletzt wurde. Denn, die wenige Kilometer von der Rastanlage entfernte Sperrung, die die unmittelbare

Zufahrt zur Anlage selbst – anders als in dem dem Urteil vom 15. November 1982 (II ZR 206/81, BGHZ 86, 152, 155) zugrunde liegenden Fall – sogar unbeeinträchtigt ließ, wirkte nicht unmittelbar auf die Rastanlage und ihre Einrichtungen ein. Die Auswirkungen der Sperrung auf die Rastanlage beschränkten sich vielmehr auf den Wegfall des Durchgangsverkehrs für die Zeit der Sperrung, das deshalb zu erwartende Ausbleiben von Kunden und die sich daraus ergebende vorübergehende Einengung der wirtschaftlichen Nutzung der Anlage. Nach den dargelegten Grundsätzen berührt dies allein das Vermögen der [K], nicht aber ihre Rechtsposition als berechnete Besitzerin der Rastanlage [...]. Dass es sich bei der Rastanlage um einen Nebenbetrieb an einer Bundesautobahn im Sinne von § 15 und § 1 Abs. 4 Nr. 5 FStrG handelt, spielt auch insoweit keine Rolle.“

Zudem kommt eine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs in Betracht. Auch eine solche hat der BGH jedoch im vorliegenden Fall verneint:

„Ein Anspruch der [K] aus Verletzung ihres eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist nicht gegeben. Ein solcher Anspruch kommt nur in Betracht, wenn die Beeinträchtigung unmittelbar in den Bereich des Gewerbebetriebs eingreift, also betriebsbezogen ist und nicht von diesem ohne weiteres ablösbare Rechte betrifft [...]. Ein derartiger Eingriff liegt im Streitfall nicht vor. Der Unfall hat in keiner unmittelbaren Beziehung zum eingerichteten und ausgeübten Betrieb der [K] gestanden. Die angeordnete Sperrung der BAB und die Empfehlung, den gesperrten Bereich großräumig zu umfahren, waren allgemeine Folgen des Schadensereignisses, die die [K] rein zufällig trafen.“

Damit besteht kein Anspruch der K gegen B gem. § 823 Abs. 1 BGB. Weder wegen einer Eigentumsverletzung, Verletzung des berechtigten Besitzes noch wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

### **C. Anspruch der K gegen B auf Zahlung von 38.000 € gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 18 Abs. 1 S. 2 StVO**

In Betracht kommt jedoch ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 18 Abs. 1 S. 2 StVO. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei § 18 Abs. 1 S. 2 StVO um ein Schutzgesetz handelt, dieses Schutzgesetz durch B wenigstens fahrlässig verletzt wurde und der eingetretene Schaden vom Schutzbereich der verletzten Norm umfasst ist.

„Nach ständiger Rechtsprechung des Senats setzt ein solcher Anspruch voraus, dass es sich bei der Vorschrift, die verletzt wurde, um eine Rechtsnorm handelt, die zumindest auch dazu bestimmt ist, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen [...]. Im konkreten Schaden muss sich dabei die Gefahr verwirklicht haben, vor der die betreffende Norm schützen sollte. Der eingetretene Schaden muss also in den sachlichen Schutzbereich der verletzten Norm fallen [...]. Weiter muss der konkret Geschädigte auch zum Kreis derjenigen Personen gehören, deren Schutz die verletzte Norm bezweckt. Der Geschädigte muss also vom persönlichen Schutzbereich der verletzten Norm erfasst sein. [...]“

Dies verneint der BGH im vorliegenden Fall. Der Schutzbereich der Norm des § 18 Abs. 2 S. 2 StVO soll nicht Dritte vor Nutzungsausfällen schützen.

„Hieran scheitert im Streitfall ein Schadensersatzanspruch der [K] aus § 823 Abs. 2 BGB. [Der B hat] kein Gesetz verletzt, das dem Schutz der [K] als Betreiberin einer Autobahnrastanlage vor Gewinneinbußen zu dienen bestimmt ist.“

„Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Straßenverkehrsordnung (StVO) nicht im Ganzen ein Gesetz zum Schutz des Vermögens ist. Sie ist Teil des Straßenverkehrsrechts, durch das die Teilnahme am Straßenverkehr geregelt und insbesondere dessen Sicherheit und Leichtigkeit gewährleistet werden soll. Dieses dient als sachlich begrenztes Ordnungsrecht der Abwehr von typischen Gefahren, die vom Straßenverkehr ausgehen und die dem Straßenverkehr von außen oder durch Verkehrsteilnehmer erwachsen [...]. Einzelne Vorschriften der StVO können allerdings zugleich dem Schutz von Individualinteressen dienen, namentlich der Gesundheit, der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums [...].“

„Als von [...] [B] verletzte Gesetze kommen vorliegend die Vorschriften des § 18 Abs. 1 Satz 2 StVO, des § 22 Abs. 2 Satz 1 StVO, des § 23 Abs. 1 Satz 2 StVO, des § 29 Abs. 3 Satz 1 StVO sowie des § 1 Abs. 2 StVO in Betracht. Welchen dieser Regelungen – was der erkennende Senat für § 1 Abs. 2 StVO bereits anerkannt hat [...] – grundsätzlich Schutznormcharakter zukommt, kann im Streitfall freilich dahinstehen. Die [K] wirft [dem B] nämlich nicht etwa vor, sie durch die unzulässig dimensionierte Ladung unmittelbar in einem ihrer Rechtsgüter verletzt zu haben. Inhalt des Vorwurfs der [K] ist vielmehr, [...] [B] hätte [...] durch [sein] Verhalten die Nutzung einer öffentlichen Straße vorübergehend unmöglich gemacht und der [K] dadurch, also mittelbar, Gewinneinbußen zugefügt. Aus diesem Vorwurf kann die [K] in Bezug auf § 823 Abs. 2 BGB aber nichts für sich herleiten. Denn soweit die genannten Vorschriften der StVO nach ihrem Sinn und Zweck den Straßenverkehr selbst vor Störungen schützen wollen, dienen sie allein dem öffentlichen Interesse und nicht auch den Vermögensinteressen derjenigen, die von einer Verkehrsstörung und der daraus folgenden Beschränkung der Nutzbarkeit einer Straße besonders betroffen sind.“

„Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus, dass es sich bei der Rastanlage um einen Nebenbetrieb an einer Bundesautobahn im Sinne von § 15 und § 1 Abs. 4 Nr. 5 des Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) handelt. Denn weder dieser Umstand noch die von der Revision weiter hervorgehobene angeblich existenzgefährdende Wirkung der behaupteten Einnahmeausfälle ändern etwas daran, dass es vorliegend allein um die von den genannten Vorschriften gerade nicht geschützten individuellen (Vermögens-)Interessen geht, die ein privater Gewerbetreibender am störungsfreien Betrieb einer Straße hat.“

Damit fällt der entstandene Schaden der K nicht in den Schutzbereich der verletzten Norm. Die K hat damit keinen Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB.

#### D. Ergebnis

Die K hat gegen B keine Ansprüche wegen des entgangenen Gewinns aufgrund der Sperrung des Autobahnabschnitts.

#### Hinweise:

Wenn in der Klausur ein Schaden durch ein Kfz verursacht wurde, ist immer auch an die Ansprüche gem. §§ 7, 18 StVG zu denken. Diese sind vorrangig vor den allgemeinen deliktischen Ansprüchen zu prüfen. Grund: Es handelt sich um die spezielleren Normen. Zudem haben die Gefährdungshaftungstatbestände geringere Anforderungen als die verschuldensabhängigen allgemeinen deliktsrechtlichen Normen.

Bekannt sein sollte auch § 115 VVG, wonach die Schadensersatzansprüche auch direkt gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer des Halters geltend gemacht werden können. In der Originalentscheidung war (wie fast immer in der Praxis) der Haftpflichtversicherer verklagt. Zur Vereinfachung der Problematik wurde oben in der Falldarstellung eine Inanspruchnahme des Fahrzeugführers (und Halters) dargestellt.

Die Eigentumsverletzung durch Entzug oder Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit ist ein echter Klassiker des Deliktsrechts. Bekannt sein sollte hierzu insbesondere der „Fleet-Fall“ (BGHZ 55, 153) und der „Stromkabelfall“ (BGHZ 66, 388). Arbeiten Sie diese Entscheidungen auf jeden Fall einmal durch. Auch wenn sie konkret nicht mehr als examensheiß bezeichnet werden müssen, so können die gleichen Problematiken (wie der vorliegende Fall zeigt) immer wieder in unterschiedlichsten Konstellationen auftauchen.

## Dr. Julius Forschner

### ► Inhaltsverzeichnis

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Kein Rückzahlungsanspruch bei schwarz gezahltem Werklohn

Urteil vom 11.06.2015, Az. VII ZR 216/14

**Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23. Juli 2004 nichtig, steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer kein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung zu [...]**

(amtlicher Leitsatz)

#### Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der B unterbreitete dem K zunächst ein Angebot zum Austausch der gesamten Dachfenster seines Hauses zum Preis von 11.000 € brutto (inklusive Umsatzsteuer). Später einigten sich B und K mündlich auf einen „Festpreis“ in Höhe von 10.000 €. Auf der Rechnung – die K bereits bar beglichen hat – ist im dafür vorgesehenen Feld „MwSt.-Betrag“ kein Eintrag vorhanden. Der im „Netto Feld“ eingetragene Betrag in Höhe von 10.000 € findet sich auch im Feld „Endpreis“ wieder. Nach teilweiser Durchführung der Arbeiten bemerkte K, dass der B die Arbeiten nicht zu seiner Zufriedenheit ausführt. Der K lässt deshalb die Arbeiten von einem Drittunternehmen fertigstellen und verlangt von B die vollständige Rückzahlung der 10.000 €.

Hat der K gegen B bereicherungsrechtliche Ansprüche auf Rückzahlung der 10.000 €?

§ 1 SchwarzArbG lautet auszugsweise: „(1) Zweck des Gesetzes ist die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit.

(2) Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei

1. [...]

2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt [...]

#### Falllösung

##### A. Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (condictio indebiti)

Voraussetzung für einen Anspruch des K gegen B auf Rückzahlung des bereits gezahlten Werklohns in Höhe von 10.000 € ist, dass B durch Leistung des K etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Durch die Barzahlung hat B Eigentum und Besitz an dem Bargeld erlangt. Dies geschah auch durch Leistung des K, da es sich um eine bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens handelte.

##### I. Ohne rechtlichen Grund

Der zwischen K und B geschlossene Werkvertrag könnte gem. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sein. Als gesetzliches Verbot kommt hier § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG in Betracht.

Dazu der BGH:

*„§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt [...]. Diese Voraussetzungen liegen vor. Der [B] hat Schwarzarbeit gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG geleistet, indem er für den mündlich vereinbarten Werklohn in Höhe von 10.000 € keine Umsatzsteuer verlangen und abführen wollte. Der [K] hat dies erkannt und bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt, indem er mit dem [B] ein Entgelt vereinbart hat, das keinen Umsatzsteueranteil enthielt. Dies ist ausreichend, um einen zur Nichtigkeit des Vertrages führenden Verstoß gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG anzunehmen [...].“*

Damit ist der zwischen K und B abgeschlossene Werkvertrag gem. § 134 BGB nichtig. Die Leistung erfolgte damit ohne rechtlichen Grund im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB. Die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB liegen damit vor.

##### II. Ausschluss der Leistungskondition gem. § 817 S. 2 BGB

Der Anspruch auf Rückzahlung des K gegen B könnte jedoch gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Fraglich ist jedoch, ob § 817 S. 1 BGB überhaupt auf die condictio indebiti gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB anwendbar ist. Die systematische Stellung des § 817 S. 2 BGB im Gesetz könnte jedoch darauf schließen lassen, dass dieser nur für den Anspruch gem. § 817 S. 1 BGB gilt. Es ist jedoch inzwischen in Rechtsprechung und Literatur anerkannt (wenn auch nicht unumstritten), dass § 817 S. 2 auf sämtliche Fälle der Leistungskondition Anwendung findet, also auch auf den Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB.

*„Nach § 817 Satz 1 BGB ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet, wenn der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat. Satz 2 Halbs. 1 dieser Vorschrift schließt die Rückforderung aus, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. Entsprechend der Zielsetzung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes verstößt nicht nur die § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG widersprechende vertragliche Ver-*

einbarung der Parteien gegen ein gesetzliches Verbot, sondern auch die in Ausführung dieser Vereinbarung erfolgende Leistungserbringung durch den Unternehmer. § 817 Satz 2 Halbs. 1 BGB ist daher nicht einschränkend auszulegen, wenn der Unternehmer für die von ihm aufgrund eines nichtigen Vertrags erbrachte Werkleistung einen Bereicherungsanspruch gegen den Besteller geltend macht [...].

§ 817 Satz 2 Halbs. 1 BGB findet auch dann Anwendung, wenn der Besteller in Ausführung eines solchen gemäß § 134 BGB nichtigen Werkvertrags seine Leistung erbringt, indem er ohne Rechnung mit Steuerausweis den vereinbarten Betrag bezahlt [...].

Eine einschränkende Auslegung des § 817 Satz 2 Halbs. 1 BGB kommt nicht in Betracht. Zwischen den Vertragsparteien erfolgt in einem solchen Fall ebenfalls kein Wertausgleich. Wer bewusst das im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthaltene Verbot missachtet, soll nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen [...]. Der Ausschluss eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs mit der ihm zukommenden abschreckenden Wirkung ist ein geeignetes Mittel, die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Zielsetzung des Gesetzgebers mit den Mitteln des Zivilrechts zu fördern [...]. Dies gilt sowohl für bereicherungsrechtliche Ansprüche des Werkunternehmers als auch des Bestellers, der sich auf den Abschluss eines gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßenden Werkvertrags eingelassen hat."

Damit steht dem K kein Anspruch auf Rückzahlung des bereits gezahlten Werklohns gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zu.

## B. Ergebnis

Der K hat keine Ansprüche gegen B auf Rückzahlung der bereits gezahlten 10.000 € aus bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen.

### Hinweise:

Eine weitere Entscheidung des BGH zum Thema Schwarzarbeit, die sicher wieder die Vorlage für Examenklausuren bieten wird. Die Linie des BGH in Sachen Schwarzarbeit lässt sich inzwischen recht simpel in einem Satz zusammenfassen: Aus einem wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsgesetz nichtigen Vertrages gibt es keine Ansprüche. Es gibt keine Primärleistungsansprüche, keine Gewährleistungsansprüche (BGHZ 198, 141), keine Wertersatzansprüche für den Werkunternehmer (BGHZ 201, 1) und auch keine Rückzahlungsansprüche des Bestellers bei bereits gezahltem Werklohn.

Die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB auch auf die Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 gehört zum absoluten Standardwissen für beide Examina. Man sollte hier die relevanten Fallkonstellationen wenigstens einmal gehört haben, um die Norm im Eifer des Gefechts nicht zu übersehen.

Kennen sollten Sie im Zusammenhang mit § 817 BGB auch die Radarwarngeräte-Entscheidung des BGH (BGHZ 183, 235). Diese beschäftigt sich damit, wie sich eine an sich gem. § 817 BGB ausgeschlossene Rückforderung zum Widerrufsrecht des Verbrauchers verhält. Dieses kann auch bei nichtigen Verträgen weiterhin geltend gemacht werden. So kann ein Verbraucher, dem ein Widerrufsrecht zusteht, die unangenehmen Folgen des § 817 S. 2 BGB umgehen.

**Dr. Julius Forschner**

► [Inhaltsverzeichnis](#)

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Keine Haftung eines GmbH-Geschäftsführers bei Einzug sicherungsabgetretener Forderungen auf ein debitorisches Konto

Urteil vom 23.06.2015, Az. II ZR 366/13 (WM 2015, 1467 ff.)

a) Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischem Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo ist grundsätzlich keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 GmbHG, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.

b) Eine Zahlung kann auch ausscheiden, soweit infolge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden.

(amtliche Leitsätze)

#### I. Sachverhalt (leicht abgewandelt)

Die S GmbH unterhielt u.a. bei der Sparkasse N ein Kontokorrentkonto mit einer Kreditlinie von 150.000 €. Durch Globalzessionsvertrag vom 11. Dezember 2003 trat die S GmbH der Sparkasse zur Sicherung aller Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen gegen Dritte mit Ausnahme der Anfangsbuchstaben X und Y sicherungshalber ab. Nach Ziff. 9.1. der Globalabtretungsvereinbarung war die S GmbH zur Einziehung der zur Sicherheit abgetretenen Forderungen im ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebe berechtigt. Auf Verlangen der Sparkasse war die S GmbH nach Ziff. 9.2. der Globalabtretungsvereinbarung zur Weiterleitung von Zahlungen auf die abgetretenen Forderungen an die Sparkasse verpflichtet.

Zwischen dem 2. Mai 2008 und dem 10. Juni 2008 wurden auf das Kontokorrentkonto der S GmbH, das durchgängig im Soll geführt wurde, Zahlungseingänge in Höhe von insgesamt 41.116,12 € gebucht. Diese setzten sich aus dem Lastschrifteinzug von Forderungen gegen Kunden und zwei Rücklastschriften in Höhe von 1.067,24 € zusammen. Die Kundenforderungen resultierten aus im Januar 2008 erbrachten Warenlieferungen.

Seit Ende März 2008 war die S GmbH zahlungsunfähig.

Geschäftsführerin der S GmbH in diesem Zeitraum war Frau B. Über das Vermögen der S GmbH wurde am 16. Juni 2009 auf Eigenantrag vom 11. Juni 2008 das Insolvenzverfahren eröffnet. Zum Insolvenzverwalter wurde I bestellt.

Die Sparkasse hat nach einer insolvenzrechtlichen Anfechtung 9.979,74 € an I ausbezahlt.

I fordert von B gemäß § 64 GmbHG Zahlung der Summe der auf dem Kontokorrentkonto gebuchten Eingänge in Höhe von 41.116,12 € abzüglich der Rücklastschriften in Höhe von 1.067,24 € und der von der Sparkasse geleisteten 9.979,74 €, also in Höhe von 30.069,14 €.

Zu Recht?

#### II. Anspruch gegen B auf Zahlung von 30.069,14 €

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ging die Verfügungsbefugnis über die der S GmbH zustehenden Ansprüche gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf I als Insolvenzverwalter über. I ist als Insolvenzverwalter Partei kraft Amtes und befugt, Ansprüche der S GmbH geltend zu machen.

##### 1. Anspruch gegen B aus § 64 GmbHG

Gemäß § 64 Satz 1 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. § 64 GmbHG dient dem Schutz der Gläubiger einer Gesellschaft und ist wie die Vorschrift des § 30 GmbHG wichtiger Bestandteil der Kapitalerhaltung von Kapitalgesellschaften (zur GmbH & Co. KG siehe §§ 161 Abs. 2, 177a, 130a HGB, zur AG siehe § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG). Da die Gläubiger einer GmbH aufgrund deren beschränkter Haftung nur auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen können, ist die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse für die Gläubiger von zentraler Bedeutung.

Dementsprechend verbietet § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an die Gesellschafter. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Gesellschaftsgläubiger darauf vertrauen, dass die Gesellschaft zumindest über das im Handelsregister eingetragene Stammkapital als Mindesthaftungsfonds verfügt (vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30, Rn. 1, 4 ff.).

Anders als § 30 GmbHG knüpft § 64 GmbHG nicht an die Erhaltung des Stammkapitals an, sondern verbietet grundsätzlich jegliche Zahlungen, die die Gesellschaft zu einer Zeit erbringt, in der bereits ein Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen (vgl. §§ 17, 19 InsO). Gemäß § 1 InsO ist Zweck eines Insolvenzverfahrens die gemeinschaftliche Befriedigung aller Gläubiger eines insolventen Schuldners. § 64 GmbHG schützt daher bei Insolvenzreife einer Gesellschaft die potentielle Insolvenzmasse als das zur Befriedigung der Gläubiger vorhandene Vermögen. Durch die Androhung einer persönlichen Haftung der Geschäftsführer für masseschmälernde Zahlungen soll ein Anreiz gesetzt werden, damit diese die Insolvenzreife beseitigen oder

möglichst frühzeitig einen Insolvenzantrag stellen. Kommen die Geschäftsführer dem nicht nach und wird die potentielle Insolvenzmasse durch eine Zahlung geschmälert, so haben die Geschäftsführer für solche Zahlungen der Gesellschaft (in aller Regel vertreten durch den Insolvenzverwalter) Ersatz zu leisten und die Haftungsmasse insoweit wieder aufzufüllen (zum Normzweck vgl.: *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 1 f.; *H.F. Müller*, in: MünchKomm. GmbHG, 2011, § 64, Rn. 1).

Der Geschäftsführer ist nur dann zum Ersatz verpflichtet, wenn er entweder selbst eine Zahlung geleistet hat oder ihm diese zurechenbar ist (*Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 63). Zurechenbar ist eine Zahlung dann, wenn sie mit Wissen und Wollen des Geschäftsführers erfolgt ist oder er die Zahlung hätte verhindern können (*Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 63).

Gemäß § 64 Satz 2 GmbHG entfällt die Haftung, wenn Zahlungen auch zum Zeitpunkt der Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Dies ist der Fall, wenn die Zahlung bei einer ex-ante Beurteilung im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger erfolgt, d.h. dass die Zahlung mehr Vor- als Nachteile für die Gläubigersamtheit verspricht (vgl. *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 72).

Darüber hinaus setzt der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG außerdem ein Verschulden des Geschäftsführers voraus, wobei nach herrschender Meinung einfache Fahrlässigkeit in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale genügt (vgl. *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 84).

I kann gegen B somit einen Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG geltend machen, wenn die S GmbH eine von B vorgenommene oder ihr zurechenbare Zahlung geleistet hat, als die S GmbH bereits zahlungsunfähig oder ihre Überschuldung festgestellt war und B insoweit schuldhaft handelte.

### a) Anwendbares Recht

Zunächst ist zu klären, ob § 64 Satz 1 GmbHG im vorliegenden Fall anwendbar ist.

Die Vorschrift des § 64 GmbHG wurde 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.

Da die Zahlungen zwischen dem 2. Mai und 10. Juni 2008 eingingen, das Insolvenzverfahren aber erst am 16. Juni 2009 eröffnet wurde, ist fraglich, auf welchen Zeitpunkt es für die Anwendung von § 64 GmbHG ankommt.

Die Übergangsvorschrift zum MoMiG in § 3 des Einführungsgesetzes zum GmbHG (EGGmbHG) enthält keine Regelung, ab welchem Zeitpunkt § 64 GmbHG in seiner jeweiligen Fassung anzuwenden ist.

Art. 103d des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung (EGInsO), der ebenfalls eine Übergangsregelung für das MoMiG trifft, besagt, dass auf Insolvenzverfahren, die vor dem 1.

November 2008 eröffnet worden sind, die bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften weiter anzuwenden sind.

Da das Insolvenzverfahren am 16. Juni 2009 und damit nach Inkrafttreten des MoMiG eröffnet wurde, wäre danach § 64 GmbHG n.F. anzuwenden.

Da Art. 103d EGInsO in dem Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung enthalten ist, folgt systematisch hieraus, dass sich diese Vorschrift nur auf die durch das MoMiG geänderten insolvenzrechtlichen Bestimmungen bezieht. Dem Wortlaut der Vorschrift, der sich ganz allgemein auf die bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften bezieht, lässt sich eine solche Beschränkung allerdings nicht entnehmen (vgl. BGH NJW 2009, 1277, 1279 zur Anwendbarkeit der Rechtsprechungsregeln zu §§ 30, 31 GmbHG a.F. für Fälle vor Inkrafttreten des MoMiG). Ausweislich der Gesetzesbegründung zum MoMiG soll Art. 103d EGInsO den Anwendungsbereich der neuen insolvenzrechtlichen Vorschriften regeln (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 57). Aus Art. 103d EGInsO lassen sich daher keine Rückschlüsse darauf ziehen, ab wann § 64 GmbHG n.F. anzuwenden ist.

Nach den aus Art. 179, 229 § 5, 232 § 1 EGBGB 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 (vgl. BGH NJW 2009, 1277, 1279; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, Einl v § 241, Rn. 14).

Hiernach kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Anspruch gemäß § 64 GmbHG entstanden ist.

Nach der neueren Rechtsprechung entsteht der Anspruch aus § 64 GmbHG zu dem Zeitpunkt, zu dem die masseschmälernde Zahlung geleistet worden ist (vgl. BGH NZI 2009, 486, 488, zu § 130a HGB; BGH ZIP 2010, 2107, 2108).

Da sich die als Zahlung in Betracht kommenden Vorgänge, insbesondere die Zahlungsgutschriften, vor dem 11. Juni 2008 und somit vor Inkrafttreten des MoMiG ereigneten, ist danach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. anzuwenden.

Nach einem Teil der Literatur entsteht der Erstattungsanspruch gemäß § 64 GmbHG jedoch erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der betreffenden Gesellschaft (vgl. *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 12 unter Verweis auf BGH NJW 2001, 304, 305). Hiernach wäre § 64 Satz 1 GmbHG n.F. maßgeblich.

Da der Wortlaut der Vorschrift des § 64 Satz 1 GmbHG n.F. und § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. bei den Tatbestandsmerkmalen nicht auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens abstellt, sprechen die besseren Gründe dafür, die Entstehung an den Zeitpunkt der masseschmälernden Zahlung zu knüpfen (vgl. BGH ZIP 2010, 2107, 2108; a.A. *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 12).

Somit ist auf den vorliegenden Fall § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. anzuwenden.

Aufgrund des identischen Wortlauts von § 64 Satz 1, 2 GmbHG n.F. und § 64 Abs. 2 Satz 1, 2 GmbHG a.F. ergeben sich für die Prüfung jedoch keine Unterschiede.



## b) Zahlungsunfähigkeit

Gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) muss die S GmbH zahlungsunfähig oder überschuldet gewesen sein.

Ausweislich des Sachverhalts war die S GmbH seit März 2008 zahlungsunfähig.

## c) Zahlung

Weitere Voraussetzung für eine Haftung der B gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) ist, dass auf ihre Veranlassung eine masseschmälernde Zahlung erfolgt ist.

Der Begriff der Zahlung i.S.d. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) ist sehr weit auszulegen und erfasst jegliche Minderung des Gesellschaftsvermögens durch eine Zahlung oder andere Rechtshandlung, die einer Zahlung wirtschaftlich entspricht (vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 63).

### aa) Gutschrift der Zahlungseingänge

Die S GmbH hat hier jedoch keine direkten Zahlungen geleistet, sondern durch Gutschrift der zwischen dem 2. Mai und 10. Juni 2008 erfolgten Zahlungseingänge auf dem debitorischen Konto an sich einen Vermögenszufluss erhalten.

Der BGH geht hier aber einen Schritt weiter und betrachtet die Folgen, die die Zahlungsgutschriften auf dem debitorischen Konto hatten:

"[11] 1. [...] [D]er Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto [ist] grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.), weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird (BGH, Urteil vom 3. Juni 2014 - II ZR 100/13, ZIP 2014, 1523 Rn. 16; Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 Rn. 12; Urteil vom 29. November 1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 187 f.). Der auf das debitorische Konto eingezahlte Betrag wird aufgrund der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo bzw. mit dem Kreditrückzahlungsanspruch der Bank verrechnet und damit mit Gesellschaftsmitteln an einen Gläubiger, hier die Bank, gezahlt. Insofern liegt der Fall im Ergebnis nicht anders als wenn die GmbH mit Barmitteln, die von einem ihrer Schuldner in ihre Kasse gelangt sind, einen Gläubiger durch Barzahlung befriedigt."

Somit handelte es sich bei den Gutschriften der Zahlungseingänge auf dem debitorischen Konto der S GmbH bei der Sparkasse grundsätzlich um Zahlungen i.S.d. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.).

Fraglich ist, ob sich an dieser Beurteilung dadurch etwas ändert, dass die Forderungen, auf welche die Zahlungen erfolgten, aufgrund des Globalzessionsvertrags an die Sparkasse zur Sicherheit abgetreten waren. Denn zum Zeitpunkt der Zahlungseingänge war nicht mehr die S GmbH Forderungsinhaber, sondern die Sparkasse.

Da der Sinn und Zweck von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (§ 64 GmbHG n.F.) darin besteht, dass die potentielle Insolvenzmasse zugunsten der Gesellschaftsgläubiger erhalten wird, könnte

dieser Zweck dann nicht eingreifen, wenn die betreffende Zahlung i.S.d. § 64 GmbHG nicht der Gesellschaft zustand und der entsprechende Vermögensabfluss daher nicht das Gesellschaftsvermögen schmälerte.

Hierzu der BGH:

"[13] [2.]a) Der Einzug von Forderungen auf einem debitorischen Konto, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, ist grundsätzlich keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlassete masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.). § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. meint mit „Zahlung“ eine Leistung der Schuldnerin, durch welche die den Gläubigern zur Verfügung stehende Vermögensmasse geschmälert wird. Soweit durch einen Vorgang die den Gläubigern zur Verwertung zur Verfügung stehende Masse nicht geschmälert wird, liegt keine Zahlung vor. § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. soll wie die Parallelvorschrift § 130a Abs. 1 HGB im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger lediglich eine Schmälerung der Masse nach Eintritt der Insolvenzreife ausgleichen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 9, z.V.b. in BGHZ mwN).

[14] Die Verrechnung des infolge der Einzahlung auf dem Konto gutgeschriebenen Betrags schmälert die Masse nicht, weil die zur Sicherheit an die Bank abgetretene und eingezogene Forderung den Gläubigern nicht zur Verwertung zur Verfügung steht und der Geschäftsführer die Verwertung zugunsten der Bank als ordentlicher Geschäftsmann nicht verhindern muss."

Allerdings gehören auch zur Sicherheit abgetretene Forderungen zur Insolvenzmasse (§§ 35, 50, 51 InsO). Gemäß §§ 50, 51 InsO verwertet der Insolvenzverwalter auch die Gegenstände und Forderungen, an denen der Schuldner eine Sicherheit bestellt hat gemäß §§ 166 bis 173 InsO. Der zur abgesonderten Befriedigung berechnete Gläubiger erhält dabei gemäß § 170 Abs. 1 InsO nach einer Verwertung durch den Insolvenzverwalter den Verwertungserlös abzüglich der Kosten der Feststellung und der Verwertung (§ 171 InsO).

Dies führt nach Ansicht des BGH aber zu keinem anderen Ergebnis:

"[15] aa) Sicherungsabgetretene Forderungen eines Schuldners zählen zwar zur Insolvenzmasse im Sinn von § 35 InsO, die der Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegen. Sie stehen aber nicht als freie Masse den Gläubigern zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung, sondern nur dem Zessionar. Der Zessionar hat ein Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO). Auch der Insolvenzverwalter muss nach einer Verwertung den absonderungsberechtigten Gläubiger befriedigen (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO). Dass die Kosten der Feststellung und der Verwertung vorweg zu entnehmen sind (§ 170 Abs. 1 Satz 1 InsO), führt nicht zu einer Teilverwertung zugunsten aller Gläubiger, weil damit nur die durch die Verwertung verursachten Kosten gedeckt werden sollen."

Die Zahlungsgutschriften auf dem debitorischen Konto der Sparkasse zwischen dem 2. Mai und dem 10. Juni 2008 stellen somit keine masseschmälernde Zahlung i.S.d. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) dar.

## bb) Pflicht zur Einziehung der Forderungen auf ein anderes Konto

Da die S GmbH nach Ziff. 9.1. der Globalabtretungsvereinbarung aber zur Einziehung der zur Sicherheit abgetretenen Forderungen ermächtigt war, stellt sich die Frage, ob die B die Zahlungseingänge auf die abgetretenen Forderungen auf ein im Guthaben geführtes Konto hätte veranlassen müssen. Dadurch hätte sie eine Verrechnung mit den Kreditforderungen durch die Sparkasse verhindern und für einen Vermögenszufluss bei der S GmbH sorgen können. Denn bei Einziehung der Forderung auf ein anderes Konto wäre die zur Sicherheit abgetretene Forderung durch Erfüllung gemäß § 362 BGB erloschen. An dem Guthaben auf dem anderen Konto bestünde ohne gesonderte Vereinbarung kein Sicherungsrecht der Sparkasse, so dass sie hieran kein Verwertungsrecht hätte.

Dies ist nach Ansicht des BGH zwar grundsätzlich der Fall:

*"[16] bb) [...] [N]ach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [muss der Geschäftsführer einer GmbH] allerdings dafür Sorge tragen, dass Schuldner nicht auf ein debitorisches Bankkonto einzahlen, und obliegt es ihm, eine Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. an die Bank etwa durch Eröffnung eines kreditorisch geführten Bankkontos oder Vereinbarung von Barzahlung zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 Rn. 12; Urteil vom 29. November 1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 188)."*

Kommt der Geschäftsführer dieser Pflicht nicht nach, so handelt es sich um eine masseschmälernde Zahlung und er haftet gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) auf Ersatz (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006).

Aufgrund der vereinbarten Globalzession lehnt der BGH eine solche Pflicht im vorliegenden Fall aber ab:

*"[17] Ist die Forderung im Rahmen einer Globalzession an die Bank abgetreten, kann der Geschäftsführer die Zahlung zugunsten der Bank zwar ebenfalls durch Vereinbarung einer Barzahlung oder Eröffnung eines Kontos bei einer anderen Bank und Umleitung der Zahlung auf dieses Konto verhindern. Durch Umleitung der Zahlung des jeweiligen Kunden auf die sicherungszielte Forderung auf ein Konto bei einer anderen Bank wäre die Forderung der Schuldnerin auch mit Wirkung gegenüber der Zessionarin erloschen, zugleich das an der Forderung bestehende Absonderungsrecht. Die Sicherungsnehmerin hätte kein Ersatzabsonderungsrecht entsprechend § 48 InsO erworben, da der Einzug aufgrund der Einzugsermächtigung berechtigt gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2006 - IX ZR 185/04, ZIP 2006, 1009 Rn. 17 f. mwN; Urteil vom 12. Februar 2015 - IX ZR 180/12, ZIP 2015, 585 Rn. 12 f.). Die Schuldnerin war nach 9.1. der Globalabtretungsvereinbarung zur Einziehung im ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebe berechtigt, wie dies regelmäßig bei der Sicherungszession vereinbart wird. Unberechtigt kann der Forderungseinzug auf anderem Wege zwar sein, wenn das Konto bei der Zessionarin als Zielkonto vereinbart ist (vgl. MünchKomm InsO/Ganter, 3. Aufl., Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52 Rn. 171 und 173a); eine solche Vereinbarung über einen Forderungseinzug nur auf das Konto der Bank enthält die Globalabtretungsvereinbarung aber nicht."*

*[18] Die Umleitung der Zahlungen auf ein anderes Konto entspräche aber nicht einem ordentlichen Geschäftsgebahren. Wenn der Gegenwert der abgetretenen Forderung nicht bei der Zessionarin, sondern unmittelbar beim Zedenten eingeht, ist die Schuldnerin meist jedenfalls auf Verlangen der Bank zur Weiterleitung verpflichtet, wie hier auch in 9.2. der Globalabtretungsvereinbarung vorgesehen ist. Die Weiterleitung ist dem Geschäftsführer nicht nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F./§ 64 Satz 2 GmbHG n.F. verboten, weil bereits die Einziehung mit der Verpflichtung zur Weiterleitung verbunden ist und er insoweit jedenfalls mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns handelt (vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 38/07, ZIP 2008, 1229 Rn. 12 ff.). Da die eingezogene Forderung infolge der Sicherungsabtretung nicht mehr als freie Masse den Gläubigern zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung stand, verlangt auch der Zweck des Zahlungsverbots, die vorhandene Masse zu sichern, nicht, die Zahlung einzubehalten. Die Masse würde durch den Einzug von sicherungsabgetretenen Forderungen ohne Weiterleitung nicht nur erhalten, sondern vergrößert."*

Somit stellt hier auch die unterlassene Umleitung der Zahlungseingänge auf ein kreditorisch geführtes Konto keine masseschmälernde Zahlung i.S.d. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) dar.

## cc) Masseschmälernde Zahlung durch Abschluss des Globalzessionsvertrags

Ferner kommt in Betracht, dass bereits der Abschluss des Globalzessionsvertrags mit der Sparkasse eine masseschmälernde Zahlung darstellt.

Wenn der Globalzessionsvertrag zwischen der S GmbH und der Sparkasse N nicht abgeschlossen worden wäre, hätte an den Kundenforderungen der S GmbH kein Sicherungsrecht der Sparkasse N bestanden. Nach den obigen Ausführungen des BGH hätten die entsprechenden Zahlungen dann auf ein kreditorisches Konto der S GmbH erfolgen müssen, so dass diese der Insolvenzmasse zugeflossen wären.

Hierzu der BGH:

*"[20] [b])aa) Die Bewirkung einer masseschmälernden Leistung kann bereits darin liegen, dass die Gesellschaft eine Forderung an einen ihrer Gläubiger abtritt und so die Forderung aus ihrem Vermögen absondert. Eine Sicherungszession, die erst nach Eintritt der Insolvenzreife vereinbart wird, steht daher einer Bewertung der dadurch verursachten Einziehungen von Forderungen auf ein debitorisches Konto als masseschmälernde Leistung nicht entgegen. Die Masseschmälerung tritt endgültig zwar erst mit dem Einzug der Forderung zugunsten des Zessionars ein, wenn der Schuldner zahlt und der Zessionar die Zahlung verrechnet. Die Verkürzung der Masse ist aber bereits unwiderruflich mit der Abtretung veranlasst. Die masseschmälernde Leistung durch den Geschäftsführer liegt in diesem Fall bereits in der Abtretungsvereinbarung, für die der Geschäftsführer danach gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. haftet, wenn die Forderung später zugunsten des Gläubigers eingezogen wird."*

Nach den Ausführungen des BGH würde der Abschluss des Globalzessionsvertrags dann eine masseschmälernde Zahlung

darstellen, wenn dieser zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, als die S GmbH bereits insolvenzreif war.

Da der Globalzessionsvertrags am 11. Dezember 2003 abgeschlossen wurde, begründet dies im vorliegenden Fall somit keine masseschmälernde Zahlung.

#### **dd) Werthaltigmachen sicherungsabgetretener Forderungen als masseschmälernde Zahlung**

Der BGH sieht schließlich noch einen weiteren Aspekt, unter dem eine masseschmälernde Zahlung bei Abschluss eines Globalzessionsvertrags außerhalb der Insolvenzreife in Betracht kommt:

*"[21] bb) Eine masseschmälernde Leistung wird dem entsprechend auch an die Bank als Zessionar bewirkt, wenn die Sicherungsabtretung zwar bereits vor Insolvenzreife vereinbart worden ist, die Forderung aber erst nach Insolvenzreife entsteht oder werthaltig gemacht wird.*

*[22] Im Falle der Abtretung einer künftigen Forderung ist der Verfügungstatbestand mit dem Zustandekommen des Abtretungsvertrages abgeschlossen. Der Rechtsübergang auf den Gläubiger vollzieht sich jedoch erst mit dem Entstehen der Forderung (BGH, Urteil vom 19. September 1983 - II ZR 12/83, BGHZ 88, 205, 206; Urteil vom 20. September 2012 - IX ZR 208/11, ZIP 2012, 2358 Rn. 13). Wenn - wie hier - die Abtretung bereits vor der Insolvenzreife für künftige Forderungen vereinbart ist, liegt die Ursache für die Masseschmälerung nicht in der Abtretungsvereinbarung, sondern darin, dass die sicherungsabgetretene Forderung nicht mehr zugunsten des Vermögens der GmbH, sondern zugunsten des Zessionars entsteht. Wenn der Geschäftsführer der GmbH die Zession - etwa durch die Kündigung des Kontokorrentvertrages - oder das Entstehen der Forderung nach Eintritt der Insolvenzreife verhindern kann, liegt daher im Ergebnis eine von ihm veranlasste Leistung an die Bank vor, wenn die Forderung nach der Sicherungsabtretung an die Bank entsteht und von ihr verwertet wird. Das betrifft vor allem Verträge, die die Schuldnerin nach Eintritt der Insolvenzreife eingeht und bei denen der Anspruch auf die Gegenleistung für eine Leistung der Schuldnerin aufgrund der Sicherungsabtretung der Bank zusteht.*

*[23] Das gleiche gilt, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung rechtlich zwar bereits entstanden ist, zulasten des Vermögens der Schuldnerin aber erst nach Eintritt der Insolvenzreife werthaltig gemacht wird, etwa indem die Schuldnerin die von ihr vertraglich zugesagte Leistung erbringt. Die Masseschmälerung liegt in diesen Fällen darin, dass die abgetretene Forderung zugunsten des Gläubigers werthaltig gemacht worden ist. Die Wertschöpfung geschieht dann zu Lasten der Gläubigergesamtheit bzw. der Masse und zugunsten des gesicherten Gläubigers (vgl. zur Werthaltigmachung bei der Insolvenzanfechtung BGH, Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 Rn. 36)."*

Die Ausführungen des BGH haben zur Folge, dass der Geschäftsführer zur Vermeidung einer Haftung gemäß § 64 GmbHG nach Eintritt der Insolvenzreife dafür zu sorgen hat, dass keine neuen Geschäfte mit Kunden eingegangen werden und bereits abgeschlossene Verträge mit Kunden auch nicht erfüllt werden, soweit die hieraus resultierenden Forderungen

zur Sicherheit an die Bank abgetreten sind. Sofern eine Globalabtretung vereinbart wurde, ist die insolvenzreife Gesellschaft folglich nicht mehr in der Lage, Einnahmen zu erzielen, so dass sich ihre wirtschaftliche Situation weiter verschlechtert. Der Geschäftsführer könnte alternativ zwar den Kontokorrentvertrag mit der Bank beenden. Da dann aber der Kontokorrentkredit der Bank sofort zurückgeführt werden müsste, würde sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft auch dadurch weiter verschlechtern. Eine Fortführung der insolvenzreifen Gesellschaft zum Zwecke der Sanierung außerhalb des Insolvenzverfahrens wäre folglich kaum möglich.

Aufgrund des Sinns und Zwecks von § 64 GmbHG ist dies nach Ansicht des BGH auch geboten:

*"[24] Dass der Geschäftsführer durch das „Zahlungsverbot“ des § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. daran gehindert wird, das Unternehmen nach Insolvenzreife fortzuführen, ist ein Reflex dieser Vorschrift. § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. soll in erster Linie im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger eine Schmälerung der Masse nach Eintritt der Insolvenzreife ausgleichen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 9, z.V.b. in BGHZ mwN; Beschluss vom 2. Dezember 2014 - II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 Rn. 8). Damit wird der Geschäftsführer angehalten, nach Insolvenzreife die Masse zur Verwertung durch die Gläubiger zu erhalten (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 275). Das verbietet es ihm, das Unternehmen auf Kosten und Gefahr der Gläubigergesamtheit mit dem Risiko weiterer Masseminderungen fortzuführen. Soweit ausnahmsweise eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht werden würde, wenn der Betrieb ohne Begründung neuer Forderungen oder ihrer Werthaltigmachung eingestellt werden müsste, können Zahlungen zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein und damit das Verschulden entfallen lassen (§ 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F.; vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 274 f.; Beschluss vom 5. November 2007 - II ZR 262/06, ZIP 2008, 72 Rn. 6)."*

Somit würde eine masseschmälernde Zahlung der B i.S.d. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) dann vorliegen, wenn die Zahlungseingänge auf Geschäften beruhen, die nach Eintritt der Insolvenzreife abgeschlossen oder durch die S GmbH erfüllt wurden. Die Kundenforderungen, auf die die Zahlungen erfolgten, beruhten auf Warenlieferungen, die bereits im Januar 2008 erbracht wurden. Da die S GmbH zu dieser Zeit noch nicht insolvenzreif war, liegt auch insoweit keine masseschmälernde Zahlung vor.

#### **2. Zwischenergebnis**

Somit stellen weder der Einzug der Kundenforderungen auf das debitorische Konto der S GmbH bei der Sparkasse N noch die unterlassene Umleitung der Zahlungen auf ein kreditorisches Konto eine masseschmälernde Zahlung i.S.d. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) dar. Eine masseschmälernde Zahlung kann im vorliegenden Fall auch nicht in dem Abschluss des Globalzessionsvertrags oder Werthaltigmachung sicherungsabgetretener Forderungen gesehen werden, da diese jeweils vor Insolvenzreife erfolgte.

### III. Ergebnis

I kann gegen B somit keinen Anspruch aus § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auf Zahlung von 30.069,14 € geltend machen.

#### Hinweise:

Der BGH hat das Verfahren in dem besprochenen Fall an das Oberlandesgericht zurückverwiesen, welches sich noch mit tatsächlichen Fragen zur Entstehung der Kundenforderungen auseinandersetzen muss. Aus didaktischen Gründen wurde die Fallbearbeitung insoweit etwas vereinfacht und insbesondere, die weiteren Ausführungen des BGH zu spezifisch insolvenzrechtlichen Fragestellungen, außer Acht gelassen. Dies betrifft auch die Ausführungen zu dem 2. Leitsatz des BGH. Hier führt der BGH zusammengefasst aus, dass eine masseschmälernde Zahlung bei Vorliegen einer Sicherungsabtretung (bspw. weil die abgetretene Forderung erst im Zeitpunkt der Insolvenzreife werthaltig wird) dann wieder ausscheidet, wenn infolge der Verrechnung der Zahlung auf die Kundenforderungen mit den Forderungen der Bank aus dem Kontokorrentkredit andere Forderungen nicht mehr von der Sicherungsabtretung umfasst, d.h. frei werden und der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger dienen. Der BGH spricht insoweit von einem "Aktivtausch". Damit ist gemeint, dass die Gesellschaft für den Verlust eines Vermögenswerts einen anderen Vermögenswert erhält. Ein solcher Aktivtausch wäre beispielsweise anzunehmen, wenn die Verrechnung der Zahlungseingänge zu einem vollständigen Ausgleich der Kreditforderungen führen und die Globalzession mangels Kreditforderung nicht mehr eingreifen würde, so dass weitere werthaltige Forderungen der Insolvenzmasse zugutekommen würden (vgl. hierzu: BGH WM 2015, 1467, 1469, Rn. 25 ff.). Neben dem Anspruch aus § 64 GmbHG sehen sich Geschäftsführer auch häufig dem Vorwurf ausgesetzt, einen Insolvenzantrag verspätet gestellt zu haben. Insoweit kommen sowohl zugunsten einzelner Gläubiger als auch der Gläubiger Gesamtheit weitere Anspruchsgrundlagen in Betracht (z.B. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz wie § 263 StGB, § 266 StGB, § 15a InsO, § 43 Abs. 2 GmbHG) (vgl. hierzu: Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64, Rn. 154 ff.).

Der vorliegende Fall zeigt, dass das Kapitalerhaltungsgebot in seinen unterschiedlichen Ausprägungen häufig erst im Insolvenzverfahren eine Rolle spielt. Dabei hat der Insolvenzverwalter die Aufgabe, Schmälerungen der Insolvenzmasse, die zugunsten einzelner Gläubiger (einschließlich der Gesellschafter) erfolgen und rechtlich angreifbar sind, rückgängig zu machen. Kann er insoweit erfolgreich Ansprüche durchsetzen, steht den Gläubigern zur Erfüllung ihrer Forderungen ein größeres Vermögen zur Verfügung. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Befriedigungsaussichten der Gläubiger einer insolventen Gesellschaft in aller Regel sehr gering sind. Auf der anderen Seite veranschaulicht der Fall die erheblichen Haftungsrisiken, denen Geschäftsführer in der Unternehmenskrise ausgesetzt

sind. Höchststrichterlich war bislang noch nicht geklärt, ob den Geschäftsführer einer GmbH auch dann eine Erstattungspflicht gemäß § 64 Satz 1 GmbHG für Zahlungen auf ein debitorisches Konto trifft, wenn die zugrundeliegenden Forderungen an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren. Dies lehnt der BGH im Ausgangspunkt zwar ab. In sehr ausdifferenzierter Weise stellt der BGH aber dar, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung trotzdem wieder in Betracht kommt.

## Steffen Follner

Rechtsanwalt

► [Inhaltsverzeichnis](#)



## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

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

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

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Notwehr: Rechtswidrigkeit des Angriffs bei hoheitlichem Handeln

Urteil vom 09.06.2015, Az. 1 StR 606/14

**1. Ob hoheitliches Handeln rechtswidrig im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB ist, bestimmt sich weder streng akzessorisch nach der materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zugrundeliegenden Rechtsgebiets noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem maßgeblichen Vollstreckungsrecht.**

**2. Entscheidend ist vielmehr, ob der Beamte örtlich und sachlich zuständig ist, die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und ihm ggf. eingeräumtes Ermessen pflichtgemäß ausübt.**

**3. Wenn er sich dagegen in einem schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung befindet, willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes handelt, ist sein Handeln rechtswidrig.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### Sachverhalt (gekürzt):

Die zuständige Ausländerbehörde ordnete die Abschiebung des Angeklagten für den 4. Februar 2014 an, gewährte ihm allerdings am 13. Januar 2014 eine weitere, bis zum 14. April 2014 befristete Duldung. Kurz darauf beauftragte sie „dennoch die zuständige Polizeidirektion L. damit, die angeordnete Abschiebung am 4. Februar 2014 durch Verbringung des Angeklagten zum Flughafen in Frankfurt/Main zu vollziehen. Von dort aus sollte er nach Erbil (Irak) abgeschoben werden“. Im Schreiben an die Polizeidirektion „teilte die Ausländerbehörde mit, die Abschiebung sei gegenüber dem Angeklagten schriftlich angekündigt und diesem aufgetragen worden, sich am festgesetzten Tag für die Durchführung der Abschiebung bereitzuhalten. Tatsächlich war eine entsprechende Ankündigung gegenüber dem Angeklagten jedoch versehentlich nicht erfolgt“.

Es „wurden zwei uniformierte Beamte mit üblicher Ausrüstung und Kleidung, ohne Schutzkleidung, mit der Durchführung der Abschiebung beauftragt. Als die Beamten am frühen Morgen des 4. Februar 2014 an der Wohnungstür des Angeklagten klingelten und ihn von der Abschiebung informierten, war dieser völlig überrascht. Auf die Aufforderung hin, sich auszuweisen, händigte der Angeklagte den Polizeibeamten „seine Duldung“ aus. Zugleich erklärte er, er werde nicht freiwillig mitkommen und wolle das Land nicht verlassen“.

Der Angeklagte ergriff „ein Küchenmesser mit einer Klingenzlänge von ca. 20 cm“, setzte sich dieses an den Hals und veranlassete die Polizeibeamten durch die von ihnen ernst genommene

Suiziddrohung, die Wohnung zu verlassen und ihm die Ausfertigung der Duldungsverfügung zurückzugeben.

„Während die Beamten Verstärkung anforderten, begab sich der Angeklagte unter Mitnahme des Küchenmessers auf den Balkon [...] der Nachbarwohnung“, wo „er sich in einem Geräteschuppen“ versteckte. „Dabei hoffte er darauf, dort nicht gefunden zu werden und so der Abschiebung zu entgehen. Für den Fall der als möglich erwarteten Entdeckung wollte er sein Entkommen mittels seines Messers erzwingen“.

Etwa 30 Minuten nach der Alarmierung suchten drei hinzugekommene Beamte, unter ihnen PHM E., der u.a. mit einem Kettenhemd geschützt war, auf dem Balkon der Nachbarwohnung nach dem Angeklagten.

Im Rahmen der Suche gelang es PHM E., die Schiebetür des dem Angeklagten als Versteck dienenden Geräteschuppens „so weit [zu] öffnen, dass der hinter ihm stehende Kollege den Angeklagten in dem Schuppen entdeckte und diesen sofort aufforderte, sich auf den Boden zu legen. PHM E. zog nunmehr die Tür vollständig auf. Der Angeklagte hatte dieses erwartet und war entschlossen, das Messer einzusetzen, um sich so den Weg freizukämpfen und der beabsichtigten Abschiebung zu entgehen. Mit dem in der rechten Hand gehaltenen Messer stach er daher sofort schnell hintereinander [...] mindestens drei Mal in Richtung der linken Schulter und des Oberkörpers von PHM E. Einer der wuchtig geführten Stiche traf den metallenen Türrahmen der Hütte und führte dort eine Beschädigung herbei. Der Angeklagte, dem die Schutzbekleidung des Beamten nicht bekannt war, rechnete damit, dass PHM E. durch die Stiche getötet werden könnte. Dies kümmerte ihn jedoch nicht [...]. Diese mögliche Folge war dem Angeklagten gleichgültig [...]. Der Beamte konnte jedoch reflexartig zurückweichen, so dass er durch die Stiche nicht verletzt wurde. Sofort nach der Ausweichbewegung trat PHM E. wieder nach vorn und konnte dem nunmehr aus der Hütte hinaustretenden Angeklagten mit dem Einsatzstock das Messer aus der Hand schlagen. Anschließend gelang es den drei auf dem Balkon eingesetzten Beamten, den sich wehrenden Angeklagten zu Boden zu bringen und ihm Handfesseln anzulegen.

Ob zumindest einer der Stiche PHM E. getroffen hatte und eine Verletzung lediglich durch das getragene Kettenhemd verhindert worden war, hat das Landgericht nicht aufzuklären vermocht“.

**Entscheidung:**

Die Revision gegen die Verurteilung wegen **versuchten Totschlags** blieb ohne Erfolg.

Zentral sind die Ausführungen des Senats zur **Rechtswidrigkeit** des Handelns des Angeklagten.

„Die gegen den Polizeibeamten E. geführten drei Messerstiche“ könnten „durch Notwehr gemäß § 32 StGB“ gerechtfertigt sein.

**1. Notwehr, § 32 StGB****a) Notwehrlage**

„Der Angeklagte sah sich [...] im Zeitpunkt der Messerstiche einem unmittelbar bevorstehenden und damit gegenwärtigen Angriff auf seine durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Fortbewegungsfreiheit seitens des Polizeibeamten ausgesetzt“.

Problematisch ist, ob dieser Angriff rechtswidrig war:

aa) Zunächst stellt der Senat fest, „dass der Vollzug der durch die zuständige Ausländerbehörde materiell rechtmäßig angeordneten Abschiebung am 4. Februar 2014 (noch) nicht erfolgen durfte, weil dem Angeklagten eine über diesen Termin hinausreichende, bis zum 14. April 2014 befristete Duldung (§ 60a AufenthG) erteilt worden war. Eine Duldung setzt den Vollzug der Abschiebung zeitweilig aus“.

In der „am 20. Januar 2014 erfolgte[n] Beauftragung der Polizeidirektion L. mit dem Vollzug der Abschiebung seitens der zuständigen Ausländerbehörde“ vermag der Senat weder einen „gemäß § 60a Abs. 5 Satz 2 AufenthG möglichen wirksamen Widerruf der am 13. Januar 2014 dem Angeklagten erteilten Duldung noch [...] deren wirksame Rücknahme“ zu erblicken. „Denn Rücknahme oder Widerruf wären jedenfalls dem Angeklagten nicht bekannt gegeben (§ 41 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG Baden-Württemberg) worden. Die Voraussetzungen, unter denen eine Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes durch Vermittlung einer anderen Behörde - hier der Polizeidirektion L. - erfolgen kann [Nachw.], lagen ersichtlich nicht vor“. Anhaltspunkte für „eine Beauftragung der Polizeidirektion, einen Rücknahme- oder Widerrufsbescheid bezüglich der Duldung an den Angeklagten auszuhändigen, bestehen“ nicht. „Vielmehr spricht die seitens der zuständigen Ausländerbehörde der beauftragten Polizeidirektion am 20. Januar 2014 übermittelte (unzutreffende) Information, dem Angeklagten sei die Abschiebung angekündigt worden, gegen die Möglichkeit, die Ausländerbehörde habe die am 13. Januar 2014 erteilte Duldung widerrufen oder zurückgenommen und mit der Bekanntgabe dieses Verwaltungsaktes die Vollzugs-polizei beauftragt.“

Ungeachtet der Aussetzung der Vollziehbarkeit der Abschiebung wegen der erneuten Duldungsverfügung war aber das auf die Ingewahrsamnahme des Angeklagten zum Zwecke der Abschiebung gerichtete Verhalten von PHM E. kein rechtswidriger Angriff im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB.“

bb) „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich die Rechtmäßigkeit - sowohl bezüglich § 32 Abs. 2 StGB als auch § 113 Abs. 3 StGB - des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von Hoheitsgewalt weder streng akzessorisch nach der materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zugrundeliegenden Rechtsgebiets (meist des materiellen

Verwaltungsrechts) noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem maßgeblichen Vollstreckungsrecht [Nachw.]. Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hängt vielmehr lediglich davon ab, dass ‚die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten‘ gegeben sind, ‚er also örtlich und sachlich zuständig‘ ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger sein - ihm ggf. eingeräumtes - Ermessen pflichtgemäß ausübt [Nachw.]. Befindet sich allerdings der Hoheitsträger in einem schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung, handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes, so ist sein Handeln rechtswidrig“.

cc) „Der Senat hält an der bisherigen Rechtsprechung [Nachw.] fest. Die gegen diese in der Strafrechtswissenschaft erhobenen Einwände [Nachw.] werden den für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 StGB maßgeblichen Besonderheiten der Situation nicht ausreichend gerecht, in der sich ein Bürger drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen durch einen Hoheitsträger ausgesetzt sieht“.

(1) Der Senat verweist darauf, dass sich (Polizei)Vollzugsbeamte bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeit „in der konkreten Situation in der Regel unter einem gewissen zeitlichen Druck auf die Ermittlung eines äußeren Sachverhalts beschränken [müssen], ohne die Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns auf der Grundlage des materiellen Rechts oder des (Verwaltungs)Vollstreckungsrechts bis in alle Einzelheiten klären zu können“. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht „bezüglich der Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs in § 113 Abs. 3 StGB verfassungsrechtlich akzeptiert, dass bei der Notwendigkeit umgehenden behördlichen Einschreitens eine Pflicht des betroffenen Bürgers zur Befolgung einer wirksamen, wenn auch gegebenenfalls rechtswidrigen Diensthandlung besteht“. Die Amtshandlung muss er „grundsätzlich hinnehmen und kann erst nachträglich eine Feststellung der eventuellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme erreichen“.

(2) Auch das Verwaltungsvollstreckungsrecht geht von diesen Grundsätzen aus. „Ihm liegt der Gedanke zugrunde, der betroffene Bürger habe eine Pflicht zur Duldung von Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung auch dann, wenn nicht sämtliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gegeben sind“, was sich aus den „Regelungen über den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Vollstreckungsmaßnahmen in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen“ (z.B. § 12 S. 1 LVwVfG Baden-Württemberg) ergibt. „Der Betroffene ist darauf beschränkt, nachträglichen Rechtsschutz einzuholen. Es ist mit dem Ausschluss der aufschiebenden Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen wertungsmäßig nicht zu vereinbaren, gegen solche Maßnahmen dem Betroffenen im Fall ihrer Rechtswidrigkeit das Notwehrrecht aus § 32 StGB einzuräumen“.

(3) „Die spezifische Auslegung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB (und § 113 Abs. 3 StGB) bei hoheitlichem Handeln trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die eingesetzten Vollzugsbeamten im Dienst der staatlichen Ordnung tätig werden, die wiederum die Sicherung der Rechtsordnung insgesamt gewährleistet [Nachw.]. Die Entlastung des Vollzugsbeamten von dem Risiko, dass sich bei einer ex post

erfolgenden Prüfung der Rechtmäßigkeit seines hoheitlichen Handelns am Maßstab meist des materiellen Verwaltungsrechts oder des Verwaltungsvollstreckungsrechts seine ex ante unter den konkreten Bedingungen seines Handelns vorgenommene Rechtmäßigkeitsbeurteilung als unzutreffend erweist und dem von der Maßnahme betroffenen Bürger dann eine ggf. gewaltsame Verteidigung gegen den Hoheitsträger offen stünde, dient gerade im demokratischen Rechtsstaat der Sicherung der Entschlusskraft der eingesetzten Vollzugsbeamten [Nachw.]. Wird - wie hier - der hoheitlich handelnde Beamte mit der Vollstreckung einer durch eine andere Behörde angeordneten Verwaltungsmaßnahme beauftragt, darf er sich grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit der ihm übertragenen Vollstreckung verlassen. Umgekehrt muss die beauftragende Behörde von dem Vollzug der Maßnahme durch die angewiesene Behörde und deren dort konkret betraute Beamte ausgehen können. Derartige Weisungsverhältnisse bilden im Rechtsstaat das notwendige Bindeglied, um die demokratische Legitimation für die Ausübung von Staatsgewalt sowie die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung gewährleisten zu können [Nachw.]. Der von der angeordneten Verwaltungsvollstreckung Betroffene wird durch die ihm auferlegte Pflicht zur Duldung einer sich im Nachhinein als - gemessen an den einschlägigen außerstrafrechtlichen Vorschriften - rechtswidrig erweisenden hoheitlichen Maßnahme nicht rechtlos gestellt. Ihm steht die nachträgliche gerichtliche Rechtmäßigkeitsprüfung (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) vollständig zur Verfügung“.

(4) „Darüber hinaus führte die Gewährung des Notwehrrechts gegen hoheitliches Handeln zu nicht akzeptablen Konsequenzen im Hinblick auf die Rechtsgüter des betroffenen Bürgers auf der einen Seite und derjenigen des ausführenden Beamten auf der anderen Seite. Der von einer - nach dem maßgeblichen materiellen Recht oder Vollstreckungsrecht - rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme betroffene Bürger befindet sich in einer völlig anderen tatsächlichen Lage als derjenige, der sich einem rechtswidrigen Angriff auf seine Rechtsgüter durch Private ausgesetzt sieht. Innerhalb der Grenzen seiner Duldungspflicht [...] ist die Eingriffsintensität der staatlichen Maßnahme durch die für hoheitliches Handeln bestehenden Schranken, vor allem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [Nachw.] begrenzt. Es droht typischerweise kein endgültiger Verlust des beeinträchtigten Rechtsguts.“

Auf der anderen Seite wäre der Vollzugsbeamte bei Gewährung des Notwehrrechts gegen sein hoheitliches Handeln der Gefahr erheblicher Rechtsgutsbeeinträchtigungen in einer Situation ausgesetzt, in der er ohne ihm vorwerfbaren Irrtum von der Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Vollstreckungsmaßnahme ausgeht. Gerade bei Notwehrhandlungen gegen bewaffnete Polizeibeamte im Rahmen des Vollzugs durch andere Behörden angeordneter Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung wird eine zur endgültigen und sicheren Abwehr des Angriffs führende „Verteidigung“ häufig gleichsam notwendig die Tötung der eingesetzten Beamten umfassen [Nachw.]. Gegen eine solche „Verteidigung“ dürfte sich der Beamte nicht rechtmäßig wehren. Eine ihm zumutbare legale Verhaltensalternative bliebe ihm dann nicht. Entweder handelt er entgegen dem ihm erteilten Vollstreckungsauftrag oder er macht sich durch eine Abwehr der dann nicht rechtswidrigen Verteidigung des von seiner hoheitlichen Maßnahme betroffenen Bürgers strafbar“.

(5) „Daher folgt der Senat nicht einer in der Strafrechtswissenschaft vertretenen Auffassung, die bei - am materiellen Verwaltungsrecht oder dem Verwaltungsvollstreckungsrecht gemessen - rechtswidrigem Handeln des Hoheitsträgers auch strafrechtlich von einem rechtswidrigen Angriff i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB ausgeht, dem vom hoheitlichen Handeln Betroffenen aber lediglich ein (eingeschränktes) Notwehrrecht gewährt“. Den beschriebenen „Besonderheiten des möglichen Notwehrrechts des einzelnen Bürgers gegen das Handeln von staatlichen Hoheitsträgern“ wird diese Auffassung nicht gerecht. „Insbesondere verkennt sie, dass bei dem Vorgehen gegen bewaffnete Polizeibeamte deren Tötung oder zumindest deren gravierende Verletzung meist die allein eine sichere und endgültige Angriffsabwehr gewährleisten- de „Verteidigungshandlung“ wäre“.

dd) „Die Grenzen der Pflicht zur Duldung einer nach den maßgeblichen außerstrafrechtlichen Rechtsvorschriften rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme sind dort erreicht, wo diese mit dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) schlechthin unvereinbar sind“. Jedenfalls „bei Willkür und bei Nichtigkeit des Verwaltungshandelns“ ist das der Fall. „Bei der Verwaltungsvollstreckung endet die Duldungspflicht des Betroffenen auch bei der Nichtigkeit von Verwaltungsakten (§§ 43, 44 LVwVfG) im Schweregrad entsprechenden Verletzungen der Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung“. Dann ist das Handeln „stets rechtswidrig im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB“.

ee) Die vorstehenden Grundsätze wendet der Senat sodann auf vorliegenden Fall an und stellt fest, dass der Angriff durch PHM E. „nicht gemäß § 32 Abs. 2 StGB rechtswidrig“ war:

(1) PHM E. handelte „innerhalb seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit aufgrund des seitens der ihrerseits zuständigen Ausländerbehörden erteilten Auftrags zur Verwaltungsvollstreckung. Hinsichtlich der Durchführung des Vollzugs der Abschiebung sind durch die beauftragte Polizei die wesentlichen Förmlichkeiten eingehalten worden. Das gilt auch für die Durchführung der Vollstreckung zur Nachtzeit (vgl. § 9 Abs. 2 LVwVG). Gemäß § 9 Abs. 1 LVwVG bedarf diese einer Erlaubnis der Vollstreckungsbehörde. Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang des angefochtenen Urteils ergibt, hatte die Ausländerbehörde eine solche Erlaubnis erteilt. Denn sie hatte der unmittelbar beauftragten Polizeidirektion L. mitgeteilt, dem Angeklagten als Abzuschiebenden sei die Abschiebung angekündigt und diesem aufgetragen, sich ab 3.00 Uhr morgens unter seiner Wohnanschrift bereitzuhalten“.

(2) Auch aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls erweist sich der bevorstehende Zugriff seitens PHM E. für den Senat nicht als rechtswidrig im Sinne des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs: „Weder befand er [E.] sich in einem schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung noch handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes“.



(a) „Das Fehlen eines schuldhaften Irrtums über die Erforderlichkeit der Ingewahsamnahme des Angeklagten ergibt sich aus folgenden [...] Erwägungen:

Der Polizeidirektion L. war durch das Regierungspräsidium Ka. als zuständiger Ausländerbehörde der Auftrag zum Vollzug der Abschiebung für den 4. Februar 2014 erteilt worden. Der Polizeidirektion war weiter mitgeteilt worden, dass dem Angeklagten die Abschiebung für den genannten Termin angekündigt und ihm aufgegeben war, sich am fraglichen Tag ab 3.00 Uhr für den Transport bereitzuhalten. Diese Informationen waren auch an den in der Tatnacht diensthabenden Einsatzleiter des mit dem Vollzug durch die Polizeidirektion beauftragten Polizeireviers 3 in S. gelangt [...]. Die am 13. Januar 2014 dem Angeklagten erteilte Duldung als Vollzugshindernis war dem zuständigen Einsatzleiter daher zunächst ebenso wenig bekannt wie den zunächst mit dem Vollzug der Abschiebung beauftragten Polizeibeamten (POM B. und POM'in K. ). Anhaltspunkte für das Bestehen des Vollzugshindernisses aus § 60a AufenthG ergaben sich nach Beginn des Vollzugs lediglich aus dem Hinweis des Angeklagten auf die Duldung sowie dem kurzzeitigen Zugriff [...] von POM B. und POM'in K. auf die bei dem Angeklagten vorhandene Ausfertigung der Duldung vom 13. Januar 2014. Selbst wenn den zur Verstärkung herbeigerufenen Polizeibeamten, darunter PHM E., das Vorhandensein der Ausfertigung einer über den Abschiebetermin hinausreichenden Duldung ebenfalls bekannt geworden sein sollte, führte dies für den Polizeibeamten nicht dazu, dass er in ihm vorwerfbarer Weise die verwaltungsvollstreckungsrechtliche Rechtswidrigkeit der Durchführung verkannt hätte.

Den beauftragten Polizeibehörden lagen aufgrund Mitteilung der zuständigen Ausländerbehörde Informationen vor, aus denen sich zunächst eindeutig die Rechtmäßigkeit des Vollzugs der Abschiebung ergab. Allein der Hinweis des Angeklagten auf die Duldung und das kurzzeitige bildliche In-den-Händen-Halten der Ausfertigung durch die beiden zunächst eingesetzten Polizeibeamten konnten keine solchen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vollzugs hervorrufen, die zu einem schuldhaften Irrtum über den Vollzug der angeordneten Verwaltungsvollstreckung führen konnten. Eine nähere Prüfung des Inhalts und der Echtheit der Duldung hat der Angeklagte bereits gegenüber POM B. und POM'in K. selbst vereitelt, indem er die Rückgabe der Ausfertigung durch seine Suiziddrohung erzwungen hat. Eine Klärung des Vorhandenseins einer wirksam erteilten, über den 4. Februar 2014 hinausreichenden Duldung durch Rücksprache mit dem zuständigen Regierungspräsidium Ka. war angesichts der Tageszeit (zwischen 4.00 und 4.30 Uhr) nicht möglich. Wegen der eindeutigen Informationen und der Beauftragung durch das Regierungspräsidium war daher für PHM E. (wie auch für die übrigen eingesetzten Polizeibeamten) nicht ohne Weiteres erkennbar, dass die Abschiebung des Angeklagten wegen der erneut erteilten Duldung am fraglichen Tag verwaltungsvollstreckungsrechtlich nicht gestattet war“.

(b) „Das hoheitliche Handeln der [...] eingesetzten Polizeivollzugsbeamten, damit auch des Polizeibeamten E., war angesichts des vorstehend Ausgeführten nicht willkürlich. Ebenso wenig lagen Verletzungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts vor, die in ihrem Schweregrad Nichtigkeitsgründen des Verwaltungsakts entsprechen würden“.

ff) „Schließlich stehen auch die sonstigen Verhältnisse des konkreten Einzelfalls der Anwendung des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs bei hoheitlichem Handeln nicht entgegen. Die damit einhergehende Duldungspflicht des von einer hoheitlichen Maßnahme Betroffenen darf diesem zumutbar auferlegt werden, weil kein endgültiger Rechtsverlust droht, sondern eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit eröffnet ist [...]. Vorliegend verfügte der Angeklagte über eine Ausfertigung der bis zum 14. April 2014 befristeten Duldungsverfügung. Zwischen dem polizeilichen Zugriff gegen 4.30 Uhr und dem Abflug des Flugzeugs nach Erbil (Irak) [...] um 10.10 Uhr verblieb genügend Zeit, um durch die Vollzugspolizeibeamten mittels Nachfrage bei der zuständigen Ausländerbehörde nach Beginn deren regelmäßiger Dienstzeit klären zu lassen, ob die Voraussetzungen für die Vollstreckung der Abschiebung vorlagen oder diese (noch) durch eine wirksam erteilte Duldung gehindert war. Es drohte daher im Hinblick auf das Recht zum Aufenthalt im Inland bis zum Ablauf der Duldungsfrist dem Angeklagten kein endgültiger Rechtsverlust. Die Freiheitsentziehung bis zu der Klärung der vollstreckungsrechtlichen Rechtslage durch Einschaltung der Ausländerbehörde musste der Angeklagte aus den für das Bestehen eines spezifischen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs bei hoheitlichem Handeln maßgeblichen Gründen gerade dulden und durfte sich nicht mit erheblicher Gewaltanwendung dagegen wehren.“

## b) Zwischenergebnis

Der Angriff E.s war nicht im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB rechtswidrig, eine Notwehrlage war nicht gegeben.

## 2. Ergebnis

„Die gegen den Polizeibeamten E. geführten drei Messerstiche waren“ nicht „durch Notwehr gemäß § 32 StGB [...] gerechtfertigt“. Der Angeklagte handelte rechtswidrig.

### Hinweise:

Der Senat betont das parallele Verständnis des Begriffs der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit bei § 32 Abs. 2 StGB und bei § 113 Abs. 3 StGB. Es leuchtet ein, dass die Rechtsordnung dem Angegriffenen nicht Widerstand nach den Notwehrregeln erlauben und zugleich in § 113 Abs. 1, 2 StGB verbieten kann (Günther, in SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 64). Welcher Rechtmäßigkeitsbegriff hierbei zu gelten hat und insbesondere ob bzw. in welchem Falle ein Vollstreckungshandeln eines Amtsträgers einen rechtswidrigen Angriff im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB darstellt, legt der Senat ausführlich dar und begründet eingehend seine Betrachtungsweise (sog. Lehre vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff), was hier nicht zuletzt aus didaktischen Gründen weitgehend wiedergegeben wird. Danach führt eine materiell unrichtige, also objektiv rechtswidrige Diensthandlung nicht bereits zur Rechtswidrigkeit im genannten Sinne: Der Amtsträger handelt nicht rechtswidrig, sofern er sachlich und örtlich zuständig ist, die wesentlichen Förmlichkeiten wahrt und ggf. eingeräumtes Ermessen pflichtgemäß ausübt (außer dem Senat statt vieler Engländer, in Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 32 Rn. 21 m.w.N.). Anderer Ansicht in der Literatur, die eine für

den Rechtsstaat unangemessene Einschränkung der Bürgerrechte bei gleichzeitiger ungesetzlicher Kompetenzerweiterung für den Staat anprangert, daher einzig auf die objektive Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Amtshandlung abstellt und dem Bürger bei objektiver Rechtswidrigkeit das Notwehrrecht zubilligt (so *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 69 a.E. m.w.N.: weitere Krit. bei *Erb*, in: MK/StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 77 ff.) erteilt der Senat vorliegend eine Absage. Dagegen bleibt hier nichts zu erinnern.

Jeweils unproblematisch sind Diensthandlungen, die der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage entsprechen: Sie stellen einen rechtmäßigen Hoheitsakt dar, ein rechtswidriger Angriff kann darin nicht liegen.

Vertiefend zum Thema *Kühl*, StrR AT, 7. Auflage (2012), § 7 Rn. 70 ff.; zum Rechtmäßigkeitsbegriff explizit im Rahmen von § 113 Abs. 3 StGB, den Folgen eines Irrtums des Vollstreckenden sowie einer nicht rechtmäßigen Diensthandlung *OLG Celle*, JSE 2/2013, 255 (256, 258 f.) (*Ernst*) mit den entsprechenden Hinweisen.

## Guido Philipp Ernst

Staatsanwalt

### ► Inhaltsverzeichnis

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Zueignungsabsicht beim schweren Raub und Auslegung des Begriffs „gefährliches Werkzeug“

Urteil vom 12. März 2015, Az. 4 StR 538/14

1. Voraussetzung der Zueignungsabsicht bei den §§ 242, 249 StGB ist es, dass der Täter die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers körperlich oder wirtschaftlich erlangen und sie seinem Vermögen der Substanz oder dem Sachwert nach „einverleiben“ will. Hierbei ist es nicht erforderlich, dass der Täter die Sache dauerhaft behalten will. Ein in unmittelbarem Anschluss an die Tat erfolgter Konsum des erbeuteten Rauschgifts reicht hier ohne weiteres aus.

2. Der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und in § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist identisch auszulegen. Für die Tatbestandserfüllung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist nicht allein die eingetretene Verletzungsfolge maßgeblich, sondern die potentielle Gefährlichkeit der konkreten Benutzung des Werkzeugs.

(amtliche Leitsätze)

#### Sachverhalt (zusammengefasst)

Nach den Feststellungen des LG Arnsberg vereinbarten die Angeklagten und die gesondert Verfolgten in der Nacht zum 29. März 2013 in die Wohnung des später geschädigten Zeugen K. einzudringen. Dort sollten Geld und Betäubungsmittel entwendet werden. Der Angeklagte M. hatte eine eckige, ca. 60 cm lange, 5 cm breite und 2 cm hohe Holzlatte aus Kiefernholz bei sich. Alle Beteiligten waren sich darüber einig, dass auch dieser Gegenstand eingesetzt werden sollte. Der Angeklagte P. trat die Wohnungstüre auf und schlug den Wohnungsinhaber. Der Angeklagte M. setzte die mitgeführte Holzlatte gegen das rechte Bein des Wohnungsinhabers ein und fügte ihm unterhalb des Knies eine ca. 2 cm lange Platzwunde zu. Danach schlug der Angeklagte P. auch den Zeugen Sch., um so das weitere Tatgeschehen zu erleichtern. In der Wohnung fanden sie kein Geld, allerdings 6g Marihuana in einer Plastikdose. In der Wohnung des gesondert Verfolgten G. wurde an den gesondert Verfolgten A. ein Teil der Drogen abgegeben. Das restliche Marihuana konsumierten die Angeklagten mit den gesondert Verfolgten G. und L.

#### Verfahrensgang:

Das LG Arnsberg hatte die Angeklagten wegen gemeinschaftlichen schweren Raubes in Tateinheit mit gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung jeweils zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Angeklagten fochten das Urteil mit ihren auf materielle Rechtsfehler gestützten Revisionen an. Die Staatsanwaltschaft drängte mittels

Revision darauf, das Urteil vollständig aufzuheben und die Angeklagten zusätzlich wegen besonders schweren Raubes nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 z. Alt. StGB sowie wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu verurteilen. Der BGH verwarf die Revisionen der Angeklagten als unbegründet. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft hatten weitgehend Erfolg.

#### Die Entscheidung:

Der BGH verwarf die Revisionen der Angeklagten als unbegründet. Zu ihren Lasten seien keine Rechtsfehler feststellbar gewesen.

Allerdings rügt der BGH die Einschätzung des Landgerichts zur Zueignungsabsicht, wonach es problematisch sei, dass „das gefundene Marihuana [...] durch Konsum“ gleich nach der Tat vernichtet werden sollte. Der BGH verweist auf die allgemeine Definition zur Zueignungsabsicht: „Hierfür genügt, dass der Täter die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsaminhabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder den Dritten haben und sie der Substanz oder dem Sachwert nach seinem Vermögen oder dem des Dritten „einverleiben“ oder zuführen will. Dagegen ist nicht erforderlich, dass der Täter oder der Dritte die Sache auf Dauer behalten soll oder will“.

Ausgeschlossen sollen nur solche Konstellationen sein, in denen der Täter die Sache nur in der Absicht wegnimmt, sie um des Zerstörens willen wegzunehmen, ohne einen anderen Vorteil aus der Tat als Rache oder ähnliches zu erlangen. Indem die Angeklagten aber den Konsum des Marihuana direkt nach Tatausführung schon in den Tatplan einbezogen, hätten sie durch den Verbrauch der Drogen einen Vorteil erlangt, der von der Zueignungsabsicht erfasst sein könne: „Ungeachtet der missverständlichen Formulierung in der rechtlichen Würdigung hat das Landgericht festgestellt, dass die Angeklagten und die gesondert Verfolgten sich entschlossen hatten, die Betäubungsmittel des Zeugen K. zu entwenden und diese später zu konsumieren. In Ausführung ihres Tatplans nahm der Angeklagte M. die mit Marihuana befüllte Dose mit; die Angeklagten und ihre Mittäter haben somit ihren im Vorhinein gefassten Zueignungswillen – insoweit ohne jede Änderung – umgesetzt und das erbeutete Marihuana im unmittelbaren Anschluss an die Tat konsumiert. Damit tragen die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen im Ergebnis die Annahme der Zueignungsabsicht auch beim Angeklagten P.“.

Den Revisionen der Staatsanwaltschaft gab der BGH weitgehend statt.

So sieht auch der BGH die gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB als erfüllt an und bedient sich der allgemein anerkannten Dogmatik (vgl. *Hardtung*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 224, Rn. 13 ff. m.w.N.) zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs: „*Allerdings hat das Landgericht die vom Angeklagten M. verabredungsgemäß mitgeführte und eingesetzte Holzlatte – wie auch die Revision des Angeklagten P. nicht in Abrede nimmt – mit Recht als gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 StGB eingeordnet. Ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen [...]. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn der Täter ein generell gefährliches Tatmittel einsetzt, sondern auch, wenn sich die objektive Gefährlichkeit des eingesetzten Gegenstandes erst aus der konkreten Art seiner Verwendung ergibt, welche geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Die Gefährlichkeit des Tatmittels kann sich gerade daraus ergeben, dass ein Gegenstand bestimmungswidrig gebraucht wird. [...] Der eine Platzwunde verursachende Schlag war auf die Knieregion des Geschädigten gerichtet; dass es bei derartigen Schlägen zu erheblichen Verletzungen kommen kann, liegt auf der Hand. In dem dynamischen Geschehen, in dem M. die Holzlatte einsetzte, lag es zudem nahe, dass auch andere, möglicherweise empfindlichere Körperteile getroffen werden konnten*“.

So teilt der BGH die Ansicht der Staatsanwaltschaft, dass daher auch § 250 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. StGB erfüllt sei: „*Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass der Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und in § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB identisch auszulegen ist*“.

Ferner habe das Landgericht übersehen, dass sich die Angeklagten auch wegen § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG strafbar gemacht hätten, indem sie sich der Drogen bemächtigten und wegen der gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung auch wegen § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB: „*Des Weiteren hat das Landgericht ersichtlich übersehen, dass die Angeklagten sich auch nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG wegen Sich-Verschaffens von Betäubungsmitteln strafbar gemacht haben [...]. Schließlich hat die Strafkammer nicht erkennbar bedacht, dass die Angeklagten die weitere Qualifikation der gefährlichen Körperverletzung in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt haben*“.

#### Hinweis:

Die vorliegende Entscheidung betrifft Probleme aus dem Bereich des qualifizierten Raubes sowie der qualifizierten Körperverletzung. Diese Deliktsgruppen gehören zum „Standardrepertoire“ einer strafrechtlichen Klausur an der Universität sowie in den staatlichen Prüfungen. Auch wenn die nachfolgend aufgezeigten Probleme mehrheitlich als geklärt bezeichnet werden können, beleuchtet die Entscheidung des BGH vom 12.3.2015 doch erneut deren Praxisrelevanz. Dadurch ist es auch weiterhin erforderlich, den maßgeblichen Stoff zu den Eigentums- bzw. Körperverletzungsdelikten präsent zu halten.

## I. Die Zueignungsabsicht beim Diebstahl

1. Zum besseren Verständnis des dogmatischen Standorts der Zueignungsabsicht soll folgendes (kurzes) Schema des Diebstahls (§ 242 StGB) dienen:

- I. Tatbestand
  - 1. Objektiver Tatbestand:
    - a) Fremde bewegliche Sache
    - b) Wegnahme
  - 2. Subjektiver Tatbestand
    - a) Vorsatz auf den objektiven Tatbestand
    - b) Absicht der rechtswidrigen Zueignung**
- II. Rechtswidrigkeit, Schuld

Die Zueignungsabsicht ist demnach Bestandteil des subjektiven Tatbestandes.

2. Zur Zueignungsabsicht ist zunächst festzuhalten, dass sie innerhalb einer Grauzone zu ermitteln ist, in der der ehemalige Eigentümer sein Eigentum noch nicht verloren haben muss, der Täter aber kein eigenes Eigentum erlangen kann (*Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 148. Lieferung, § 242, Rn. 69). Da insofern die zivilrechtliche Betrachtung nicht maßgeblich sein kann, entspricht es der h.M. (*BGH NJW 1985, 1564; Kindhäuser*, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013, § 242, Rn. 69; *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 242, Rn. 116; *Fischer*, Kommentar zum StGB, 62. Aufl. 2015, § 242, Rn. 33a), dass auch der Wille einer Aneignung auf gewisse Dauer ausreicht. Argument dafür ist auch, dass der Eigentümer einer Sache auch durch deren kurzzeitige Entziehung dazu veranlasst werden kann, sich Ersatz verschaffen zu müssen, weil er die Sache dringend benötigt, z.B. bei der Wegnahme eines Kfz für einen Tag, weshalb sich der Halter einen Ersatzwagen mieten muss (vgl. dazu *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 29. Aufl. 2014, § 242, Rn. 51 ff.). Anderenfalls würde auch der Charakter des Raubes als kupiertes Erfolgsdelikt bzw. Delikt mit überschießender Innentendenz (*Sander*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 249, Rn. 3) verkannt, wenn das vollendete Unrecht dieses Deliktes zu stark von der subjektiven Tatseite her verstanden würde und der auf kurze Zueignung gerichtete Wille eine Strafbarkeit ausschließen würde. Denn ob es zu der Zueignung tatsächlich gekommen ist, kann nur bei § 246 StGB maßgeblich sein, wo es sich bei der Zueignung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt (*Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 29. Aufl. 2014, § 246, Rn. 8 ff.).

Aufgrund des Normcharakters als Erfolgsdelikt muss dem Täter aber ein über reine Gefühlshaltungen hinausgehender Vorteil aus der Tat entstehen. Auf reine Zerstörung angelegte Wegnahmehandlungen vermögen dagegen mangels Zueignungsabsicht nicht den Tatbestand der §§ 242 ff. StGB zu erfüllen (vgl. *BGH*, NStZ 2011, 699). Das dadurch zum Ausdruck kommende Unrecht wird nämlich durch die §§ 303 ff. StGB bestimmt (*Zopfs*, ZJS 2009, 649). Selbiges gilt, wenn der Täter die Sache

direkt nach der Wegnahme wegwirft (LG Potsdam, Urteil v. 23.03.2009 - 27 Ns 114/07).

Vertretbar erscheint es dagegen, wie der BGH, anhand des Tatplans zu entscheiden, ob die Zueignungsabsicht vorlag. Insbesondere stehen diesen Überlegungen nicht die §§ 8, 16 StGB entgegen. Denn auch wenn der Tatplan bereits vor Beginn der Tat und damit nicht zum gemäß des Koinzidenzprinzips maßgeblichen Zeitpunkt gefasst wird, besteht er auch bei Begehung der Tat und kann daher den Vorsatz in seiner besonderen Ausprägung der Zueignungsabsicht mitformen. Ein anderes könnte allenfalls anzunehmen sein, wenn der Tatplan nachträglich geändert wird und es den Beteiligten dann doch nur auf eine reine Zerstörung einer Sache unmittelbar nach der Wegnahme ankommt.

Auch wenn der auf eine vorübergehende Aneignung gerichtete Wille die Zueignungsabsicht begründet, ist in der Klausur nicht pauschal auf diese Meinung zu verweisen. Vielmehr sollte mittels der vorstehenden Überlegungen argumentiert und dargelegt werden, ob der Täter überhaupt seinen Willen auf eine Zueignung richtete. Vorliegend ist dieser Wille gerade darin zu erkennen, dass nur der Eigentümer (§ 903 BGB) dazu befugt ist, eine Sache zu verbrauchen. Maßt sich der Täter ein dem Eigentümer zustehendes Recht an, liegt darin nach h.M. die Enteignungskomponente (BGH JuS 2010, 362; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013, § 242, Rn. 69; Kühl, in: Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB, 28. Aufl. 2014, § 242, Rn. 21). Es handelt sich auf den ersten Blick um ein Problem, während auf den zweiten Blick bereits eine genaue Subsumtion zum Ergebnis führt.

## II. Das gefährliche Werkzeug bei Raub und gefährlicher Körperverletzung

1. Auch das Tatbestandsmerkmal des gefährlichen Werkzeuges soll zunächst in den Tatbestand des schweren Raubes mittels eines gefährlichen Werkzeuges (§§ 249, 250 StGB) und der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 StGB) eingeordnet werden.

### A) Der schwere Raub

I. Verwirklichung des Raubes (Grunddelikt)

II. § 250 StGB als Qualifikationstatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

**Abs. 1 Nr. 1a: Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges**

**Abs. 2 Nr. 1: Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges**

#### 2. Subjektiver Tatbestand:

Vorsatz auf den objektiven Tatbestand

#### 3. Rechtswidrigkeit, Schuld

### B) Die gefährliche Körperverletzung

I. Verwirklichung der einfachen Körperverletzung (Grunddelikt)

II. § 224 Abs. 1 StGB als Qualifikationstatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand:

**Nr. 2: Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges**

#### 2. Subjektiver Tatbestand:

Vorsatz auf den objektiven Tatbestand

#### 3. Rechtswidrigkeit, Schuld

Das gefährliche Werkzeug ist demnach in den dargestellten Tatbeständen Teil des objektiven Tatbestandes. Insofern muss sich der Vorsatz des Täters auf dieses Tatbestandsmerkmal beziehen.

2. Im vorliegenden Fall schließt sich der BGH der Rechtsprechung (vgl. etwa BGHSt 44, 103) und dem überwiegenden Teil der Literatur (vgl. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 29. Aufl. 2014, § 250, Rn. 5 m.w.N.) an, wenn er den Begriff des gefährlichen Werkzeuges bei Raub und gefährlicher Körperverletzung (generell) identisch auslegt. In gesetzes-systematischer Auslegung wäre dagegen eine eigenständige Begriffsbildung vorzugswürdig. Die Notwendigkeit einer solchen Vorgehensweise wird bereits deutlich, wenn auf die unterschiedliche Strafandrohung abgestellt und daher ein restriktiverer Umgang mit dem Begriff des gefährlichen Werkzeuges beim Raub gefordert wird (vgl. zum Überblick *Sander*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 250, Rn. 16 ff.).

Dieser Einwand ist allerdings der Kritik ausgesetzt. So könnte es als lebensfremd und nicht mit der Gesetzessystematik zu vereinbaren betrachtet werden, einem Gegenstand die Gefährlichkeit im Sinne eines Gesetzes zu- und im Sinne eines anderen Gesetzes abzusprechen, zumal beide Normen Teil des Kernstrafrechts sind. Ferner schützen beide Normen (auch) die körperliche Unversehrtheit, weshalb ungleich Rechtsgüterschutz gewährt würde. Schon hier könnte aber angeführt werden, dass nur die §§ 223 ff. StGB und nicht § 249 StGB die körperliche Unversehrtheit im Kern schützen, weil es sich um ein Eigentumsdelikt handelt.

Im Gegensatz zu § 224 StGB weist § 244 StGB wie auch § 250 StGB aber schon im Rahmen der verschiedenen Tatbestandsalternativen Abstufungen auf. Während sich wegen gefährlicher Körperverletzung erst derjenige strafbar macht, der ein gefährliches Werkzeug auch einsetzt, begeht der Täter nach §§ 242, 244 StGB bzw. §§ 249, 250 StGB bereits dadurch ein gesteigertes Unrecht, indem er ein gefährliches Werkzeug oder ein Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Das gefährliche Werkzeug bzw. Mittel qualifiziert den Raub also bereits dadurch, dass es vom Täter bei sich geführt wird. Die lediglich den Einsatz eines gefährlichen Werkzeug einbeziehende Fassung von § 224 StGB kann daher keinesfalls ausnahmslos als begrifflicher Ursprung für § 250 StGB herangezogen werden (so auch *Fischer*, Kommentar zum StGB, 62. Aufl. 2015, § 244, Rn. 15.).

Danach kann es nur überzeugen, den Begriff in § 250 Abs. 1 Nr. 1a 2. Alt. StGB eigenständig auszulegen. So wird auf eine generelle objektive Gefährlichkeit abgestellt und versucht, auf diese Weise einen eigenständigen Begriff zu prägen und von der

Terminologie der Körperverletzungsdelikte zu emanzipieren (zur Übersicht zum insoweit „konkreten“ und „abstrakten“ Begriff des gefährlichen Werkzeugs vgl. *Fischer*, Kommentar zum StGB, 62. Aufl. 2015, § 250, Rn. 6a.). Da in § 250 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. StGB wie in § 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB der Einsatz des Werkzeugs gefordert wird, kann das gefährliche Werkzeug mit einer einheitlichen Definition, also übereinstimmend mit § 224 StGB, ausgelegt werden. Insofern erlangt der Streit nur dann Bedeutung, wenn der Täter das gefährliche Werkzeug gerade nicht einsetzt.

Für die Klausurbearbeitung bietet es sich zunächst an, die Prüfung und Bejahung des Merkmals „gefährliches Werkzeug“ gedanklich mit der Überlegung zu verbinden, welche Delikte ferner einschlägig sein könnten. Werden diese Delikte übersehen, ist je nach Schwerpunktsetzung des Klausurerstellers mit deutlichem Punktabzug zu rechnen. Die Klausurtaktik lässt es darüber hinaus zu, den Streit zur identischen Auslegung ergebnisoffen zu führen, weil keine Folgefragen mit der Verwirklichung von § 250 StGB zusammenhängen. Ohne inneren Widerspruch kann § 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB auch bejaht werden, wenn das gefährliche Werkzeug bei § 250 Abs. 1 Nr. 1a 2. Alt. StGB restriktiv ausgelegt und daher verneint wurde.

III. Die Subsumtion des Sachverhalts unter § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG sowie § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB bedarf keiner weiteren Ausführungen.

### Niels Kaltenhäuser

Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht (Prof. Dr. *Hendrik Schneider*)

#### ► Inhaltsverzeichnis

---

## RECHTSPRECHUNG

### ÖFFENTLICHES RECHT

---

Bundesverwaltungsgericht

## Verletzung des rechtlichen Gehörs durch überzogene Anforderungen an die Substantiierung

Beschluss vom 27. Oktober 2014, Az. 3 B 40.14

### I. Einleitung

Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG und § 108 II VwGO gehört als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (vgl. *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Auflage 2014, Art. 103, Rdnr. 2; *Kopp*, AöR 1981, 604 (605); *BVerfG*, NJW 1987, 1191) zu den wichtigsten Grundsätzen eines fairen Verfahrens. Die größte Gefährdung der Wahrung dieses Anspruchs liegt darin, dass Gerichte den Sachvortrag der Beteiligten nicht hinreichend berücksichtigen (so auch *Höfling/Rixen*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 4. Auflage 2014, § 108, Rdnr. 211). Dies führt bisweilen zu einer nicht hinnehmbaren Aushöhlung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Der Beschluss des BVerwG vom 27.10.2014 – 3 B 40.14 – bietet Anlass dafür, sich zum einen mit den Voraussetzungen einer Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133 VwGO, zum anderen mit Inhalt und Umfang des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auseinanderzusetzen.

### II. Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Im konkreten Fall hatte sich das BVerwG mit einer Nichtzulassungsbeschwerde i.S.v. §§ 133, 135 S. 2 VwGO zu befassen. Die damalige Klägerin und jetzige Beschwerdeführerin erhob Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, da das VG Berlin ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach § 108 II VwGO und Art. 103 I GG durch zu hohe Anforderungen an die Substantiierung ihres Vorbringens verletzt habe. Dem VG Berlin lag hierbei folgender Sachverhalt zur Entscheidung zu Grunde:

1. Die Klägerin, eine Gemeinde, war bis 1954 Eigentümerin eines Flurstücks Nr. 73. Im Jahr 1954 ging das Eigentum der Gemeinde an diesem Flurstück in Volkseigentum über. Danach wurde das Flurstück mehrfach vermessen und 1957 in zwei Flurstücke (Nrn. 73/9 und 73/10) aufgeteilt. Diese beiden Flurstücke wurden 1996 und 1997 durch die Bodenverwertungs- und Verwaltungs GmbH (BVVG) im Auftrag des Bundes privatisiert und veräußert. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 20. Dezember 2000 stellte der Oberfinanzpräsident der Oberfinanzdirektion Cottbus (OFP) fest, dass eine Rückübertragung der Grundstücke ausgeschlossen, die BVVG aufgrund der Veräußerung nach Maßgabe des § 13 II Vermögenszuordnungsgesetz (VZOG) aber zur Zahlung eines Geldbetrages an die Gemeinde verpflichtet sei. Am 31. Dezember 2003 beantragte die Klägerin, bei der OFP festzustellen, dass die BVVG in Folge der Veräußerung der beiden Flurstücke zur Auskehr weiteren Gel-

des an die Gemeinde verpflichtet sei. Mit Bescheid vom 8. Oktober 2012 stellte das nunmehr zuständige Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen allerdings fest, dass eine weitere Zahlung seitens der BVVG an die Klägerin nicht in Betracht komme.

2. Des Weiteren war die Klägerin Eigentümerin eines Flurstücks Nr. 115/2, das ebenfalls in Volkseigentum übergegangen war. Mit notariellen Kaufverträgen vom 7. Februar 1995 und vom 7. November 2000 wurde auch dieses Flurstück veräußert, wodurch der Klägerin aufgrund Bescheids des Oberfinanzpräsidenten der Oberfinanzdirektion Berlin vom 18. Juli 2001 ein Anspruch auf Erlösauskehr nach § 13 II VZOG zugesprochen wurde. Mit Schreiben vom 31. Dezember 2003 beantragte die Klägerin bei der OFP, auch in diesem Fall festzustellen, dass ihr ein Anspruch auf Auskehr zusätzlichen Geldes zustehe. Auch dieser Antrag wurde am 8. Oktober 2012 durch das Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen zurückgewiesen.

Mit der am 12. November 2012 vor dem VG Berlin erhobenen Klage beantragte die Klägerin, die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids des Bundesamtes für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen vom 8. Oktober 2012 zu verpflichten, den aufgrund des Bescheids der OFP vom 20. Dezember 2000 an die Klägerin zu zahlenden Geldbetrag für die Flurstücke Nrn. 73/9 und 73/10 auf insgesamt 19.889,25 € festzusetzen und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids des Bundesamtes für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen vom 8. Oktober 2012 zu verpflichten, den aufgrund des Bescheids des Oberfinanzpräsidenten der Oberfinanzdirektion Berlin vom 18. Juli 2001 an die Klägerin zu zahlenden Geldbetrag für das Flurstück 115/2 auf 84.734,35 € festzusetzen.

Die Beklagte beantragte Klageabweisung.

Das VG Berlin entschied am 13. März 2014 wie folgt:

*„Die Beklagte wird unter teilweiser Aufhebung des Bescheids des Bundesamtes für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen vom 8. Oktober 2012 verpflichtet, den aufgrund des Bescheides des Oberfinanzpräsidenten der Oberfinanzdirektion Cottbus vom 20. Dezember 2000 an die Klägerin zu zahlenden Geldbetrag für die Flurstücke 73/9 und 73/10 [...] auf insgesamt 19.189,64 € festzusetzen.*

*Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“*

Des Weiteren entschied das VG Berlin, die Revision gegen das Urteil nicht zuzulassen. Hiergegen legte die Klägerin Nichtzulassungsbeschwerde ein.

### III. Die Entscheidung des BVerwG

Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BVerwG als zulässig und begründet bewertet.

#### 1. Zur Zulässigkeit

Das BVerwG unterließ es in seinem Beschluss zwar, Ausführungen zur Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde(n) zu treffen und stellte lediglich auf deren Begründetheit ab:

*„Die wechselseitig erhobenen Beschwerden der Klägerin und der Beigeladenen gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts sind begründet.“*

Dies bedeutet aber nicht, dass das Gericht die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde außer Acht gelassen hat. Eine Prüfung der Zulässigkeit erfolgt nämlich im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde von Amts wegen (Czybulka, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 133, Rdnr. 84).

Im Ergebnis bejahte das BVerwG die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sollen überblickshalber unter Berücksichtigung der Eigenart des Falles kurz dargestellt werden:

#### a) Statthaftigkeit der Beschwerde

Bereits bei der Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde ist eine Besonderheit zu beachten: Grundsätzlich ist die Nichtzulassungsbeschwerde das von der VwGO gegen die Nichtzulassung der Revision durch das OVG vorgesehene Rechtsmittel (so Kopp/Schenke, VwGO, 20. Auflage 2014, § 133, Rdnr. 1; a.A. Eyer mann/Schmidt, 14. Auflage 2014, § 133, Rdnr. 2; Czybulka, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 133, Rdnr. 5 ff.: Die Nichtzulassungsbeschwerde ist kein Rechtsmittel, sondern ein spezieller Rechtsbehelf). Das BVerwG hatte jedoch über die Nichtzulassung der Revision durch ein VG zu entscheiden, weshalb sich die Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht unmittelbar aus § 133 I VwGO ergeben kann. Im Rahmen der Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde war deshalb auf § 135 S. 2 VwGO abzustellen. § 135 S. 2 VwGO verdeutlicht, dass auch bei der Nichtzulassung einer Revision durch ein VG die Nichtzulassungsbeschwerde möglich sein muss. Voraussetzung ist das Vorliegen eines Urteils eines VG, gegen das die Berufung

durch Bundesgesetz ausgeschlossen ist, vgl. § 135 S. 1 VwGO. Bei der vor dem VG Berlin verhandelten Verwaltungsstreitsache handelte es sich um eine Streitigkeit nach dem VZOG. Dabei normiert § 6 I 2 VZOG, dass die Berufung gegen ein Urteil des VG ausgeschlossen ist. § 6 I 2 VZOG stellt ein Bundesgesetz i.S.d. § 135 S. 1 VwGO dar (statt vieler Kopp/Schenke, a.a.O., § 135, Rdnr. 1).

#### b) Zuständigkeit des BVerwG

Die Zuständigkeit des BVerwG ist erst dann gegeben, wenn das VG, dessen Entscheidung angefochten werden soll, der Nichtzulassungsbeschwerde nicht abgeholfen und sie dem BVerwG vorgelegt hat, vgl. § 135 S. 3 VwGO i.V.m. § 133 V 1 VwGO.

#### c) Form

Die Nichtzulassungsbeschwerde muss nach § 135 S. 3 VwGO i.V.m. § 133 II 1 VwGO schriftlich bei dem Gericht (iudex a quo) eingereicht werden, gegen dessen Urteil Revision eingelegt werden soll. Dabei sind die Formalien des § 133 II 2 VwGO zu beachten.

#### d) Frist

Nach § 135 S. 3 VwGO i.V.m. § 133 II 1 VwGO ist die Nichtzulassungsbeschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils einzulegen.

#### e) Beschwer

Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist weiterhin nur dann zulässig, wenn der Beschwerdeführer durch die angegriffene Entscheidung – hier das Urteil des VG Berlin – formell beschwert ist (BVerwG, DÖV 2001, 655). Eine formelle Beschwer liegt vor, wenn die angegriffene Entscheidung hinter dem Begehren des Klägers zurückbleibt (BVerwGE 4, 16 und 283; Kopp/Schenke, a.a.O., Vorb § 124, Rdnr. 41). Vorliegend wies das VG Berlin die Klage als teilweise unbegründet ab, womit die (formelle) Beschwer zu bejahen ist.

#### f) Begründungszwang und Begründungsfrist

Nach § 135 S. 3 VwGO i.V.m. § 133 III 1 VwGO muss die Nichtzulassungsbeschwerde begründet und die Begründung innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils beim iudex a quo eingelegt werden, § 133 III 2 VwGO.

#### g) Ergebnis

Im Ergebnis lagen im vorliegenden Fall alle Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nichtzulassungsbeschwerde vor.

#### 2. Zur Begründetheit

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, wenn einer der in § 132 II VwGO genannten Gründe dargelegt wird und gegeben ist.

Das BVerwG kam vorliegend zum Ergebnis, dass die Beschwerde der Klägerin begründet sei, da eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege:

*„Das Verwaltungsgericht hat [das Vorbringen der Klägerin] mit der Begründung zurückgewiesen, die Behauptung [...] entbehre der Substantiierung. Diese Einschätzung [...] wird dem Anspruch*



der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht gerecht. Zwar verleiht diese Verfahrensgewährleistung keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen (BVerfG, BVerfGE 21, 191 (194)). Voraussetzung ist jedoch, dass die Anwendung dieses Rechts der Bedeutung und der Tragweite der Verfahrensgarantie angemessene Rechnung trägt. Diese Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn das Gericht überzogene Anforderungen an die Substanz des Vorbringens eines Beteiligten stellt und sich dadurch einer sachlichen Auseinandersetzung mit den vorgetragenen Argumenten entzieht.“

#### a) Prüfungsmaßstab des BVerwG

Der Prüfungsmaßstab des BVerwG ergibt sich aus § 135 S. 3 VwGO i.V.m. § 132 II VwGO. Danach ist die Revision zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 132 II Nr. 1 VwGO), das Urteil des VG von einer Entscheidung des BVerwG, des GSOGB oder des BVerfG abweicht (§ 132 II Nr. 2 VwGO) oder wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 132 II Nr. 3 VwGO).

#### b) Vorliegen eines Verfahrensmangels gem. § 132 II Nr. 3 VwGO

Aus Sicht des BVerwG lag hier eine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs und damit ein Verfahrensmangel i.S.d. § 132 II Nr. 3 VwGO vor.

#### aa) § 108 II VwGO und Art. 103 I GG als Verfahrensnormen gem. § 132 II Nr. 3 VwGO

Das BVerwG ordnete § 108 II VwGO und Art. 103 I GG zutreffender Weise als Verfahrensnormen nach § 132 II Nr. 3 VwGO ein (so auch Pietzner/Buchheister, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 26. Ergänzungslieferung 2014, § 132, Rdnr. 90a; Kopp/Schenke, a.a.O., § 132, Rdnr. 21):

„Die Klägerin rügt zu Recht, dass das Verwaltungsgericht, soweit es die Klage abgewiesen hat, ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach § 108 II VwGO und Art. 103 I GG verletzt hat und das Urteil insoweit im Sinne des § 132 II Nr. 3 VwGO auf diesem Verfahrensmangel beruhen kann.“

Bei Verfahrensnormen handelt es sich um Regelungen, die den Weg zum Urteil und die Art und Weise des Urteilserlasses, nicht jedoch dessen Inhalt betreffen (BVerwG, NVwZ-RR 1996, 359). § 108 II VwGO und Art. 103 I GG sollen insbesondere gewährleisten, dass sich die Beteiligten zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zur Rechtslage äußern können, so dass das Gericht das Beteiligtevorbringen in Bezug auf die zu treffende Entscheidung in Erwägung zieht. § 108 II VwGO und Art. 103 I GG regeln also, wie das Gericht zu seiner Entscheidung kommen soll und betreffen somit den Weg zum Urteil.

#### bb) Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs durch zu hohe Anforderungen an die Substantiierung

##### (1) Inhalt und Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Dem Wortlaut des § 108 II VwGO zufolge müssen die Beteiligten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Möglichkeit haben, sich zu Beweisergebnissen und entscheidungserheblichen Tatsachen äußern zu können (Höfling/Rixen, in: Sodan/Ziekow, VwGO, a.a.O., § 108, Rdnr. 184). Der Schutzbereich des § 108 II VwGO beschränkt sich jedoch nicht nur auf dieses Äußerungsrecht, namentlich darauf, im Verwaltungsprozess Stellungnahmen in Bezug auf Sachverhalt, Beweisergebnisse und rechtliche Ausführungen abzugeben. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass Art. 103 I GG als objektiver Verfassungsgrundsatz die Auslegung einfachgesetzlichen Rechts und daher auch Inhalt und Umfang des rechtlichen Gehörs gem. § 108 II VwGO beeinflusst (so z.B. Rüping, NVwZ 1985, 304 (306); im Ergebnis auch Höfling/Rixen, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 108, Rdnr. 184). Nach allgemeiner Ansicht umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör daher folgende „Verwirklichungsstufen“ (Kopp/Schenke, a.a.O., § 108, Rdnr. 19c; Höfling/Rixen, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 108, Rdnr. 186; Rüping, NVwZ 1985, 304 (306)): Auf der ersten Stufe setzt das rechtliche Gehör voraus, dass das Gericht die Beteiligten über den Prozessstoff und den Stand des Verfahrens informiert. Diese Verpflichtung des Gerichts bildet die Grundlage des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs, da die Beteiligten ihr auf zweiter Stufe gewährleitetes Äußerungsrecht (siehe nachfolgend) nur dann effektiv ausüben und Einfluss auf die richterliche Entscheidung nehmen können, wenn sie ausreichende Kenntnis über den tatsächlichen und rechtlichen Stand des Prozesses haben. Auf der zweiten Stufe muss das Gericht den Beteiligten Gelegenheit geben, umfassend Stellungnahmen in Bezug auf das Verfahren abzugeben. Dieses Äußerungsrecht liefe jedoch leer, wenn das rechtliche Gehör auf dritter Stufe nicht gewährleisten würde, dass das Gericht das so Erlangte zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen muss. Ein „Zur-Kennntnis-Nehmen“ des Vorbringens der Beteiligten erfordert jedenfalls, dass das Gericht das Vorbringen (in einem äußeren Akt) wahrnimmt und mit der gebotenen Aufmerksamkeit versucht, den Sinn des Vortrags zu erfassen (Höfling/Rixen, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 108, Rdnr. 210). „In-Erwägung-Ziehen“ bedeutet, dass das Gericht den Vortrag der Beteiligten ernsthaft in die Überlegungen für die Entscheidung einbeziehen muss (Höfling/Rixen, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 108, Rdnr. 211).

Daher kann eine Verletzung der Gewährung rechtlichen Gehörs gegeben sein, wenn es das Gericht unterlässt, die Beteiligten mit zureichenden Informationen zu versorgen, wenn es das Recht der Beteiligten, sich zu äußern, verhindert oder erschwert, oder wenn das Gericht das von den Beteiligten Vorgebrachte nur unzureichend berücksichtigt (so auch Höfling/Rixen, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 108, Rdnr. 186).

## (2) Grenzen und Einschränkungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Das BVerfG geht in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass Art. 103 I GG keinen Schutz dagegen biete, „dass das Vorbringen eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts unberücksichtigt bleibt“ (vgl. nur BVerfG, NJW 1985, 1150). Das BVerwG schließt sich dieser Formel an (so z.B. in BVerwG, NVwZ 1990, 674 (675)). Diese Grundaussage des BVerfG wird man wohl – ohne dass vorliegend näher auf diese Frage eingegangen wird – dahingehend verstehen müssen, dass grundsätzlich jede einfachgesetzliche Vorschrift des formellen oder materiellen Rechts die Gewähr auf rechtliches Gehör einzuschränken vermag, soweit dies dem Schutz wesentlicher Verfassungsgüter dient (so Kopp, a.a.O., 604 (630)).

## (3) Die Ansicht des BVerwG

Das BVerwG vertrat im vorliegenden Fall zutreffend die Ansicht, dass eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu bejahen sei, wenn ein Gericht zu hohe Anforderungen an die Substantiierung des Vorbringens eines Beteiligten stellt:

*„Diese Einschätzung, die offenbar allein auf den Zeitablauf zwischen der seinerzeitigen Grundstücksbewertung und der als Beweismittel vorgelegten Verkehrswertermittlung abstellt, wird dem Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht gerecht.“*

Das VG Berlin hat das Vorbringen der damaligen Klägerin unbeachtet gelassen und damit nicht in seine für die Entscheidung anzustellenden Überlegungen einbezogen. Dies stellt grundsätzlich eine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs dar (s.o.).

Fraglich ist jedoch, ob das VG Berlin das Vorbringen der damaligen Klägerin nicht zurückweisen durfte, ohne gegen § 108 II VwGO und Art. 103 I GG zu verstoßen.

Das BVerwG stellte in seinem Beschluss zunächst in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BVerfG (s.o.) heraus, dass Sachvortrag der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts unberücksichtigt bleiben könne:

*„Zwar verleiht [der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs] keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen.“*

Das BVerwG zielte dabei – wohl – darauf ab, dass es das Prozessrecht erlaube, gänzlich unsubstantiierten Sachvortrag unberücksichtigt zu lassen (BVerfG, WuM 1993, 235 (236); Kopp/Schenke, a.a.O., § 108, Rdnr. 19c). Dies kann mit den Erfordernissen der Effektivität der Rechtspflege sowie der Entlastung der Gerichte begründet werden (ähnlich, nur abstellend auf Präklusionsbestimmungen, Kopp, a.a.O., 604 (631)). Dafür spricht, dass es grundsätzlich den Beteiligten obliegt, ihren Sachvortrag derart zu konkretisieren, dass von einer ausreichenden Substantiierung ausgegangen werden kann. Kommt ein Beteiligter dem nicht nach, ist es gerechtfertigt,

seinen Sachvortrag unberücksichtigt zu lassen. Eine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist dann nicht gegeben.

Das BVerwG führte weiterhin aus, dass die Möglichkeit des Gerichts, gänzlich unsubstantiierten Sachvortrag der Beteiligten unbeachtet zu lassen, nicht uneingeschränkt gelten könne:

*„Voraussetzung ist jedoch, dass die Anwendung dieses [formellen oder materiellen Rechts] der Bedeutung und Tragweite der Verfahrensgarantie angemessen Rechnung trägt.“*

Bemerkenswert ist, dass das BVerwG im weiteren Verlauf der Begründung seines Beschlusses nicht ausdrücklich zu verstehen gibt, was es genau damit meint, wenn es davon spricht, dass „der Verfahrensgarantie angemessen Rechnung zu tragen sei“. Dies kann wohl nur so verstanden werden, dass das BVerwG den hohen Stellenwert des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs im verwaltungsgerichtlichen Verfahren herausstellen wollte, indem es eine umfassende Abwägung der Umstände des Einzelfalls vornahm. Im Rahmen dieser Abwägung kam das BVerwG zu dem Ergebnis, dass das formelle Recht gerade nicht als Rechtfertigung für eine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs herangezogen werden könne:

*„Diese Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn das Gericht überzogene Anforderungen an die Substanz des Vorbringens eines Beteiligten stellt und sich dadurch einer sachlichen Auseinandersetzung mit den vorgetragenen Argumenten entzieht.“*

Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Es ist rechtsstaatlich und verfassungsrechtlich unzulässig, wenn ein Gericht zu hohe Anforderungen an die Substantiierung des Sachvortrags der Beteiligten stellt. Den Gerichten obliegt es im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, die Anforderungen an die Substantiierung und die damit verbundene Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung (vgl. § 86 I 1 VwGO) mit dem Anspruch der Beteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs in Einklang zu bringen. Ein Gericht, das derart hohe Anforderungen an die Substantiierung des Sachvortrages eines Beteiligten stellt, wobei dies zur Aufklärung des Sachverhalts objektiv nicht notwendig wäre, vernachlässigt das Recht der Beteiligten auf rechtliches Gehör in nicht zu rechtfertigender Weise (und verletzt zudem die Amtsermittlungspflicht nach § 86 I 1 VwGO). Die Beteiligten würden diesenfalls zum „Spielball“ der Gerichte. Eine Rechtfertigung, Sachvortrag unberücksichtigt zu lassen, ist nicht gegeben.

## cc) Ergebnis

Ein Verfahrensmangel i.S.d. § 132 II Nr. 3 VwGO ist vorliegend zu bejahen. Das BVerwG stellte weiterhin fest, dass das Urteil auch auf diesem Verfahrensmangel beruhen könne.

### 3. Endergebnis

Die Nichtzulassungsbeschwerde war zulässig und begründet. Das BVerwG hob richtigerweise das Urteil des VG Berlin auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das VG zurück, vgl. § 135 S. 3 VwGO i.V.m. § 133 VI VwGO.

**Hinweise:**

Der Beschluss des BVerwG enthält mit dem Thema der Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs sowohl für Studierende als auch für Referendare examensrelevantes Wissen. Der Themenbereich „Rechtsmittel gegen die Nichtzulassung der Revision“ dürfte Referendaren – wenn überhaupt – nur in der mündlichen Prüfung zum zweiten juristischen Staatsexamen begegnen. Aber spätestens dann sollten Referendare zumindest Grundzüge des Rechts der Nichtzulassungsbeschwerde kennen.

**Dr. Andreas Wax**

Rechtsanwalt, Kanzlei Thümmel, Schütze & Partner, Stuttgart

**Nikolas Winter**

Rechtsreferendar

► **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  
*(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  
*(Stellvertretender Vorsitzender)*  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M  
*(Schatzmeister)*  
 StA Guido Philipp Ernst  
*(Ressortleiter Strafrecht)*  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
*(Ressortleiter Öffentliches Recht)*

5. Jahrgang (2015)

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](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



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

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:

▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

2/2015   <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   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011   <i>Dominik Skauradzun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
1/2011   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –  
Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

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

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

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

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

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

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen