



HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

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

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Hans-Dieter Pfannenstiel/Gordon von Miller
Wölfe in Deutschland

KLAUSUREN

Tim Brockmann/Simon Künnen
Zivilrecht: „Kartenlegerfall: Life-coaching und Unmöglichkeit magischer Leistungen“

Christian F. Majer/Pius O. Dolzer
Zivilrecht: „Es bleibt in der Familie (oder auch nicht)“

Michael Hippeli
Strafrecht: „Straffreie Festnahme eines Terrorverdächtigen?“

RECHTSPRECHUNG

BGH
Ein Maschendrahtzaun vor dem BGH

OLG Hamm
Pferdetausch – vertauscht!

BGH
Keine Rettungspflicht des Arztes bei freiverantwortlichem Suizid

BGH
Die Strafbarkeit des Entfernens vom Unfallort nach der letzten feststellungsberechtigten Person nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

INHALTSVERZEICHNIS

Beitrag	Hans-Dieter Pfannenstiel/Gordon von Miller Wölfe in Deutschland	Seite ▶ 79
Klausuren	Tim Brockmann/Simon Künnen Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht: „Kartenlegerfall: Life-coaching und Unmöglichkeit magischer Leistungen“	Seite ▶ 86
	Christian F. Majer/Pius O. Dolzer Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht: „Es bleibt in der Familie (oder auch nicht)“	Seite ▶ 93
	Michael Hippeli Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Straffreie Festnahme eines Terrorverdächtigen?“	Seite ▶ 97
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Ein Maschendrahtzaun vor dem BGH Urteil vom 20.10.2017 (<i>Christian F. Majer</i>)	Seite ▶ 106
	OLG Hamm Pferdetausch – vertauscht! Urteil vom 04.04.2019 (<i>Julius Forschner</i>)	Seite ▶ 108
Rechtsprechung Strafrecht	BGH Keine Rettungspflicht des Arztes bei freiverantwortlichem Suizid Beschluss vom 03.07.2019 (<i>Alexander Bechtel</i>)	Seite ▶ 111
	BGH Die Strafbarkeit des Entfernens vom Unfallort nach der letzten feststellungsberechtigten Person nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB Urteil vom 11.04.2018 (<i>Rasim Mustafi</i>)	Seite ▶ 116

EDITORIAL

Erst vor Kurzem war in der regionalen Presse wieder vom Rodewalder Leitwolf zu lesen, der sein Unwesen nahe Nienburg/Weser in Niedersachsen treibt. Etwa 40 Schafe, Ponys und andere Nutztiere soll er bereits gerissen haben. Um seinem Treiben Einhalt zu gebieten, wurde bereits Ende Januar eine Abschussgenehmigung erteilt, deren Vollzug indes bis Heute nicht gelungen ist. Die Vorfälle um den Rodewald Rüden stehen jedoch lediglich am Ende einer ganzen Reihe von ähnlichen Vorfällen im Zusammenhang mit gerissenen Nutztieren durch Wölfe in anderen Bundesländern. Das Problem hat dabei ein Ausmaß erreicht, das es sogar für den Wahlkampf in den Ländern attraktiv macht. So spielte der Umgang mit dem Wolf in Brandenburg bspw. eine zentrale Rolle im Parteiprogramm der Alternative für Deutschland.

In Anbetracht des politisch wie rechtlich zweifellos aktuellen Themas, liefern PFANNENSTIEL und VON MILLER daher mit ihrem Beitrag „*Wölfe in Deutschland*“ einen Überblick über die naturwissenschaftlichen Grundlagen, sowie die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten des gegenwärtigen und zukünftigen Umganges mit Wölfen.

Schwerpunkt der Ausgabe ist dieses Mal die Fallbearbeitung. Den Anfang macht die mit „*Kartenlegerfall: Life-coaching und Unmöglichkeit magischer Leistungen*“ überschriebene **Klausur** von BROCKMANN und KÜNNEN. In ihrer an fortgeschrittene Studierende des **Zivilrechts** gerichteten Ausarbeitung zeigen die Autoren anhand eines „Klassikers“ einige Grundprobleme des allgemeinen Schuldrechts didaktisch auf, welche durch den einprägsamen Sachverhalt angemessen veranschaulicht werden. Ebenfalls aus dem **Zivilrecht** ist die zweite Klausur. Unter dem Titel „*Es bleibt in der Familie (oder auch nicht)*“ liefern MAJER und DOLZER eine Fortgeschrittenklausur aus dem Bereich des Erbrechts mit einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Abwandlung als Zusatzaufgabe. Aus dem **Strafrecht** schließlich ist die letzte Klausur. HIPPELI beschäftigt sich in „*Straffreie Festnahme eines Terrorverdächtigen?*“ mit dem strafrechtlichen Schutz der Bewegungsfreiheit und insbesondere der Rechtfertigung von Freiheitseinschränkungen im Falle des Verdachtes terroristischer Straftaten. Auch diese Klausur ist vornehmlich an Studierende der Fortgeschrittenenübung gerichtet.

Die **Rechtsprechung** beginnt mit einer Entscheidung des BGH aus dem Bereich des **Zivilrechts**. Der V. Senat hatte sich hier mit der Frage zu befassen, inwiefern bei einer schon länger bestehenden Einrichtung, die sich wegen ihrer Vorteilhaftigkeit für beide Seiten objektiv als Grenzeinrichtung darstellt, eine Vermutung dafür besteht, dass sie mit dem Willen beider Nachbarn errichtet wurde (MAJER). In der Zweiten Entscheidung aus dem Zivilrecht hatte der 5. Zivilsenat des OLG Hamm zu entscheiden, ob es sich um einen Erklärungs- oder einen Inhaltsirrtum handelt, wenn sich der Übergeber eines Pferdes bei Übereignung über dessen Identität irrt (FORSCHNER).

Im **Strafrecht** macht der 5. Senat des BGH den Anfang. Dort sollte geklärt werden, ob bzw. inwiefern einen anwesenden Arzt im Falle einer freiverantwortlicher Suizidentscheidung auch nach Verlust der Handlungsherrschaft des Suizidenten eine Pflicht zur Vornahme von Rettungshandlungen trifft (BECHTEL). Und schließlich lag dem 4. Strafsenat die Frage zur Entscheidung vor, ob der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dann erfüllt ist, wenn der Täter den Unfallort erst nach der letzten feststellungsberechtigten Person verlässt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat (MUSTAFI).

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

Sascha Sebastian, M.Mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Prof. Dr. rer. nat. habil. **Hans-Dieter Pfannenstiel**, Dipl.-Biol.*/Prof. Dr. iur. **Gordon von Miller****

Wölfe in Deutschland

Gliederung

Abstract

A) Situation des Wolfsbestandes in Deutschland

- I. Verkehr
- II. Landwirtschaft
- III. Jagd
- IV. Angriffe auf Menschen

C) Rechtliche Situation

- I. Schutz nach der FFH-Richtlinie - Artenschutz
- II. Jagdrecht

D) Fazit

Abstract

Der Wolf zählt zu den bekanntesten Raubtieren und ist der größte Vertreter aus der Gruppe der Hundartigen (Canidae). Sein wissenschaftlicher Artnamen lautet *Canis lupus*.¹ Der Wolf hat frühzeitig Eingang in die Mythen², Märchen³ und Fabeln⁴ vieler Völker gefunden. Auch die Literatur der Frühen Neuzeit kommt ohne den Wolf nicht aus – was wäre Mowgli aus dem Dschungelbuch ohne seine Wolfsbrüder unter Führung der Wölfin Raksha?

Doch der Wolf kommt nicht nur in der Phantasie der Menschen vor. Nachdem Wölfe in Deutschland lange Zeit als ausgerottet galten, gibt es mittlerweile wieder etwa 1000 Wölfe in Deutschland – Tendenz stark steigend.

Die anfängliche Begeisterung für den Wolf scheint derzeit vor allem im ländlichen Raum dramatisch zu schwinden. Naturschutzorganisationen hingegen loben die Ausbreitung des Wolfes nach wie vor und werten ihn als Beleg für eine verbesserte Lebensraumsituation. Kritiker und Befürworter stehen sich häufig ohne Sachargumente, emotionsgeladen und unversöhnlich gegenüber. Der Beitrag zeigt die aktuelle Situation des Wolfs in Deutschland, die mit der Ausbreitung des Wolfes entstehenden Konfliktfelder sowie die rechtliche Stellung des Wolfes auf.

A) Situation des Wolfsbestandes in Deutschland

Die letzten Wölfe wurden in Deutschland Anfang bis Mitte des 19. Jahrhunderts gnadenlos verfolgt und getötet. Seitdem galt die Art als in Deutschland ausgerottet. Tatsächlich sind allerdings

immer wieder einzelne Wölfe vor allem von Osten her eingewandert und selbst im 20. Jahrhundert wurden zahlreiche Wölfe in Deutschland nachgewiesen. Davon wurden viele erlegt, die meisten auf dem Gebiet der DDR, einige aber auch in der Lüneburger Heide.⁵

Seit Anfang der 2000er Jahre haben sich eingewanderte Wölfe erfolgreich in Deutschland etabliert, da sie nun nicht mehr bejagt wurden. Der Wolf hat dabei im Laufe der beiden letzten Jahrzehnte große Flächen seines ehemaligen Verbreitungsgebiets wieder besiedelt. Seitdem gewinnen Reproduktion und Ausbreitung an Dynamik.

Wie die nachfolgende Tabelle zeigt, gibt es mittlerweile in sämtlichen Bundesländern außer den Stadtstaaten und dem Saarland, gesicherte Wolfsterritorien.

Bundesland	Territorien	Rudel	Paare	Territoriale Einzelwölfe	Welpen
Baden-Württemberg	1	0	0	1	
Bayern	3	1	2	0	2
Brandenburg	38	26	12	0	55
Mecklenburg-Vorpommern	9	4	3	2	10
Niedersachsen	24	15	9	0	81
Nordrhein-Westfalen	1	0	0	1	
Rheinland-Pfalz	1	0	0	1	
Sachsen	22	18	4	0	65
Sachsen-Anhalt	14	11	3	0	
Schleswig-Holstein	2	0	0	2	
Thüringen	1	0	0	1	
Deutschland	116	75	33	8	213

Tabelle 1: Gesamtzahl der in Deutschland für das Monitoringjahr 2017/2018 festgestellten Wolfsterritorien, Wolfsrudel, Wolfspaare und territorialen Einzelwölfe, geordnet nach Bundesländern.⁶ Zahlen der Bundesländer Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein sowie die Angaben

* Der Autor war bis zu seiner Emeritierung Lehrstuhlinhaber für Zoologie an der FU Berlin.

** Der Autor ist Inhaber einer Professur für Vergaberecht, Baurecht, Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

¹ Der wissenschaftliche Name einer Tierart besteht aus zwei Namensteilen, einem für die Gattung (Gattungsname, beginnt als Substantiv stets mit einem Großbuchstaben) und einem kleingeschriebenen Epitheton (Epitheton – Beinamen). Diese Nomenklatur geht letztlich auf das von *Carl von Linné* veröffentlichte Werk *Systema Naturae* (1758) zurück.

² So sollen die Gründer der Stadt Rom, Romulus und Remus, von einer Wölfin gesäugt und aufgezogen worden sein und auch der Gründer des altpersischen Reiches, Kyros II., soll von Wölfen aufgezogen worden sein.

³ Im deutschsprachigen Raum am bekanntesten sind hier wohl die zahlreichen Märchen der *Brüder Grimm*, etwa „Rotkäppchen“ oder „Der Wolf und die sieben jungen Geißlein“.

⁴ So die von Äsop stammenden und auch in der Neuzeit, z.B. durch Lessing, adaptierten Fabeln „Das Lamm und der Wolf“, „Der Wolf und der Kranich“ und „Der Hirtenjunge und der Wolf“.

⁵ Eine Übersicht hierzu findet sich bei *Görner*, *Der Wolf (Canis lupus) in Deutschland* aus der Sicht des Artenschutzes, Säugetierkundliche Informationen, 2017, 407 ff.

⁶ Dokumentations- und Beratungsstelle des Bundes zum Thema Wolf (DBBW), ▶ <https://www.dbb-wolf.de/Wolfsvorkommen/territorien/status-und-reproduktion?Bundesland=&Jahr=2017> (wie alle Online-Nachweise zuletzt abgerufen am 17.10.2019).

zu sämtlichen Welpen aus dem aktuellen – noch nicht abgeschlossenen – Monitoringjahr 2018/2019⁷

Ein Wolfsrudel besteht aus dem geschlechtsreifen, reproduzierenden Elternpaar und den diesjährigen und letztjährigen Welpen. Die älteren Welpen wandern nach und nach ab (*Dismigration*) und suchen sich eigene Reviere. Geht man von etwa acht Wölfen je Rudel aus, sind das ohne migrierende Jungwölfe etwa 900 Individuen. Hinzu kommen die abgewanderten Jungwölfe auf der oft langen Suche nach einem eigenen Territorium.

B) Konfliktpotentiale

Wölfe wurden im 19. Jhd. vor allem deshalb so stark verfolgt, weil der Mensch sie als Konkurrenz, aber auch als Bedrohung erfahren hatte.

Naturgemäß tötet und frisst der Wolf Wildtiere und stand damit bereits frühzeitig dem Menschen als Nahrungskonkurrent direkt gegenüber. Darüber hinaus reißt der Wolf auch Nutztiere (zB. Rinder, Schafe, Ziegen und Schweine) des Menschen, wenn er diese erreichen kann. Ferner kam es in der Vergangenheit immer wieder zu Übergriffen von Wölfen auf den Menschen selbst, wobei ein Mensch ohne Bewaffnung dem Raubtier Wolf und erst recht einem Wolfsrudel unterlegen ist. Die vor allem im ländlichen Raum vorhandenen tatsächlichen Konflikte und die – mitunter diffusen – Ängste in der Bevölkerung führten zu einem breiten Konsens, der die Ausrottung des Wolfes im 19. Jhd. begünstigte.

Die Kulturlandschaft hat sich in den mehr als 150 Jahren seit der Ausrottung des Wolfes dramatisch verändert. Die Bevölkerung hat sich in dieser Zeit von 20 Mio. Einwohnern auf derzeit 83 Mio. Einwohner mehr als vervierfacht und menschliche Siedlungsräume haben sich viel weiter ausgebreitet. Der Verkehr ist mit einem sehr dichtmaschigen Straßen- und Schienennetz ein ganz anderer als Mitte des 19. Jhd. Auch die unterschiedlichen Formen der Landnutzung hat der Mensch intensiviert. Die Konfliktsituationen von damals haben sich dementsprechend verschärft.⁸

I. Verkehr

Eine erhebliche Gefahr für Mensch und Wolf ist der Verkehr. Während *cum grano salis* ohne weiteres behauptet werden darf, dass es vor dem 19. Jhd. keinen einzigen Verkehrsunfall mit einem Wolf gegeben hat, kamen seit dem Jahr 2000 in Deutschland schon 296 Wölfe bei Verkehrsunfällen zu Tode.⁹ Die Zahl der toten Wölfe steigt rasant an: Für die ersten neun Monate dieses Jahres 2019 sind bereits 76 Wölfe, die durch Verkehrsun-

fälle ums Leben kamen, dokumentiert. Das sind mehr als im gesamten Jahr 2018 mit 66 Verkehrsoffern und deutlich mehr als in jedem einzelnen Jahr zuvor. Der Straßenverkehr stellt damit eine der Hauptgefährdungsfälle für die in Deutschland lebenden Wölfe dar: Von den seit dem Jahre 2000 deutschlandweit gefundenen und untersuchten 397 toten Wölfen kamen bis Ende September 2019 fast drei Viertel, nämlich die o.g. 296 Wölfe durch Verkehrsunfälle ums Leben. 46 Wölfe wurden illegal getötet, drei legal im Rahmen des sog. Wolfsmanagements, 32 Wölfe sind einen natürlichen Tod gestorben und bei 20 Wölfen konnte keine Todesursache ermittelt werden.¹⁰

Diese Todesfälle haben der Ausbreitung des Wolfes indes nicht geschadet. Zwar muss damit gerechnet werden, dass gut ausgebaute Verkehrswege die Ausbreitung verlangsamen¹¹ und wohl auch mit einer größeren Zahl von Verkehrsoffern einhergehen.¹² Aber anders als zunächst angenommen, hat der Wolf durch seine Anpassungsfähigkeit an unterschiedliche Habitate die o.g. Verluste nicht nur ausgeglichen, sondern vermehrt sich weiterhin stark. Dabei scheint er die stärksten Vermehrungs- und Ausbreitungsraten freilich in infrastrukturschwachen Regionen zu haben.¹³

Über die bei Verkehrsunfällen mit Wölfen zu Schaden gekommenen Personen und Sachen liegen – soweit ersichtlich – keine belastbaren Daten vor. Obgleich ein Verkehrsunfall stets unangenehm ist, birgt ein Unfall mit einem Wolf für den Kfz-Halter besondere finanzielle Risiken. Denn ein versicherter Teilkasko-Schaden liegt nach den von vielen Kfz-Versicherern zur Grundlage ihrer Verträge gemachten „Allgemeinen Bedingungen für die Kfz-Versicherung“ nur vor, wenn es zu einem Zusammenstoß des in Fahrt befindlichen Fahrzeugs mit Haarwild¹⁴ im Sinne des Bundesjagdgesetzes (BJagdG) gekommen ist.¹⁵ Der Wolf ist aber, anders als zB. Rehwild oder Fuchs, gerade nicht als Haarwild in § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJagdG aufgeführt. Bei einem Zusammenstoß mit einem Wolf hat der Versicherungsnehmer daher keinen Anspruch gegen seine Versicherung auf Ausgleich der Schäden an seinem Fahrzeug.

II. Landwirtschaft

Die Zahl der von Wölfen gerissenen Nutztiere ist mit etwa einem Prozent Biomasseanteil ihrer Nahrung im Vergleich zu den von ihnen gerissenen Wildtieren relativ gering.¹⁶ In absoluten Zahlen sind die Verluste an Nutztieren durch den Wolf jedoch erheblich: 2017 wurden in Deutschland 1366 Schafe, 31 Ziegen, 140 Rinder, 123 Stück Gehegewild und sieben weitere nicht näher bezeichnete Tiere gerissen.¹⁷ Alleine von 2016 auf 2017 ist bei 472 Wolfsübergriffen die Zahl der Risse um 66 Prozent gestiegen.

⁷ DBBW, ►<https://www.dbb-wolf.de/Wolfsvorkommen/territorien/status-und-reproduktion?Bundesland=&Jahr=2018>

⁸ So auch Görner, *Der Wolf (Canis lupus) in Deutschland aus der Sicht des Artenschutzes*, Säugetierkundliche Informationen, 2017, 407 (409 ff.).

⁹ DBBW, ►<https://www.dbb-wolf.de/totfunde/statistik-der-todesursachen>.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Blanco/Cortés/Virgós, *Wolf response to two kinds of barriers in an agricultural habitat in Spain*, Canadian Journal of Zoology, 2005, 312 (318).

¹² Herzog, *Mortalität durch Verkehrswege beim Wolf (Canis lupus) – ein Artenschutzproblem?*, Säugetierkundliche Informationen, 2014, 235 (passim); so jedenfalls auch für die Sterblichkeit von Pumas an Autobahnen feststellt von Schwab, *The Influence of roads on the Florida panther*, 2006, S. 39 f., <http://scholarcommons.usf.edu/etd/3832006>.

¹³ Pfannenstiel, *Der Wolf in unserer Kulturlandschaft – Geht das konfliktfrei?*, in: Die Vernichtung der Weidetierhaltung durch den Wolf, 2018, 76 (78).

¹⁴ Das sog. Haarwild ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJagdG definiert und enthält die dem Jagdrecht unterliegenden Säugetiere. Das heißt aber nicht, dass alle dort genannten Tiere auch bejagt werden dürfen. Für viele Tiere gilt etwa eine ganzjährige Schonzeit, etwa für den Elch und den Fischotter, vgl. § 22 Abs. 1 S. 2 BJagdG iVm. § 1 JagdzeitenV (BGBl. I S. 531), zuletzt geändert d. Art. 2 d. V. v. 7.3.2018 (BGBl. I S. 226).

¹⁵ Allgemeine Bedingungen für die Kfz-Versicherung, AKB 2015 – Stand: 12.10.2017, A.2.2.1.4.

¹⁶ DBBW, ►https://www.dbb-wolf.de/Wolf_Steckbrief/portrait.

¹⁷ DBBW, ►<https://www.dbb-wolf.de/wolfsmanagement/herden-schutz/schadensstatistik>.

Eine Korrelation zwischen steigender Wolfspopulation und Übergriffen ist offensichtlich.¹⁸

Im Jahr 2017 gaben die Bundesländer für Prävention (Zaunbau, Schutzhunde) 1.324.956 € aus und leisteten Schadensausgleich in Höhe von 187.894 €. ¹⁹ Sowohl bei der Zahl der Übergriffe als auch beim Schadensausgleich muss berücksichtigt werden, dass nur solche Fälle in der Statistik auftauchen, die genetisch eindeutig dem Wolf zuzuordnen sind bzw. bei denen der Wolf nicht sicher ausgeschlossen werden kann. So ist etwa im Land Brandenburg der Wolf nur zu 58% der angemeldeten Übergriffe verantwortlich. Bei 22% der vermeintlichen Risse ist kein Verursacher festzustellen. Danach folgen Hund (9%), Krankheit (5%), Totgeburt (4%) und Fuchs (2%) als Verursacher.²⁰

Die Entschädigung für gerissenes Weidevieh ist in Managementplänen recht bürokratisch geregelt.²¹ Der Nachweis des Wolfs als Verursacher muss so hohe Hürden überwinden und die Entschädigungsverfahren dauern oft so lange, dass viele Geschädigte auf eine Anmeldung der Risse verzichten.²² Ein effektiver Schutz von Weidetieren vor Wolfsübergriffen ist in der landwirtschaftlichen Praxis aber nicht nur kostspielig, sondern auch sehr arbeitsaufwendig,²³ zugleich jedoch meist Bedingung für einen Schadensausgleich. Inzwischen haben einige Schäfer und Weidetierhalter auf Grund dieser Problematik bereits aufgegeben und die Weidetierhaltung eingestellt.²⁴ Großflächig fehlende Beweidung hätte dramatische Folgen für Offenlandschaften mit allen negativen Konsequenzen auch für die entsprechenden Offenlandarten.²⁵

III. Jagd

Als großes Raubtier steht der Wolf – wie der Mensch – an der Spitze der Nahrungspyramide. Dabei frisst er vor allem Wild,²⁶ wobei Rehe mit über 52% Biomasseanteil den Hauptbestandteil der Nahrung ausmachen. Dahinter folgen Wildschwein (17%), Rotwild (15%) und Damwild (6%),²⁷ wobei es freilich große örtliche Unterschiede gibt – nicht alle o.g. Wildarten kommen in allen Wolfsterritorien vor. All dies sind Tiere, die auch von Jägern bejagt werden, so dass der Wolf letztlich die Beute des Jägers minimieren kann.

Darüber hinaus zeigt das Wild aber auch ein geändertes Verhalten, sobald ein oder mehrere Wölfe durch das Revier ziehen. Das Wild ist dann extrem „heimlich“, verhält sich also noch vorsichtiger und lebt noch versteckter, als es dies ohnehin schon tut. Teilweise verlässt das Wild seine Einstände, in denen es zB. wegen dichter Vegetation nicht bejagt werden kann, über Wochen hinweg gar nicht mehr und verursacht dann erhebliche Verbisschäden, schädigt also zum Beispiel junge Bäume so stark, dass diese absterben. Vor allem die wehrhaften Wildschweine schließen sich beim Vorhandensein von Wölfen überdies zu großen Verbänden – der Jäger spricht von Rotten – von mitunter mehr als 50 Tieren zusammen, da sie sich so gegen Angriffe einzelner Wölfe besser wehren können. Beide Verhaltensweisen des Wildes vermindern nicht nur die Chance des Wolfes, das Wild zu finden und zu reißen, sondern auch die Chance des Jägers, Wild „in Anblick zu bekommen“, also zu betrachten und letztlich zu erlegen. Es ist in einem großen Revier deutlich wahrscheinlicher, eine von zehn umherziehenden Rotten á 10 Tieren zu erblicken als eine große Rotte von 100 Tieren.

Durch den Wolf wird die Jagd aber nicht nur schwieriger. Der Wolf hat in den nur etwa zwanzig Jahren seiner Anwesenheit in Deutschland die Bestände des in Teilen Deutschlands vorkommenden Europäischen Mufflons (Wildschaf *Ovis ammon musimon*) erheblich dezimiert. Zwar macht das Wildschaf nur einen Bruchteil (nämlich 0,5%) der Nahrung des Wolfes aus.²⁸ Allerdings gab es um das Jahr 2000 auch nur wenige tausend Wildschafe in Deutschland, die zudem versprengt lebten. Diese Zahl hat sich überall dort, wo der Wolf territorial geworden ist, drastisch reduziert, was aufgrund des für den Wolf günstigen Fluchtverhaltens des Wildschafes allerdings zu erwarten war.²⁹ Mittlerweile wurden einige Bestände in Niedersachsen und Sachsen vollständig ausgelöscht.³⁰ Dies wird teilweise begrüßt, da das Wildschaf selbst erst vor etwa 100 Jahren in Deutschland angesiedelt wurde, teilweise aber als „Treppenwitz des Artenschutzes“³¹ gesehen, da das Europäische Mufflon selbst zu den geschützten Arten gehören soll³². Zudem gehörten die Mufflons in der Niedersächsischen Göhrde zu den letzten reinrassigen Wildschafen Europas, was ihren Verlust aus Artenschutzgründen besonders bedauerlich macht.

¹⁸ Nachgewiesen durch *Wielgus/Peebles*, Effects of Wolf mortality on livestock depredations, 2014, passim, ▶<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0113505>.

¹⁹ DBBW, ▶https://www.dbb-wolf.de/wolfsmanagement/herdenschutz/praeventions-_und_ausgleichszahlungen.

²⁰ Landesamt für Umwelt Brandenburg, Nutztierschäden Land Brandenburg, ▶<https://lfu.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.407130.de>.

²¹ Vgl. etwa für das Land Brandenburg die „Richtlinie des Brandenburgischen Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft zum Ausgleich von durch Wölfe verursachten Schäden vom 1. März 2017“ sowie die hierzu erteilten Hinweise unter

▶<https://mlul.brandenburg.de/mlul/de/service/foerderung/natur/schadensausgleich-woelfe/>.

²² *Pfannenstiel*, Der Wolf in unserer Kulturlandschaft – Geht das konfliktfrei?, in: Die Vernichtung der Weidetierhaltung durch den Wolf, 2018, 76 (80).

²³ *Görner*, Der Wolf (*Canis lupus*) in Deutschland aus der Sicht des Artenschutzes, Säugetierkundliche Informationen, 2017, 407 (411) bezweifelt gar grundsätzlich die Möglichkeit, großflächige Gebiete wolfsicher einzäunen zu können.

²⁴ *Pfannenstiel*, Der Wolf in unserer Kulturlandschaft – Geht das konfliktfrei?, in: Die Vernichtung der Weidetierhaltung durch den Wolf, 2018, 76 (80).

²⁵ *Görner*, Der Wolf (*Canis lupus*) in Deutschland aus der Sicht des Artenschutzes, Säugetierkundliche Informationen, 2017, 407 (411).

²⁶ *Görner*, Der Wolf (*Canis lupus*) in Deutschland aus der Sicht des Artenschutzes, Säugetierkundliche Informationen, 2017, 407 (412); vgl. auch die Verteilung der Nahrung nach Biomasseanteilen. Bei allen genannten Arten handelt es sich um Wild.

²⁷ DBBW, ▶https://www.dbb-wolf.de/Wolf_Steckbrief/portrait.

²⁸ Ibid.

²⁹ *Herzog/Schröpfer*, Das Mufflon *Ovis ammon musimon* (Pallas, 1811) in Europa: Faunenverfälschung oder Maßnahme der *ex-situ*-Generhaltung?, Säugetierkundliche Informationen, 2016, 259 (2619); *Wnuck*, Der Muffel-Untergang, 6.12.2016, ▶<https://www.jagderleben.de/praxis/muffel-untergang>.

³⁰ *Körner*, Gegen den Wolf hatten die Mufflons keine Chance, Die Welt online vom 17.4.2019, ▶<https://www.welt.de/wissenschaft/article192095885/Wildschafe-Gegen-den-Wolf-hatten-die-Mufflons-keine-Chance.html>.

³¹ So explizit *Wnuck*, Der Muffel-Untergang, 6.12.2016, ▶<https://www.jagderleben.de/praxis/muffel-untergang>.

³² Dem Witz fehlt die Pointe, da nur die natürlichen Vorkommen des Europäischen Mufflon (*Ovis ammon musimon*) auf Korsika und Sardinien besonders geschützt sind, vgl. Anhang IV lit. a) FFH-Richtlinie.

Ob durch das Auftreten von Wölfen in Deutschland auch andere Wildarten ausgerottet werden könnten, ist umstritten. Der Einfluss dieses Großraubtieres auf das heimische Wild ist sehr vielschichtig und noch zu wenig untersucht.³³ Der Bestand an Damwild (*Cervus dama*) ist in manchen Gebieten nach deren Besiedelung durch den Wolf jedenfalls dramatisch zurückgegangen.³⁴

IV. Angriffe auf Menschen

Es gibt zahlreiche Berichte von Übergriffen des Wolfs auf Menschen. Am bekanntesten und sowohl bei Wolfskritikern als auch -befürwortern weitgehend anerkannt ist eine als Linnell-Report³⁵ bezeichnete Studie, in der weltweit historisch belegbare Wolfsübergriffe bis zum Jahr 2001 zusammengetragen wurden. Ausdrückliches Ziel der vom Norwegischen Umweltschutzministerium (*norske miljøverndepartement*) finanzierten Studie war es, die Angst der Menschen vor dem Wolf zu reduzieren. Angesichts der im Report aufgeführten Fälle von mehr als einhundert Todesopfern seit 1900, die Mehrzahl davon Kinder,³⁶ ist zu bezweifeln, ob diese Angst durch das Lesen des Reports tatsächlich gemildert wird. Relativierend versucht Linell zwar, einen Teil der Übergriffe auf tollwütige Wölfe zurück zu führen, doch sind auch zahlreiche „predatory attacks“³⁷ nachgewiesen. Auch nach 2001 wurde immer wieder von Angriffen von Wölfen auf Menschen berichtet.³⁸ So gab es etwa in der Ukraine zwischen Dezember 2002 und Januar 2018 16 Vorfälle, bei denen Wölfe Menschen angriffen.³⁹ In der Mehrzahl dieser Fälle waren die Wölfe tollwütig. Alle Menschen überlebten.

Durch die Presse ging der Fall einer 32-jährigen Joggerin, die 2010 in Alaska von mehreren Wölfen getötet wurde.⁴⁰

Für Deutschland sind in den letzten Jahren nur wenige Vorfälle dokumentiert, bei denen sich Wölfe für Menschen (oder deren Hunde oder Nutztiere) „interessierten“ und sich nicht vom Menschen vertreiben ließen.⁴¹ Angriffe wildlebender Wölfe auf Menschen, bei denen Menschen körperlich zu Schaden kamen, gab es in den letzten 20 Jahren nicht.

Nicht zu unterschätzen ist hingegen die – vor dem o.g. Hintergrund wohl kaum berechnete – Angst einiger Menschen vor einem Angriff durch Wölfe.⁴² Den Autoren sind mehrere Personen bekannt, die nicht mehr in den Wald gehen und ihren Kindern ebendies verbieten, seit es in dem Gebiet Wölfe gibt. Andere Bekannte gehen nicht mehr joggen, seit sie einem Wolf in freier Wildbahn begegnet sind.

C) Rechtliche Situation

Canis lupus ist eine besonders geschützte Art. Der Wolf ist in der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung

der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, besser bekannt unter ihrer Abkürzung Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie oder FFH-Richtlinie, in deren Anhang II, sowie je nach Mitgliedsland der EU in Anhang IV oder V aufgeführt. Bemerkenswerterweise gibt es auch Länder, beispielsweise Spanien, in denen unterschiedliche regionale Wolfsbestände in Anhang IV oder in Anhang V gelistet sind.

I. Schutz nach der FFH-Richtlinie - Artenschutz

Die FFH-Richtlinie hat zum Ziel, wildlebende Arten, deren Lebensräume und die europaweite Vernetzung dieser Lebensräume zu sichern und zu schützen, Art. 2 FFH-Richtlinie. Sie dient damit der von den damaligen EG-Mitgliedstaaten 1992 eingegangenen Verpflichtungen zum Schutz der biologischen Vielfalt (Biodiversitätskonvention⁴³). Zum Erreichen dieser Ziele enthält u.a. Anhang IV zur FFH-Richtlinie eine Liste von Tier- und Pflanzenarten, die gefährdet und damit schützenswert sind. In Deutschland wurde der Schutz der sog. Anhang IV-Arten als „streng geschützte Arten“ gem. § 7 Abs. 2 Nr. 14 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) in erster Linie in den §§ 44 ff. BNatSchG geregelt und damit die umsetzungspflichtigen Teile der FFH-Richtlinie in nationales Recht umgesetzt.

Für Deutschland sind in Anhang IV der FFH-Richtlinie aktuell 138 Tier- und Pflanzenarten gelistet. Darunter befinden sich einige Tierarten, die 1992 in Deutschland noch gar nicht vorkamen, etwa der Wolf, aber auch Tierarten, deren natürliches Verbreitungsgebiet ohnehin nicht in Deutschland liegt und die hier auch keine Lebensgrundlage finden, wie etwa die Griechische Landschildkröte (*Testudo hermanni*).

In § 2 Abs. 2 FFH-Richtlinie wird die Bewahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes von Populationen wildlebender Tierarten gefordert. Als problematisch erweist sich hierbei die Tatsache, dass im naturschutzfachlichen und -rechtlichen Kontext eine Population anders definiert wird als im biologisch-wissenschaftlichen Sinne. Ein Erhaltungszustand wird gem. Art. 1 lit. i) FFH-Richtlinie als günstig betrachtet, wenn u.a. ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern. Konkrete Zahlen von Individuen, die für den günstigen Erhaltungszustand notwendig sind, werden in der FFH-Richtlinie an keiner Stelle genannt. Die für den Wolf in diesem Zusammenhang immer wieder genannte Zahl von 1000 geschlechtsrei-

³³ Görner, Der Wolf (*Canis lupus*) in Deutschland aus der Sicht des Artenschutzes, Säugetierkundliche Informationen, 2017, 407 (412). Jedenfalls keinen Einfluss auf die hiesigen Schwarzwildpopulationen sieht Pfannenstiel, Schwarzwild, 2014, S. 7.

³⁴ Pfannenstiel, Der Wolf (*Canis lupus* L. 1758) Stellungnahme zum Umgang mit dieser Tierart in der Kulturlandschaft Deutschlands (Gutachten), 2017, S. 53 f.

³⁵ Linell u.a., The fear of wolves: A review of wolf attacks on humans. 2002.

³⁶ Linell u.a., The fear of wolves: A review of wolf attacks on humans. 2002, passim, insb. S. 24-26.

³⁷ Linell u.a., The fear of wolves: A review of wolf attacks on humans. 2002, S. 25.

³⁸ Eine – wissenschaftlich wohl nicht ausreichend abgesicherte – Auflistung enthält Hartwig, Wölfe: Verhasst - Verfolgt - Verharmlost, 2016, passim.

³⁹ Shkvyria/Vyshnevskiy/Yokowlev, Exclusion zone as unique site for wolf ecology research in Ukraine, Beiträge zur Jagd- u. Wildforschung, 2018, 289 (298).

⁴⁰ Willeke, Die Wölfe kommen, DIE ZEIT, 14/2015, S. 11.

⁴¹ Eine Zusammenstellung findet sich in der Reportage von Willeke, Die Wölfe kommen, DIE ZEIT, 14/2015, S. 11.

⁴² Dramatisierend die BILD-Reporter Bewersdorff/Sawatzki, Hier spaziert ein Wolf am Kindergarten vorbei, BILD v. 6.2.2018, <https://www.bild.de/regional/hamburg/wolf/woelfe-kommen-in-die-staedte-54704784.bild.html>.

⁴³ Übereinkommen über die biologische Vielfalt, BGBl. II, 1993, S. 1742 ff.; oft abgekürzt CBD für Convention on Biological Diversity oder auch Rio 1992, weil das Übereinkommen während der Rio-Konferenz 1992 unterzeichnet werden konnte.

fen Individuen wurde ursprünglich für den günstigen Erhaltungszustand anderer Tierarten abgeleitet.⁴⁴ Auf Raubtiere, insbesondere auf den Großräuber Wolf, darf diese Zahl nicht übertragen werden.⁴⁵ Im Übrigen ist es biologisch nicht sinnvoll, von einer „deutschen“, „polnischen“ etc. Population zu sprechen. Großräubern wie der Wolf, bei dem Individuen während der Dismigration sehr große Entfernungen in kurzer Zeit zurücklegen, halten sich ebenso wenig an politische Grenzverläufe wie Zugvögel. Biologen sprechen daher eher großräumig von einer baltisch-osteuropäischen, wenn nicht gar eurasischen Population.⁴⁶ Die Art ist demnach selbst unter Zugrundelegung einer notwendigen Zahl von 1000 geschlechtsreifen Individuen weder gefährdet noch gar vom Aussterben bedroht.

Im Rahmen der durch Art. 16 FFH-Richtlinie zugelassenen Ausnahmen dürfen die Mitgliedsstaaten von den strengen Regelungen der FFH-Richtlinie abweichen und etwa eine Entnahme selbst besonders geschützter Arten nach Anhang IV der FFH-Richtlinie regeln. Dies darf zum Beispiel zum Schutz von (anderen) wildlebenden Tieren (Art. 16 Abs. 1 lit. a FFH-Richtlinie), zur Verhütung ernster Schäden in der Tierhaltung (Art. 16 Abs. 1 lit. b FFH-Richtlinie) oder im Interesse der Sicherheit (Art. 16 Abs. 1 lit. c FFH-Richtlinie) geschehen. „Problemtiere“ wie „Problembär“ Bruno⁴⁷ können demnach, obgleich sie zu den besonders geschützten Arten gehören,⁴⁸ in nicht anders zu lösenden Konfliktsituationen vertrieben und – sollte dies nicht nachhaltig helfen – auch euthanasiert werden. Es wurden auf dieser Grundlage in Deutschland bereits drei Wölfe im Rahmen von „Managementmaßnahmen“ getötet, da sie die Nähe der Menschen suchten und sich auch nicht mehr vertreiben ließen.

II. Jagdrecht

Schon in den nächsten Jahren wird sich bei weiter zunehmenden Beständen des Wolfs in Deutschland die Frage stellen, wie die Bestände reguliert werden können. Eine Möglichkeit der Regulierung wäre – neben den o.g. Managementmaßnahmen – die Jagd.

Schweden, Finnland und einige osteuropäische Staaten erlauben aufgrund der durch § 16 FFH-Richtlinie gewährten Möglichkeiten sogar die (streng reglementierte) Jagd auf den besonders geschützten Wolf.⁴⁹ In den baltischen Staaten, wo der Wolf in Anhang V der FFH-Richtlinie gelistet ist, wird er regulär und planmäßig bejagt.⁵⁰

In Deutschland darf der Wolf hingegen derzeit nicht bejagt werden. Er gehört nicht zum Wild und ist daher für jeden Jäger tabu. Selbst verunfallte und schwer verletzte Wölfe darf der Jäger nicht euthanasieren. Eine vorsätzliche illegale Erlegung wird gem. § 71a Abs. 1 BNatSchG mit Freiheitsstrafe von bis zu drei

Jahren geahndet. Damit geht in der Regel auch die für eine Erteilung des Jagdscheins stets erforderliche Zuverlässigkeit verloren, § 17 Abs. 4 Nr. 1 lit. d) BJagdG, so dass der Jagdschein eingezogen bzw. nicht mehr verlängert wird. In gleicher Weise geht auch die Zuverlässigkeit für den Umgang mit Waffen gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 Waffengesetz (WaffG) verloren, so dass als Konsequenz der Jäger alle seine Waffen abzugeben hätte. Juristisch interessant ist vor dem weiter oben genannten Hintergrund jedoch § 71a Abs. 5 BNatSchG. Demnach ist der Abschuss nicht strafbar, wenn die Handlung eine unerhebliche Menge der Exemplare betrifft und unerhebliche Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art hat. Ob dies der Fall ist, könnte ein Strafrichter wohl nur durch ein Sachverständigengutachten klären lassen.

Eine Aufnahme des Wolfes in das BJagdG wurde durch die Jäger zunächst vehement abgelehnt, da mit der Aufnahme eine Hegeverpflichtung⁵¹ einhergeht, sich die Jäger also (auch noch) um den Wolf und dessen Lebensgrundlagen „kümmern“ müssen. Zudem befürchteten Jäger, für vom Wolf verursachte Schäden wildschadensersatzpflichtig zu werden. Jedenfalls das zweite Argument bedarf einer Korrektur: Die gesetzlich in § 29 Abs. 1 BJagdG geregelte, verschuldensunabhängige Wildschadensersatzpflicht⁵² betrifft vom Grundsatz her nur die Jagdgenossenschaft; sie wird jedoch üblicherweise vom Jagdpächter übernommen, den dann gem. § 29 Abs. 1 S. 3 BJagdG auch die Haftung trifft. Dennoch gilt die gesetzliche Haftung gem. § 29 Abs. 1 S. 1 BJagdG nur für diejenigen Schäden, die Wild an einem Grundstück verursacht. Da gem. § 94 Abs. 1 S. 1 BGB die Erzeugnisse des Grundstücks zum Grundstück gehören, solange sie mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, betrifft die Schadenersatzpflicht auch die landwirtschaftlichen Erzeugnisse. Dies gilt nach der Fiktion des § 31 Abs. 1 BJagdG auch für die zwar vom Grundstück bereits getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnisse. Da der Wolf weder Mais noch Kohl frisst, brauchen Jagdpächter durch die Aufnahme des Wolfs in § 2 BJagdG keine weitere Wildschadensersatzpflicht im Rahmen des § 29 BJagdG zu befürchten.

Inzwischen fordern denn auch der Deutsche Jagdverband (DJV) und alle Landesjagdverbände mit Ausnahme des Bayerischen Jagdverbandes (BJV) die Aufnahme des Wolfs in den Katalog jagdbarer Arten im Bundesjagdgesetz. Rechtlich stünde dem nichts entgegen.

D) Fazit

Die Rückkehr des Wolfes nach Deutschland ist Tatsache. Es stellt sich nicht mehr die Frage, ob wir mit dem Wolf leben müssen, sondern *wie* wir das tun werden und welche Konflikte und Kosten wir auf uns nehmen wollen. Die öffentlich zu klärende

⁴⁴ Linnell/Salvatori/Boitani, Guidelines for population level management plans for large carnivores in Europe. A Large Carnivore Initiative for Europe report prepared for the European Commission, 2008, S. 19.

⁴⁵ Pfannenstiel, Der Wolf in unserer Kulturlandschaft – Geht das konfliktfrei?, in: Die Vernichtung der Weidetierhaltung durch den Wolf, 2018, 76 (80).

⁴⁶ Herzog, Mortalität durch Verkehrswege beim Wolf (Canis lupus) – ein Artenschutzproblem?, Säugetierkundliche Informationen, 2014, 235 (235).

⁴⁷ Im Jahr 2006 wanderte dieser Bär nach Deutschland ein und erregte eine breite mediale Verbreitung, vgl. nur Hespeler, Brunos Heimkehr. Bär, Wolf und Luchs kommen wieder. Ängste, Risiken und Hoffnungen, 2006, passim.

⁴⁸ Der Braunbär (*Ursus arctos*) ist ebenfalls in Anhang IV lit. a) FFH-Richtlinie gelistet.

⁴⁹ Pfannenstiel, Der Wolf in unserer Kulturlandschaft – Geht das konfliktfrei?, in: Die Vernichtung der Weidetierhaltung durch den Wolf, 2018, 76 (80).

⁵⁰ Ozoliņš u.a., Ecological, social and economic justification of wolf population management in the Baltic region, Beiträge zur Jagd- u. Wildforschung, 2014, 215 (215).

⁵¹ Als Hege werden im Jagdrecht Maßnahmen zusammengefasst, die die Lebensgrundlage von Wild betreffen.

⁵² Neben der Tierhalterhaftung des § 833 S. 1 BGB ist dies eine weitere, der Höhe nach unbegrenzte verschuldensunabhängige gesetzliche Haftung.

Frage lautet: „Wieviel Wolf wollen wir?“ Insbesondere bei noch weiter steigenden Bestandszahlen und sich damit verschärfenden Problemen wird zu gegebener Zeit auch diskutiert werden müssen, wie die Bestände zu regulieren sind.

► **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

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

KLAUSUR – ZIVILRECHT

Dr. Tim Brockmann*/Simon Künnen, B.Sc.**

Kartenlegerfall: Life-coaching und Unmöglichkeit magischer Leistungen Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

B, der erfolgreicher Geschäftsführer einer Marketing-Agentur mit ca. 40 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ist, befand sich Mitte 2017 in einer durch Beziehungsprobleme ausgelösten Lebenskrise. Durch eine Annonce im „Goldenen Blatt“ wurde er auf A aufmerksam. A bietet magische Lebensberatung am Telefon an, sie legt dafür vor jeder Beratung magische Karten, um sich ein Bild über die Zukunft des Beratenden zu verschaffen. A ist fest von ihren übersinnlichen Fähigkeiten überzeugt und erklärte B, dass sie davon gehört habe, dass Dinge, die sie vorher sagt, auch eintreffen. Gleichwohl will die A für das Eintreten der Vorhersage keine Gewähr übernehmen.

B hat für okkulte und magische Dinge ein besonderes Faible. Er hatte sich schon mit gemischtem Erfolg in der Vergangenheit von Schamanen und Wahrsagern beraten lassen. In der Folgezeit legte A dem B am Telefon in vielen Fällen zu verschiedensten Lebensfragen Karten und erteilte ausschließlich auf der Basis der resultierenden, magischen Zukunftsprognose entsprechende Ratschläge. Hierfür zahlte B im Jahr 2018 insgesamt 35.000,00 Euro. Auch im Jahre 2019 nahm B Leistungen in Anspruch, insgesamt iHv. 6.700,00 Euro (150,00 Euro für jedes Mal Kartenlegen; für anschließendes Coaching 100,00 Euro für die ersten 30 Minuten und 50,00 Euro für alle weiteren angefallenen 15 Minuten). Die von A geleistete Tätigkeit bestand dabei zu über 85% aus Kartenlegen. Da B die vereinbarten 6.700,00 Euro nicht zahlte, schickte A dem B Anfang 2019 eine Rechnung mit dem Hinweis: „Den Rechnungsbetrag überweisen Sie bitte bis zum 05.04.2019 auf das rechts unten angegebene Konto.“

B war von den Leistungen der Kartenlegerin mittlerweile enttäuscht und weigerte sich im August 2019, A weiterhin Honorare zu zahlen. Er erklärt, dass er sich nicht mehr an eine mögliche Vereinbarung gebunden fühle, auch weil A ein horrendes Honorar verlangt und seine Lebenskrise ausgenutzt habe. Nicht er müsse zahlen, vielmehr sei A verpflichtet, die bereits erhaltenen 35.000,00 Euro zurückzuerstatten. A selbst trägt vor, dass im Grunde alles, was mit Astrologie, Wahrsagerei, Kartenlegen usw., zu tun hat, wissenschaftlich nicht beweisbar sei – B habe letztlich in Kauf genommen, dass die in Anspruch genommenen Leistungen rational nicht erklärbar seien und sich trotzdem auf das vermeintlich „Unmögliche“ eingelassen.

Bitte nehmen Sie zu den geltend gemachten Ansprüchen in einem Rechtsgutachten (ggf. hilfsgutachterlich) Stellung!

Gliederung

A) Anspruch der A gegen B auf Vergütung iHv. 6.700,00 Euro gem. § 611 Abs. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

1. Schuldverhältnis

- a) Kartenlegen als Jahrmarktsvergnügen
- b) Lebensberatung
- c) Zukunftsvorhersage
 - aa) Werkvertrag
 - bb) Dienstvertrag
- d) Zwischenergebnis

2. Nichtigkeit der Willenserklärung gemäß § 105 BGB

3. Nichtigkeit des Vertrags gem. § 138 BGB

- a) Wucherisches Rechtsgeschäft iSd. § 138 Abs. 2 BGB
- b) Sittenwidriges Rechtsgeschäft iSd. § 138 Abs. 1 BGB
 - aa) Verträge über magische Leistungen sind nicht per se sittenwidrig
 - bb) Sittenwidrigkeit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände
 - cc) Ergebnis
- c) Ergebnis

4. Anfechtung iSd. §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 i. Alt. BGB

- a) Anfechtungserklärung
- b) Anfechtungsgrund
- c) Zwischenergebnis

II. Anspruch untergegangen

1. Gegenseitiges Schuldverhältnis

2. Unmöglichkeit der Leistung

- a) Eine Auffassung: Erbringen einer magischen Leistung ist möglich
- b) Andere Auffassung: Eine magische Leistung ist iSd. § 275 BGB unmöglich
- c) Stellungnahme

3. Abbedingung des § 326 Abs. 1 BGB

III. Anspruch durchsetzbar

B) Ergebnis

* Der Autor ist als Lehrbeauftragter am Institut für Prozess- und Anwaltsrecht der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover tätig.

** Der Autor ist als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Prozess- und Anwaltsrecht der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover tätig.

Gutachten

Hinweis

Die Klausur bildet den sog. Kartenlegerfall (BGH Urt. v. 13.01.2011 – III ZR 87/10) nach, den man inzwischen guten Gewissens als Prüfungsklassiker bezeichnen darf. Im Mittelpunkt der Falllösung stehen der Begriff der Unmöglichkeit, die Erbringbarkeit magischer (Dienst-)Leistungen und die Dispositivität des § 326 BGB.

A) Anspruch der A gegen B auf Vergütung**iHv. 6.700,00 Euro gem. § 611 Abs. 1 BGB**

A könnte einen Anspruch auf Zahlung von 6.700,00 Euro gem. § 611 Abs. 1 BGB gegen B haben.

I. Anspruch entstanden

Zunächst müsste der Anspruch entstanden sein.

1. Schuldverhältnis

Die Parteien könnten einen Dienstvertrag geschlossen haben. Fraglich erscheint allerdings, auf welche Art von Vertrag die Einigung von A und B gerichtet gewesen ist. Es könnte sich bei dem vorliegenden Schuldverhältnis um einen Dienstvertrag gem. § 611 Abs. 1 BGB, oder einen Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB handeln. Beide Vertragstypen können nach dem Schwerpunkt der zu erbringenden Leistung abgegrenzt werden. Ferner bestimmt daher der, im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnde, Vertragsinhalt die Zuordnung zu einem Werk- oder Dienstvertrag. Bezieht sich das Leistungsversprechen der Parteivereinbarung auf das Erbringen eines konkreten Erfolges, liegt die Annahme eines Werkvertrages nahe,¹ kommt es den Parteien weniger auf die Herstellung eines konkreten Werkes, sondern auf das ordnungsgemäße Tätigwerden des Verpflichteten an, liegt eher ein Dienstvertrag vor.² Als Schwerpunkt der zu erbringenden Leistung kommen mehrere Anknüpfungspunkte in Betracht.

a) Kartenlegen als Jahrmarktsvergnügen

Schwerpunkt der von A zu erbringenden Leistung könnte ein Kartenlegen als Jahrmarktvergnügen sein. Ein solches Vergnügen könnte man dann annehmen, wenn beide Parteien die Leistung in Angesicht der Tatsache vereinbaren, dass eine „echte“ magische Handlung nicht vorgenommen wird und vielmehr der Unterhaltungscharakter der Leistung geschuldet sein soll.³ Indiz kann dabei insbesondere ein geringes Entgelt sein.⁴ Da der Erfolg bei einem solchen Vergnügen - also ein unterhaltsamer „Budenzauber“ - im Vordergrund steht, handelt es sich regelmäßig um einen Werkvertrag.⁵ A und B haben vereinbart, dass auch esoterische und beratende Handlungen erbracht werden sollen. Gegen ein bloßes Unterhaltungsinteresse spricht auch das relativ hohe Entgelt, welches für eine reine Unterhaltungshandlung äußerst ungewöhnlich wäre. Vorliegend ist damit nicht nur ein Unterhaltungserfolg geschuldet.

b) Lebensberatung

Die Parteien könnten sich darauf geeinigt haben, eine Lebensberatung durchzuführen. Mithin könnte die Lebensberatung durch A den Schwerpunkt der vereinbarten Leistung darstellen. Vorliegend soll die Lebensberatung ausschließlich anhand der zuvor unter magischem Einfluss gelegten Karten erteilt werden. Das Kartenlegen der A umfasste mehr als 85% der Gesamttätigkeit und nimmt damit eine zentrale Rolle der Leistungserbringung ein. Hinzu kommt, dass die Lebensberatung ausschließlich anhand der zuvor unter magischem Einfluss gelegten Karten erteilt werden sollte. Im Ergebnis tritt die Lebensberatung nicht nur maßgeblich hinsichtlich des Umfangs der Tätigkeit der A hinter dem Kartenlegen zurück, sondern hängt auch maßgeblich von dem Resultat des „magischen“ Kartenlegens ab. Eine allgemeine Lebensberatung war somit nicht Schwerpunkt der Einigung.

c) Zukunftsvorhersage

Letztlich könnte Schwerpunkt der Vereinbarung sein, dass eine Zukunftsvorhersage getroffen wird. Hierfür spricht, dass die Lebensberatung der A sich komplett nach dem Ergebnis des Kartenlegens gerichtet hat und eine Lebensberatung nur anhand dieser magischen Prognose erteilt worden ist, nicht aber allgemein. Auch entschied sich B bewusst dafür, die Dienste einer „magischen“ Lebensberatung in Anspruch zu nehmen und hat nicht etwa ärztliche oder therapeutische Hilfe in Anspruch genommen. Gleichsam ergibt sich aus dem Preis der Leistung und der Aussage der A, sie hätte gehört, ihre Vorhersagen würden eintreten, dass sowohl A als auch B auf die "hellseherischen" Fähigkeiten vertrauten und diese nicht nur als reines Vergnügen zur bloßen Unterhaltung betrachteten. Vertragsschwerpunkt ist damit die von A zu bewerkstellende Zukunftsvorhersage durch Kartenlegen. Fraglich ist, ob dieser Schwerpunkt für das Vorliegen eines Dienst- oder Werkvertrages spricht.

aa) Werkvertrag

Im Sinne eines Werkvertrages könnten beide Parteien einen konkreten Erfolg zu erbringen haben, statt nur ein Tätigwerden leisten zu müssen.⁶ Regelmäßig kommt es darauf an, ob der Verpflichtete die Leistungs- und Vergütungsgefahr tragen will und so die Gewähr für den Eintritt eines Erfolges übernimmt, oder ob lediglich für die bloße ordnungsgemäße Leistungserbringung eingestanden werden will, beispielsweise weil das Erreichen von abgrenzbaren Leistungsergebnissen von Faktoren abhängt, die außerhalb der Sphäre des Verpflichteten liegen.⁷

Hier sollten Karten gelegt werden, um anhand einer Zukunftsprognose eine allgemeine Lebensberatung zu erteilen. Einen spezifizierbaren Erfolg haben A und B nicht vereinbart, vielmehr ging es B lediglich darum, allgemeine Ratschläge anhand einer Zukunftsprognose zu erhalten, die er selbst umsetzen wollte. Ebenfalls war nicht vereinbart, bestimmte Karten zu legen oder ein spezielles Beratungsergebnis herbeizuführen. Mithin war die Einigung von A und B nicht darauf gerichtet, einen bestimmten Erfolg zu erbringen, für den B auch einstehen wollte.

¹ BGHZ 151, 330.

² Fuchs/Baumgärtner, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 50. Edition (01.05.2019), § 611 Rn. 10.

³ Bartels, ZJS 2011, 106 (107).

⁴ BGH NJW 2011, 756 (757); Bartels, ZJS 2011, 106 (107f.).

⁵ Ernst, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2019), § 311a Rn. 31.

⁶ Schreiber, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. (2019), § 611 Rn. 3.

⁷ Maties, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck OKG BGB (01.11.2018), § 611 Rn. 14ff.

Ein Werkvertrag liegt folglich nicht vor.

bb) Dienstvertrag

Hingegen könnte ein Dienstvertrag iSd. § 611 BGB geschlossen worden sein. Dieses wäre der Fall, wenn es den Parteien bei ihrer Einigung gerade darum ging, bloß eine Pflicht zum Tätigwerden zu vereinbaren, ohne den Eintritt eines spezifischen Erfolgs festzulegen, denn im Gegensatz zum Werkvertrag zielt der Dienstvertrag nicht auf ein Werk, also ein konkretisierbares Arbeitsergebnis oder einen bestimmten Arbeitserfolg ab, sondern auf das bloße Erbringen von Diensten oder abhängiger Arbeit.⁸

A kam es darauf an, dass Kartenlegen und anschließende Lebensberatung erbracht werden, er selbst wollte sich nach den Beratungsergebnissen richten um evtl. eine Veränderung in seinem Leben herbeizuführen. B machte deutlich, dass sie zwar von ihren Fähigkeiten überzeugt sei, eine Gewähr für den Eintritt ihrer Vorhersagen übernimmt sie jedoch nicht. Mithin wollten A und B zwar, dass eine Pflicht zum Tätigwerden besteht, ein konkreter Erfolg sollte jedoch nicht geschuldet sein.

Folglich liegt ein Dienstvertrag vor.

d) Zwischenergebnis

Die Parteien haben sich dem Schwerpunkt nach auf das Erbringen einer Zukunftsprognose durch Kartenlegen geeinigt, ein Dienstvertrag ist zustande gekommen.

2. Nichtigkeit der Willenserklärung gemäß § 105 BGB

Weiterhin könnte die Einigung unwirksam sein, weil eine (vorübergehende) Geschäftsunfähigkeit bei B vorgelegen hat. Hierunter ist die zumindest vorübergehende Bewusstseinstörung, die das Erkennen von Inhalt und Wesen einer Handlung voll oder in bestimmtem Bereich ausschließt zu verstehen.⁹ B leidet aufgrund diverser Rückschläge zwar an einer schweren Lebenskrise, dass diese allerdings Einfluss auf dessen Bewusstsein hinsichtlich des Erkennens seines Handelns hat, ist nicht der Fall. Damit kann B Inhalt und Wesen seiner Handlungen erkennen und ist folglich nicht geschäftsunfähig.

3. Nichtigkeit des Vertrags gem. § 138 BGB

Möglicherweise ist der Vertrag aber wegen § 138 BGB nichtig. In Betracht kommt hier einerseits das Vorliegen eines wucherischen Rechtsgeschäfts iSd. § 138 Abs. 2 BGB und andererseits auch der Abschluss eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts iSd. § 138 Abs. 1 BGB.

Hinweis

Das wucherische Rechtsgeschäft ist ein Sonderfall des sittenwidrigen Geschäfts und ist deswegen als spezielle Vorschrift in aller Regel zuerst zu prüfen. Da der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB sich mit der gesetzlichen Verbotsvorschrift des § 291 StGB deckt, kommt grundsätzlich auch eine Prüfung des § 134 BGB in Betracht. Zwar wird § 138 Abs. 2 BGB nicht durch § 134 BGB verdrängt, sind die Voraussetzungen von § 138 Abs. 2 BGB aber erfüllt, so

ist das Geschäft nichtig, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 134 BGB bedürfte.¹⁰

a) Wucherisches Rechtsgeschäft iSd. § 138 Abs. 2 BGB

Zunächst könnte der Vertrag gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Hierzu bedarf es eines Austauschgeschäfts, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.¹¹

A und B haben sich zwar im Sinne eines Austauschgeschäfts geeinigt, Leistung und Gegenleistung zu erwirken,¹² fraglich erscheint jedoch, ob ein Ausbeuten einer Zwangslage, einer Unerfahrenheit oder Willensschwäche oder ein Mangel an Urteilsvermögen bei B vorliegt. Hierzu müsste sich der potentiell Bewucherte in so ernsthafte Bedrängnis befinden, dass das Wuchergeschäft als vergleichsweise geringeres Übel erscheint,¹³ extrem leicht beeinflussbar oder von ausgeprägter Sorglosigkeit sein.¹⁴ Laut Sachverhalt befindet sich B zwar in einer schweren Lebenskrise, es wird aber nicht beschrieben, dass seine wesentliche Lebensführung oder sein Urteilsvermögen hierdurch besonders beeinflusst sind.

Hinweis

In der Reihenfolge austauschbar kann auch zuerst untersucht werden, ob ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Die Prüfung eines groben Missverhältnisses setzt eine besonders große Differenz zwischen verlangter Gegenleistung und marktüblichem Preis voraus, Voraussetzung ist allerdings, dass eine objektiv bewertbare Leistung vorliegt.¹⁵ Hier ist der objektive, marktübliche Preis der versprochenen Leistung nicht ermittelbar. Weder Sachverhalt noch allgemeine Lebenserfahrung geben darüber Auskunft, wie eine Kartenlege- und Lebensberatungsdienstleistung bei einer prominenten Kartenlegerin preislich einzuordnen ist. Hinzu kommt, dass Affektionsinteressen der Beteiligten im Rahmen einer Gesamtwürdigung Berücksichtigung finden dürfen und B eine Schwäche für okulte und magische Dienstleistungen hat. Das Vorliegen eines groben Missverhältnisses iSd. § 138 Abs. 2 BGB scheidet auch deswegen eher aus.

Folglich liegt keine Unwirksamkeit gem. § 138 Abs. 2 BGB vor.

b) Sittenwidriges Rechtsgeschäft iSd. § 138 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte auch nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein. § 138 Abs. 1 BGB beruht hierbei auf einer grundsätzlicheren Interessenabwägung, als § 138 Abs. 2 BGB,¹⁶ bei der nur besonders freizügige und besonders strenge Moralvorstellungen einzelner außer Betracht bleiben sollen.¹⁷ Eine Sittenwidrigkeit iSd. Vorschrift liegt vor, wenn in einer Gesamtschau Inhalt, Umstände,

⁸ Müller-Glöge, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2016), § 611 Rn. 22.

⁹ Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 105 Rn. 1.

¹⁰ Armbrüster, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), § 138 BGB Rn. 140.

¹¹ Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 138 Rn. 19 ff.

¹² Vgl. BGH NJW 1982, 2767.

¹³ Armbrüster, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), § 138 Rn. 149.

¹⁴ RG JW 1905, 366; Armbrüster, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), § 138 Rn. 150ff.

¹⁵ StRspr. BGHZ 80, 153 (160f.); 146, 298 (304f.); BGH NJW-RR 2011, 880 Rn. 15.

¹⁶ Armbrüster, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), § 138 Rn. 11ff.

¹⁷ Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 50. Edition (01.05.2019), § 138 BGB Rn. 16f.

Leistung und Gegenleistung des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts eine Vereinbarkeit mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht mehr zulassen.¹⁸

aa) Verträge über magische Leistungen sind nicht per se sittenwidrig

Zunächst könnte es *per se* sittenwidrig sein, Verträge über die Erbringung magischer, und damit nach wissenschaftlichen Maßstäben unmöglicher, Dienstleistungen zu erbringen. Hierzu müsste die Vereinbarung einer solchen Dienstleistung derart missbilligenswert sein, dass sie gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.

Dafür spricht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Verträge, in denen sich ein Teil zu einer Leistung verpflichtet, die nur aus Aberglauben für möglich gehalten wird, häufig als sittenwidrig und daher als nichtig behandelt werden können.¹⁹

Hiergegen sprechen sowohl die Grundsätze der Privatautonomie und Erwägungen aus Art. 12 GG, die eine Einzelfallbetrachtung nahelegen. Vom Schutzbereich der Berufsfreiheit ist die Tätigkeit der B grundsätzlich umfasst, sie geht einer zumindest auf Dauer angelegten Tätigkeit zur Deckung ihres Lebensbedarfes nach,²⁰ auch sind hinsichtlich ihrer Sozialadäquanz potentiell problematische Tätigkeiten wie Astrologie²¹ oder gewerbsmäßiges Glücksspiel²² ausdrücklich vom Schutzbereich umfasst.²³

Es ist grundsätzlich rechtlich möglich, einen Vertrag zu schließen, dessen Erfüllbarkeit nicht gewährleistet werden kann.²⁴ Außerdem ist auch die Berufsausübungsfreiheit von Kartenlegern, Astrologen und Zauberern in die grundsätzliche Erwägung einer Sittenwidrigkeit einzubeziehen. Hinzu kommt, dass der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB eine Einzelfallprüfung vorsieht und nicht die Wirksamkeit ganzer Rechtsgeschäftstypen *per se* ausschließt.²⁵ Insgesamt ist das Leistungsversprechen nicht sicher erbringbarer Leistungen zwar für die Parteien riskanter; derart missbilligenswert, dass solche Geschäfte unter Abweichung vom Grundsatz der Privatautonomie immer nichtig wären, sind Geschäfte über okkulte oder magische Dienstleistungen allerdings nicht.²⁶

bb) Sittenwidrigkeit unter Berücksichtigung der konkreten Umstände

Eine inhaltliche Sittenwidrigkeit könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass die Vergütung für das Kartenlegen und damit verbundene Life-Coaching recht hoch erscheinen. Das Geschäft müsste unmittelbar auf ein rechts- bzw. sozialetisch missbilligenswertes Verhalten bzw. die Herbeiführung oder Förderung eines entsprechenden missbilligswerten Erfolgs gerichtet

sein, hierzu zählen insbesondere stark übervorteilende Verhaltensweisen oder solche, die die Selbstbestimmungsfreiheit des anderen Teils einschränken.²⁷

Vorliegend waren sich beide Parteien darüber einig, dass anhand magischer Kräfte mit Hilfe von Karten eine Zukunftsvoraussage getroffen werden sollte. Hierin liegt kein an sich zu missbilligendes Verhalten, noch wird die Selbstbestimmungsfreiheit einer Partei verletzt. Dass relativ viel Geld gezahlt worden ist, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, ein marktüblicher Preis für die Dienstleistung einer prominenten Kartenlegerin ist nicht bekannt. Insbesondere kann auch nicht auf eine etwaige Wertlosigkeit der Leistung abgestellt werden, nur weil diese auf übernatürlichen Kräften beruht.²⁸ Überdies ist B nicht in den Abschluss des Vertrages zu diesem Preis in besonders missbilligenswerter Weise gedrängt worden.

Ist ein Rechtsgeschäft nicht bereits seinem Inhalt nach sittenwidrig, kann es doch in der Gesamtwertung unter hinzutreten auch subjektiver Komponenten die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschreiten,²⁹ dabei sind die von den Parteien verfolgten Absichten und Beweggründe ebenfalls zu berücksichtigen.³⁰ Eine solche Absicht tritt regelmäßig hinzu, wenn eine psychische Zwangslage in verwerflicher Gesinnung ausgenutzt wird, um so zu einem vorteilhaften Geschäftsabschluss zu gelangen.³¹ Auf subjektiver Ebene besonders missbilligenswert ist danach das Ausnutzen einer Zwangslage, welche die Entscheidungsfreiheit maßgeblich einschränkt.³² B befand sich hier zwar in einer Lebenskrise, es sprechen allerdings keinerlei Angaben dafür, dass eine Zwangslage bestand. B ist als erfolgreicher Geschäftsführer einer Marketingagentur mit 40 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern tätig, eine psychische Zwangslage, die seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt oder ausschließt scheint auch vor diesem Hintergrund nicht vorzuliegen. In der Gesamtschau liegt damit keine Sittenwidrigkeit hinsichtlich der Vereinbarung zwischen A und B vor.

Hinweis

Der BGH³³ und *Looschelders*³⁴ weisen hierzu darauf hin, dass Verträge über die Lebensberatung auf magischer Grundlage oft von Personen geschlossen werden, die sich in einer schwierigen Lebenssituation befinden oder als leichtgläubig, unerfahren oder psychisch labil einzustufen sind. Es erscheint deswegen bei entsprechender Argumentation ebenfalls gut vertretbar, eine Sittenwidrigkeit anzunehmen. Aus klausurtaktischen Gründen empfiehlt es sich, das Gutachten hier weiterzuführen, um sich nicht die folgenden Probleme abzuschneiden.

¹⁸ BGH NJW 2009, 1346 (1347f.); Dörner, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. (2019), § 138 Rn. 4.

¹⁹ BT-Dr 14/6040, S. 164.

²⁰ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 102, 197 (212); 105, 252 (265); 111, 10 (28).

²¹ BVerwGE 22, 286 (289).

²² BVerwGE 96, 293 (297).

²³ Ruffert, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 41. Edition (15.05.2019), Art. 12 GG Rn. 40.

²⁴ Paal/Wilkat, JuS 2013, 223.

²⁵ Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 50. Edition (01.05.2019), § 138 Rn. 19; Dörner, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. (2019), § 138 Rn. 11; Zurth, JuS 2019, 699 (700).

²⁶ OLG Düsseldorf NJW 2009, 789 (791).

²⁷ Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 50. Edition (01.05.2019), § 138 Rn. 20.

²⁸ BGH Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 87/10, LMK 2011, 314413, mAnm. Pfeiffer.

²⁹ Ibid., Rn. 23.

³⁰ BGH NJW-RR 1998, 590 (591).

³¹ BGH NJW 2004, 3555; 2010, 363; NJW-RR 2003, 55; 2017, 377 (378); Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 138 Rn. 16.

³² Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 138 Rn. 8.

³³ BGH NJW 2011, 756, 758.

³⁴ Vgl. Looschelders, JA 2011, 385 (386).

cc) Ergebnis

Eine Sittenwidrigkeit liegt nicht vor.

c) Ergebnis

Der Dienstvertrag zwischen A und B ist nicht gem. § 138 BGB nichtig, es liegen weder ein wucherisches Rechtsgeschäft, noch eine allgemeine Sittenwidrigkeit vor.

4. Anfechtung iSd. §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 1. Alt. BGB

Fraglich ist, ob der Vertrag wegen Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig ist. Dafür müssten die Voraussetzungen von Anfechtungserklärung, -grund und -frist gewahrt sein.

a) Anfechtungserklärung

Zunächst muss eine Anfechtungserklärung iSd. § 143 Abs. 1 BGB vorliegen. Die Anfechtungserklärung muss auf Grund ihres objektiven Erklärungswerts erkennen lassen, dass der Anfechtungsberechtigte seine vorangehende Erklärung nicht gelten lassen will,³⁵ es kommt dabei nicht darauf an, dass das Wort „anfechten“ verwendet wird,³⁶ sondern darauf, ob bei laien günstiger Auslegung erkennbar ist, dass sich der oder die Erklärende nicht mehr an die Erklärung gebunden fühlt. Die Nichtzahlung und damit verbundene Weigerung der Zahlung der Honorarvorleistung durch B kann, bei laien günstiger Auslegung nach §§ 133, 157 BGB als Anfechtungserklärung gelten.

b) Anfechtungsgrund

Weiterhin bedarf es eines Anfechtungsgrundes. Als Anfechtungsgrund kommt eine arglistige Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB in Betracht. Täuschung ist die bewusste Vorspiegelung, Entstellung oder das Verschweigen von Tatsachen zum Zwecke der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums.³⁷ Das Vorhandensein und die Wirkung magischer Kräfte sind jedoch nicht nachprüfbar, sondern es muss jedem bewusst sein, dass diese auf naturwissenschaftlicher Grundlage nicht erklärbar sind. Fraglich ist deswegen, ob schon ein Unterhalten oder Erregen eines Irrtums durch B vorliegt. Jedenfalls müsste eine mutmaßliche Täuschung auch arglistig sein. Arglist bezeichnet dabei die zumindest bedingt vorsätzliche Täuschung,³⁸ leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis reichen gerade nicht aus.³⁹ B war selbst von ihren Kräften überzeugt, sodass sie zumindest nicht vorsätzlich täuschte und jedenfalls nicht arglistig handelte. Ein Anfechtungsgrund iSd. § 123 Abs. 1 BGB liegt damit nicht vor.

c) Zwischenergebnis

Mangels Anfechtungsgrundes ist der Vertrag nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig.

Hinweis

Ebenfalls ist es möglich, die Anfechtung erst unter „Anspruch untergegangen“ zu prüfen, nämlich dann, wenn man annimmt, dass die wirksamen Erklärungen erst eine (juristische) Sekunde in der Welt sein müssen, um sodann ex tunc als nichtig gelten zu können. Dieser Streit ist in der Klausur nicht zu erörtern, da es sich um eine Frage des Aufbaus handelt.

³⁵ Busche, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), § 143 Rn. 2 mwN.

³⁶ BGHZ 91, 324 (331); 88, 240 (245); RGZ 48, 218 (221); 65, 86 (88).

³⁷ Dörner, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. (2019), § 123 Rn. 1.

³⁸ Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 123 Rn. 7.

³⁹ BGH NJW 2013, 2182 (2182f.); NJW-RR 2012, 1078 (1079f.).

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte untergegangen sein. In Betracht kommt hier ein Anspruchsuntergang gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Grundsätzlich entfällt bei Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 BGB nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung, hierzu bedarf es eines gegenseitigen Vertrages, sowie einer Unmöglichkeit der vertraglich vereinbarten Leistung.

1. Gegenseitiges Schuldverhältnis

Wie festgestellt, verbindet A und B ein wirksamer Dienstvertrag iSd. § 611 Abs. 1 BGB, der sie zum Austausch von Leistung und Gegenleistung verpflichtet.

2. Unmöglichkeit der Leistung

Die Leistungspflicht der A könnte nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein, wenn ihr die Erfüllung der Leistung aus dem Dienstvertrag gem. § 611 Abs. 1 BGB zwischen ihr und B unmöglich ist. Bei der Unmöglichkeit ist zwischen der subjektiven Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB und der objektiven Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu unterscheiden. Eine Leistung ist demnach objektiv unmöglich, wenn von Niemanden erbracht werden kann und subjektiv unmöglich, wenn die Leistungserbringung gerade dem Schuldner nicht möglich ist. Vorliegend haben sich beide Parteien darauf geeinigt, dass anhand einer Zukunftsprognose Ratschläge für die Lebensführung erteilt werden sollen. Die Zukunftsprognose selbst sollte anhand magischen Kartenlegens angestellt werden. In Frage kommt dabei eine objektive Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 Alt. 2, weil das Erbringen einer magischen Zukunftsvorhersage für niemanden möglich ist. Ob allerdings das Erbringen einer magischen Dienstleistung ein Fall der objektiven Unmöglichkeit ist, wird unterschiedlich beurteilt.

a) Eine Auffassung: Erbringen einer magischen Leistung ist möglich

Nach einer Auffassung liegt kein Fall der objektiven Unmöglichkeit iSd. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB bei der Vereinbarung magischer oder okkulten Leistungen vor. Die Beurteilung nach der Erfüllbarkeit der vereinbarten Leistung sei maßgeblich im Lichte der Vertragsfreiheit zu beurteilen. Den Parteien innerhalb eines Vertragsverhältnisses steht es grundsätzlich frei, den Vertragsgegenstand frei zu definieren, sowie über die Risikoverteilung zu bestimmen.⁴⁰ Die entsprechenden Leistungspflichten können erfüllt werden, indem diejenigen Handlungen vorgenommen werden, die nach den „Regeln der Kunst“ im jeweiligen Fachgebiet hierfür nötig sind.⁴¹ Verträge über die Anwendung medizinisch zweifelhafter Behandlungsmethoden seien ebenso möglich, wie Verträge über Kartenlegen, Horoskope oder Voodoo-Magie.⁴² Ob die fraglichen Handlungen nach naturwissenschaftlichen Maßstäben allgemein geeignet sind, den bezweckten Erfolg herbeizuführen, sei keine Frage der Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

Folgte man dieser Auffassung, läge kein Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor. Entsprechend käme auch der Entfall der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 BGB nicht in

⁴⁰ BGH NJW 2011, 756, 758.

⁴¹ Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck OGK (01.07.2019), § 275 Rn. 7.

⁴² Windel, ZGS 2003, 466 (467f.).

Betracht. Einzig wäre weiter zu untersuchen, ob nach Auslegung und allgemeinen Maßstäben das Kartenlegen selbst gewissenhaft ausgeführt worden ist.

b) Andere Auffassung: Eine magische Leistung ist iSd.

§ 275 BGB unmöglich

Eine andere Ansicht vertritt gleichwohl die Auffassung, dass die Erbringung magischer Dienstleistungen – selbst sei sie lediglich Teil einer Hauptleistung – ein Fall der objektiven Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB sei.⁴³ Verspricht der Schuldner tatsächlich die Bewirkung magischer Leistungen, so verspricht er etwas für die Zwecke des Rechts objektiv Unmögliches,⁴⁴ so bspw. die Wahrsagepraktik, Auskunft und Ratschläge aus Spielkarten zu geben.⁴⁵ Denn die Beurteilung der eigentlichen objektiven Unmöglichkeit ist gerade nicht im Lichte der Vertragsfreiheit, sondern vielmehr sei die objektive Unmöglichkeit nach den Naturgesetzen und dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik zu beurteilen.⁴⁶ Weiterhin ist es für den Bereich des Rechts allgemein anerkannt und offenkundig, dass die Existenz magischer oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten nicht beweisbar sind.⁴⁷ Allein deshalb könnten sie bei einer rechtlichen Bewertung nicht als Mittel zur Herbeiführung einer Wirkung in der Welt des Tatsächlichen herangezogen werden.⁴⁸ Gleichwohl sei der Grundsatz der Privatautonomie nicht gänzlich zu vernachlässigen. Die vereinbarte Risikoverteilung fände allerdings eher in der Frage Anklang, ob in Folge der Unmöglichkeit die Gegenleistungspflicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt oder aber sie ausnahmsweise bestehen bleiben soll – nicht aber bei der objektiv zu beurteilenden Unmöglichkeit.

Folgte man dieser Auffassung, würde die Leistungspflicht der A, also die Erbringung einer magischen Vorhersage im Rahmen ihrer Leistungspflicht aus dem Dienstleistungsvertrag, wegen objektiver Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB ausgeschlossen sein. Es bliebe im Folgenden zu prüfen, ob durch eine im Rahmen der Vertragsautonomie bestimmte Risikoverteilung die Gegenleistungspflicht trotz dieser Unmöglichkeit ausnahmsweise nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt.

c) Stellungnahme

Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Für die erste Ansicht spricht maßgeblich, dass bei der abschließlichen Beurteilung der Erfüllbarkeit nach objektiven wissenschaftlichen Kriterien die Vertragsfreiheit verletzt werden würde, denn entgegen dem übereinstimmenden Willen und der übereinstimmenden Überzeugung der Vertragsparteien würde die abgesprochene Leistung an Kriterien beurteilt werden, die die Parteien gerade für sich nicht als verbindlich angesehen haben.⁴⁹ Es könne nicht der Rechtsprechung obliegen, die übereinstimmende Vorstellung der Parteien von der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung dadurch infrage zu stellen, dass die Leistungserbringung entgegen dem Parteiwillen für unmöglich gehalten wird.⁵⁰ Sofern die Vertragsgegenseite weiß, dass die

Leistung den Bereich naturwissenschaftlicher Erkenntnis verlässt, ist sie nicht schutzbedürftig,⁵¹ es bedürfe demnach auch keiner Korrektur der Parteientscheidung durch Anwendung des § 275 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dies verkennt jedoch, dass es auf die Ansicht der Vertragsparteien im Rahmen des § 275 Abs. 1 S. 1 BGB – also der objektiven Unmöglichkeit – gerade nicht ankommt.⁵² Objektive Kriterien können nicht durch Vorstellungen der Parteien beeinflusst werden. Der Wille der Parteien ist im Rahmen der Vertragsauslegung und nicht der objektiven Unmöglichkeit zu berücksichtigen. Würden sich die Parteien lediglich auf eine Handlung – wie bspw. das Kartenlegen – selbst einigen und dies als reines Entertainment verstehen, so ist das Erbringen zweifelsfrei objektiv möglich. Ist aber nach einer Auslegung Teil des geschuldeten Erfolgs das Einbringen übernatürlicher Kräfte und wird auch auf diese Art der Erbringung vertraut, so muss im Rahmen der objektiven Unmöglichkeit das Erbringen auch an objektiven Kriterien gemessen werden.⁵³ Um weiterhin ein Zuwiderlaufen gegen die Vertragsfreiheit der Parteien zu verhindern, bedürfe es auch keiner Ausnahme hiervon. Vielmehr sei dies im Rahmen der § 326 Abs. 1 S. 1 BGB zu berücksichtigen.

Demnach ist die vereinbarte Leistung im Rahmen des Dienstvertrags zwischen A und B gem. § 275 Abs. 1 S. 1 BGB unmöglich.

Hinweis

Es ist auch vertretbar, die Leistung als möglich anzusehen und sodann nicht mehr die Abbedingung des § 326 Abs. 1 BGB prüfen zu müssen, sondern die Gegenleistungspflicht ganz ordinär bestehen zu lassen.

3. Abbedingung des § 326 Abs. 1 BGB

Letztlich könnte aber der Umstand, dass sich alle Beteiligten darüber im Klaren gewesen sind, dass eine Beweisbarkeit magischer Leistungen nicht möglich ist, dazu führen, dass ein Entfallen der Gegenleistung nicht in Betracht kommt. Möglicherweise haben sich A und B darauf geeinigt, die Gegenleistungspflicht nicht entfallen zu lassen, sprich den § 326 Abs. 1 BGB abzubedingen. § 326 Abs. 1 BGB ist dispositives Recht und stellt damit eine Möglichkeit zur Risikoverteilung im Rahmen der Privatautonomie dar,⁵⁴ sodass die Frage nach der Abbedingung lediglich Auslegungsfrage ist. Mithin kommt es darauf an, ob objektiv nachvollziehbar erscheint, dass A das Risiko der Nichterbringbarkeit der magischen Leistung in seinen Willen aufgenommen hat und den Vertrag mit B trotzdem einging. Wäre dieses der Fall, spricht die Auslegung der Willenserklärung, die zur Zahlung verpflichtet dafür, dass diese Zahlungspflicht unter den bekannten Umständen auch bestehen soll.⁵⁵ B musste nach erfolgloser Inanspruchnahme von Schamanen und Wahrsagern bei Kontaktierung der A zumindest bewusst gewesen sein, dass Magieleistungen in der realen Welt nicht greifbar sind. Ebenso versicherte A dem B, nicht für das Eintreten des Erfolgs einstehen zu wollen. Dennoch entschloss er sich, der A für das Kartenlegen

⁴³ Maamar/Vollenberg, JA 2018, 657 (666).

⁴⁴ BGH Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 87/10, LMK 2011, 314413, mAnm. Pfeiffer.

⁴⁵ Schulze, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. (2019), § 275 Rn. 11.

⁴⁶ BGH NJW 2011, 756 (757).

⁴⁷ Ibid..

⁴⁸ BGH NJW 1978, 1207; RGSt 33, 321 (323).

⁴⁹ BGH NJW-RR 1986, 478 (479).

⁵⁰ Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck OGG (01.07.2019), § 275 Rn. 78.

⁵¹ Conring/Palzer, ZJS 2013, 57 (58).

⁵² BGH NJW-RR 1999, 133 (133).

⁵³ BGH NJW 2011, 756 (757).

⁵⁴ Freitag, NJW 2014, 113 (116f.).

⁵⁵ BGH NJW 2011, 756 (757).

ein Entgelt zu versprechen, diese Leistungen über einen längeren Zeitraum auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen und sogar (teilweise) zu vergüten. Bei dieser Sachlage liegt die Annahme nahe, dass B nach dem Willen beider Parteien das Risiko des Nicht-Eintritts der Vorhersage tragen sollte und A dennoch Vergütung verlangen können soll..

III. Anspruch durchsetzbar

Durchsetzbarkeitshindernisse sind nicht ersichtlich.

B) Ergebnis

A hat einen Anspruch auf Vergütung der Dienstleistungen iHv. 6.700 Euro gem. § 611 Abs. 1 BGB gegen B.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



KLAUSUR – ZIVILRECHT

Prof. Dr. Christian F. Majer*/Dr. Pius O. Dolzer**

„Es bleibt in der Familie (oder auch nicht)“ Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

M und F sind verheiratet. Sie benötigen für die Renovierung ihres Hauses einen Kredit, wegen einer früheren Insolvenz des M will die Bank ihnen aber keinen einräumen. S, der Schwiegervater des M, gibt ihm daher ein zinsloses Darlehen in Höhe von 100.000 €, dafür bestellt ihm M mit Zustimmung der F wirksam eine Grundschuld an dem in ihrem gemeinsamen Eigentum stehenden Grundstück. Als M und F später wegen einer schweren Erkrankung der F in finanzielle Schieflage geraten, vereinbart M mit S, dass der Restkredit als getilgt gelten sollte. Bis dahin hatten M und F bereits 18.000 € abbezahlt. Einige Zeit später verstirbt F, kurz darauf verstirbt auch S. Ein Testament hat er nicht errichtet, von seinen Verwandten ist nur Bruder B am Leben, der nun von M wegen der Grundschuld Duldung der Zwangsvollstreckung verlangt. Nach Hinweis des M auf die Zahlungen und die Vereinbarung entgegnet er, ihm sei davon nichts bekannt und das gehe ihn auch nichts an.

Welche Ansprüche hat B gegen M?

Abwandlung

M hat sich bei der Grundschuldbestellung unter die sofortige Zwangsvollstreckung unterworfen. B betreibt nun die Zwangsvollstreckung, wie kann sich M dagegen wehren?

Gliederung

A) Ausgangsfall

I. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB

1. Anspruch entstanden
2. Anspruch untergegangen
 - a) Erlöschen durch Erfüllung
 - b) Erlöschen durch Erlass
3. Zwischenergebnis

II. §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB

1. Anspruch entstanden
 - a) Anspruchsgegner ist Eigentümer des Grundstücks
 - b) Anspruchsinhaber ist Inhaber der Grundschuld
 - c) Fälligkeit der Grundschuld
2. Anspruch durchsetzbar
 - a) Einreden iSv. § 1137 BGB
 - b) Einrede des mangelnden Sicherungsfalls
3. Zwischenergebnis

III. Ergebnis

B) Fallabwandlung

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

** Der Autor ist Referendar am OLG Karlsruhe sowie wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Gutachten

A) Ausgangsfall

I. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB

Dem B könnte möglicherweise ein Anspruch gegen M auf Rückzahlung des Darlehens iHv. 100.000 € gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zustehen. Demnach ist ein Darlehensnehmer verpflichtet, bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzahlen.

1. Anspruch entstanden

Dazu müsste ein Darlehensvertrag zwischen M und B bestehen. Einen solchen Vertrag haben M und B nicht geschlossen. Allerdings haben M und S einen entsprechenden Darlehensvertrag geschlossen. Der hieraus zugunsten des S resultierende Anspruch gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB könnte auf B, als Alleinerbe des S (§ 1925 Abs. 1 BGB), mit dem Tode des S im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB übergegangen sein.

2. Anspruch untergegangen

Dazu dürfte der Anspruch im Zeitpunkt des Erbfalls nicht untergegangen sein. In Betracht kommt aber ein Erlöschen des Anspruchs iHv. 18.000 € durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB sowie im Übrigen durch Erlassvertrag gemäß § 397 Abs. 1 BGB.

a) Erlöschen durch Erfüllung

M und F haben das Darlehen bereits in Höhe von 18.000 € abbezahlt. Folglich ist der Anspruch des S auf Rückzahlung des Darlehens in entsprechender Höhe erloschen, § 362 Abs. 1 BGB.

b) Erlöschen durch Erlass

Im Übrigen könnte das Schuldverhältnis gemäß § 397 Abs. 1 BGB erloschen sein, wenn S dem B durch Vertrag die Schuld erlassen hat. Vorliegend haben M und S vereinbart, dass der Restkredit als getilgt gelten soll. Dies ist gemäß §§ 133, 157 BGB als Erlassvertrag iSv. § 397 Abs. 1 BGB auszulegen.

Das Schuldverhältnis zwischen M und S ist erloschen.

Ein Anspruch des S gegen M auf Rückzahlung des zur Verfügung gestellten Darlehens gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB besteht folglich nicht. Entsprechend konnte ein solcher Anspruch auch nicht im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB zum Zeitpunkt des Todes des S auf B übergehen.

3. Zwischenergebnis

B steht ein Anspruch gegen M auf Rückzahlung des Darlehens iHv. 100.000 € nicht zu.

Hinweis

Die hier relativ ausführliche Darstellung folgt v.a. didaktischen Gründen. In realer Klausursituation könnte man den Anspruch auch kürzer, ggf. sogar im Urteilsstil ablehnen. Wichtig ist dabei, dass der Anspruch bereits vor dem Erbfall untergegangen und damit gar nicht erst auf den B übergehen konnte. Mit Blick auf den Erlassvertrag und seiner Abgrenzung zu anderen Formen bietet sich zudem Gelegenheit zum vertieften Studium/Repetition: Der **Erlassvertrag** des § 397 Abs. 1 BGB ist zweiseitiger

Vertrag und setzt damit zwei korrespondierende Willenserklärungen voraus.¹ Ein **einseitiger Verzicht** auf einen schuldrechtlichen Anspruch mit rechtlicher Bindung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner ist dem BGB dagegen fremd.² Einseitig verzichtet werden kann aber auf Einreden und Gestaltungsrechte (vgl. §§ 376 Abs. 2 Nr. 1, 671 Abs. 3, 768 Abs. 2 BGB). Zudem ist der Erlassvertrag ein Vertrag über den Erlass einer Schuld („durch Vertrag die Schuld erlässt.“). Er bezieht sich auf eine konkrete Forderung, nicht schon auf den gesamten Vertrag.³ Insoweit ist von einem **Aufhebungsvertrag** abzugrenzen.⁴ Der Begriff des „Schuldverhältnis“ in § 397 Abs. 1 BGB ist entsprechend restriktiv auszulegen. Darüber hinaus ist der Erlassvertrag vom **negativen Schuldanerkenntnis** gemäß § 397 Abs. 2 BGB abzugrenzen.⁵ Dabei ist wiederum das konstitutive und deklaratorische Schuldanerkenntnis zu unterscheiden. Hierzu entschied das BAG durch Urteil vom 28.5.2008 - 10 AZR 351/07 = BAGE 127, 1-26, Rn 40:

„Ein Erlassvertrag (§ 397 Abs. 1 BGB) ist dann anzunehmen, wenn die Parteien vom Bestehen einer bestimmten Schuld ausgehen, diese aber übereinstimmend als nicht mehr zu erfüllen betrachten. Ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis iSv. § 397 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, alle oder eine bestimmte Gruppe von bekannten oder unbekanntem Ansprüchen zum Erlöschen zu bringen. Ein deklaratorisches negatives Schuldanerkenntnis ist anzunehmen, wenn die Parteien nur die von ihnen angenommene Rechtslage eindeutig dokumentieren und damit fixieren wollen.“

(Hervorhebungen durch Verf.)

II. §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB

Möglicherweise steht dem B aber ein Anspruch gegen M auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB zu. Ein solcher Anspruch ist entstanden, wenn M Eigentümer des Grundstücks und B Inhaber einer fälligen Grundschuld ist.

1. Anspruch entstanden

a) Anspruchsgegner ist Eigentümer des Grundstücks

M ist Eigentümer des Grundstücks; F hat als Miteigentümerin seiner Verfügung zugestimmt (§ 185 BGB).

b) Anspruchsinhaber ist Inhaber der Grundschuld

B müsste Inhaber der Grundschuld sein. Über die Bestellung einer Grundschuld haben sich jedoch nicht M und B, sondern M und S geeinigt. Damit kommt ein Ersterwerb der Grundschuld durch B nicht in Betracht. B könnte aber die Grundschuld von S im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB erworben haben (gesetzlicher Zweiterwerb).⁶ Dazu müsste die Grundschuld zum Zeitpunkt des Erbfalls zum Nachlass des S zählen und B müsste Erbe des S sein.

aa) Gemäß § 1922 Abs. 1 BGB geht mit dem Tod einer Person (Erbfall) deren Vermögen (Erbchaft) als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben) über. Mit dem Tode des S ist vorlie-

¹ Schlüter, in MüKo BGB, 8. Aufl. (2019), § 397 Rn 1.

² BGH, Urteil vom 04. Dezember 1986 - III ZR 51/85 -, juris-Rn. 24.

³ Schlüter, in MüKo BGB, 8. Aufl. (2019), § 397 Rn 7.

⁴ Ibid. Rn 18.

⁵ Ibid. Rn 12.

⁶ Vgl. hingegen zu den Voraussetzungen eines vertraglichen Zweiterwerbs bei Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. (2018), § 15 Rn 95 ff.

gend der Erbfall eingetreten. B ist als einzig noch lebender Verwandter des S gesetzlicher Erbe gemäß § 1925 Abs. 1 BGB und als solcher Alleinerbe.

bb) Fraglich ist, ob die Grundsuld in den Nachlass fällt. Voraussetzung dafür ist, dass S Inhaber der Grundsuld war. In Betracht kommt insoweit ein Ersterwerb einer Grundsuld durch S gemäß § 873 I iVm. §§ 1191, 1115 BGB.⁷ Die Voraussetzungen zum Erwerb der Grundsuld sind hier gegeben. Die Grundsuld ist auch nicht durch das Erlöschen der Darlehensforderung erloschen. Denn sie ist, im Gegensatz zur Hypothek, ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht und als solches vom Bestand einer ihr zugrunde liegenden Forderung nicht abhängig.⁸

c) Fälligkeit der Grundsuld

Die Grundsuld müsste auch fällig sein. Gemäß § 1193 Abs. 1 BGB wird das Kapital der Grundsuld erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Dabei kann die Kündigung jederzeit und ohne sachlichen Grund erfolgen.⁹ Das Verlangen des B gegenüber M auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist nach objektivem Empfängerhorizont unter Würdigung von Sinn und Zweck der Erklärung als Kündigung iSv. § 1193 Abs. 1 BGB auszulegen. Damit ist die Grundsuld fällig. Die Kündigungsfrist beträgt insoweit sechs Monate, § 1193 Abs. 1 S. 3 BGB.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste auch durchsetzbar sein. Das ist dann nicht der Fall, wenn dem M Einreden gegen den Anspruch des B zustehen.

a) Einreden iSv. § 1137 BGB

Fraglich ist, ob M gegen die Grundsuld die Einreden gegen die Forderung (Erfüllung bzw. Erlöschen aufgrund Erlassvertrag) geltend machen kann. Das ist der Fall, wenn M sich auf die Regelung des § 1137 BGB berufen könnte. Demnach kann der Eigentümer gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen. Da es sich vorliegend nicht um eine Hypothek, sondern eine Grundsuld handelt, kommt aber allenfalls eine entsprechende Anwendung in Betracht. Gemäß § 1192 Abs. 1 BGB finden die Vorschriften der Hypothek auf die Grundsuld entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundsuld nicht eine Forderung voraussetzt. Umgekehrt formuliert sind jene Vorschriften der §§ 1113 ff. BGB auf die Grundsuld nicht anwendbar, die unmittelbar im Zusammenhang damit stehen, dass die Hypothek eine Forderung voraussetzt.¹⁰ Die Regelung des § 1137 BGB hat die Akzessorietät der Hypothek zur Grundlage, denn die Einwendungen des persönlichen Schuldners gegen die Forderung werden dem Eigentümer gegen die Hypothek nur wegen der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung gewährt.¹¹ Daher findet § 1137 BGB auf die Grundsuld keine Anwendung.¹²

⁷ Vgl. zu den Voraussetzungen eines Ersterwerbs der Grundsuld, Ibid. Rn. 92 ff.

⁸ Zum Unterschied von Hypothek und Grundsuld vgl. Ibid. § 15; zur Formwahl ob Hypothek oder Grundsuld ausführlich bei *Wolfsteiner*, in *Staudinger* (2015) Einleitung zu §§ 1113 ff, Rn. 28; zur weiteren Einübung anhand einer (Original-) Referendarexamensklausur *Weller/Zimmermann*, JuS 2018, 265.

⁹ Rechtliches Können. In Bezug auf das rechtliche Dürfen sind aber ggf. Abreden in der schuldrechtlich zugrundeliegenden Sicherungsabrede zu beachten; *Wolfsteiner*, in *Staudinger* (2015) BGB § 1193, Rn. 8.

b) Einrede des mangelnden Sicherungsfalls

aa) M könnte aber möglicherweise die „Einrede des mangelnden Sicherungsfalls“ erheben.¹³ Ist nämlich die Grundsuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundsuld), können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundsuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundsuld entgegengesetzt werden (§ 1192 Abs. 1a S. 1 BGB).

M hat S die Grundsuld zur Sicherung des Darlehensanspruchs verschafft. Damit liegt eine Sicherungsgrundsuld iSv. § 1192 Abs. 1a BGB vor. M steht auch gegen die Darlehensforderung die rechtsvernichtende Einwendung der Erfüllung bzw. des Erlöschens aufgrund des Erlassvertrags zu (s.o.). Dies kann der Grundsuld als Einrede aus der Sicherungsabrede entgegeng gehalten werden.

bb) Fraglich ist, ob dem ein gutgläubiger Wegerwerb des B gemäß §§ 1157 Abs. 1 S. 2, 892 BGB entgegenstehen könnte. Gemäß § 1192 Abs. 1a S. 1 letzter HS BGB findet allerdings die Regelung des § 1157 S. 2 BGB bei der Sicherungs-Grundsuld keine Anwendung.¹⁴ Darüber hinaus kommt ein gutgläubiger Wegerwerb auch nur bei Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Erwerbsgeschäft (Verkehrsgeschäft) in Betracht, nicht aber bei gesetzlichem Zweiterwerb im Wege der Universalsukzession.¹⁵ Ein gutgläubiger Wegerwerb des B ist abzulehnen.

3. Zwischenergebnis

M steht gegen den Anspruch des B die Einrede des mangelnden Sicherungsfalls zu. Der Anspruch des B gegen M auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist damit nicht durchsetzbar.

III. Ergebnis

B kann gegen M keinerlei Ansprüche geltend machen.

B) Fallabwandlung

M könnte sich möglicherweise mit einer Vollstreckungsabwehrklage zur Wehr setzen. Die Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO ist statthafte Klageart, wenn der Kläger als Vollstreckungsschuldner materiell-rechtliche Einwendungen erhebt, die den titulierten Anspruch selbst betreffen.¹⁶

Die Vollstreckungsabwehrklage findet dabei nicht nur auf jene durch Urteil festgestellten Ansprüche Anwendung, sondern gemäß § 795 ZPO auch auf die in § 794 ZPO genannten Vollstreckungstitel. Die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Vollstreckung ist ein Vollstreckungstitel iSv. § 794 Abs. 1 Nr. 5

¹⁰ Ibid., § 1192, Rn. 2.

¹¹ Ibid., § 1137, Rn. 6.

¹² *Wenzel* in: *Erman*, BGB, 15. Aufl. (2017), § 1192 BGB, Rn. 4.

¹³ *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 8. Aufl. (2018), § 15 Rn 101.

¹⁴ Vgl. insoweit die deutliche Kritik von *Wolfsteiner*, in *Staudinger* (2015) BGB § 1192, Rn. 31 ff mwN.

¹⁵ *Wenzel* in: *Erman*, BGB, 15. Aufl. (2017), § 115, Rn. 5.

¹⁶ *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. (2017), § 43 Rn 1329.

ZPO.¹⁷ Damit ist die Statthaftigkeit der Vollstreckungsabwehrklage diesbezüglich nicht ausgeschlossen.

M müsste gegen den titulierten Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung materiell-rechtliche Einwendungen geltend machen. In Betracht kommt insoweit schon seine Einrede¹⁸ des mangelnden Sicherungsfalls (s.o.).

Fraglich ist, ob dem die Regelung zur Präklusion der Einwendungen iSv. § 767 Abs. 2 ZPO entgegenstehen könnte. Gemäß § 767 Abs. 2 ZPO sind Einwendungen nur zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften der ZPO geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Vorliegend hat aber schon keine mündliche Verhandlung stattgefunden, da der Anspruch nicht im Zuge eines Erkenntnisverfahrens durch Urteil tituliert wurde, sondern durch notarielle Beurkundung iSv. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Deshalb erklärt § 797 Abs. 4 ZPO als *lex specialis* für Verfahren bei vollstreckbaren Urkunden, dass auf die Geltendmachung von Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, die beschränkende Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO nicht anzuwenden ist. Demnach steht § 767 Abs. 2 ZPO der Vollstreckungsabwehrklage nicht entgegen.

► Inhaltsverzeichnis



¹⁷ Vgl. dazu näher Geimer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. (2018), § 794 ZPO, Rn. 25; Wenzel in: Erman, BGB, 15. Aufl. (2017), § 1191 BGB, Rn. 140.

¹⁸ Beachte zur Begrifflichkeit: Einreden iSd. Prozessrechts sind alle rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Einwendungen. Die Einrede iSd. materiellen Rechts bezeichnet eine rechtshemmende Einwendung.

KLAUSUR – STRAFRECHT

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

„Straffreie Festnahme eines Terrorverdächtigen?“ Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt¹

A ist im Frühjahr 2015 über die sog. Mittelmeerroute als syrischer Bürgerkriegsflüchtling nach Deutschland eingereist. Im Sommer 2015 wurde er nach einem gestellten Asylantrag in Deutschland als Flüchtling anerkannt und erhielt eine befristete Aufenthaltserlaubnis.

Nach entsprechender anfänglicher Zuweisung hielt sich A durchgängig im Freistaat Sachsen auf. Er reiste jedoch zweimal in die Türkei bzw. nach Syrien aus, wo es offenbar auch Kontakte zum sog. Islamischen Staat gab. A scheint sich in der Folge (in Syrien oder in Deutschland) radikalisiert zu haben. Jedenfalls schrieb er auf Facebook, dass er in den „Dschihad“ ziehen werde, besorgte sich im Internet Pläne für den Bau von Sprengsätzen und kundschaftete offenbar in Berlin konkrete Anschlagziele (Flughäfen) aus. Nach entsprechenden nachrichtendienstlichen Erkenntnissen stürmte die Landespolizei des Freistaats Sachsen im Oktober 2016 die Wohnung des A in einem Chemnitzer Plattenbau. A konnte sich seiner Verhaftung dabei zunächst durch Flucht entziehen. In der Wohnung fanden sich allerlei Mittel und Werkzeuge zum Bau von Sprengsätzen (darunter eine größere Menge eines selbst hergestellten Sprengstoffs), die nur den Schluss zulassen, dass A mit Sprengsätzen einen Terroranschlag begehen wollte.

A flüchtete zunächst mit dem Zug nach Leipzig. Am dortigen Hauptbahnhof sprach er einen anderen syrischen Flüchtling (B) an und fragte nach einer Übernachtungsmöglichkeit. B nahm ihn mit in seine Wohnung und ließ ihn bei sich übernachten. Am nächsten Tag sahen B und seine den B besuchenden Freunde C und D (ebenfalls syrische Flüchtlinge) im Internet einen mittlerweile auf Arabisch übersetzten Fahndungsauftrag der Polizei, wonach es sich bei A um einen flüchtigen Terrorverdächtigen handele. Daraufhin überwältigten B, C und D den noch im Bett eines anderen Zimmers schlafenden A, fesselten ihn und fotografierten ihn mit seinem Smartphone. Die Initiative ging dabei von B aus, der seinen Landsleuten klarmachte, dass in Deutschland leben eben auch bedeutet, sich in keinerlei Form auf Kriminalität einzulassen oder Kriminelle zu unterstützen. Nachdem C und D sich dieser Sichtweise angeschlossen hatten, öffnete B die Tür zu dem Zimmer, in dem A schlief, und legte sich auf den unter einer Decke schlafenden A, der sich somit der anschließenden Fesselung durch C und D nicht wirksam widersetzen konnte. Das von A gemachte Bild übermittelten B, C und D sodann per WhatsApp an einen anderen syrischen Flüchtling,

der den Sachverhalt samt Bild auf einer Leipziger Polizeistation schilderte.

Die daraufhin ca. zwei Stunden nach der Überwältigungsmaßnahme anrückenden Beamten nahmen den immer noch gefesselten A fest und verbrachten ihn zwecks Untersuchungshaft in die JVA Leipzig. In der Haftzelle (Einzelbelegung) wurde der A am Folgetag mit einem aus seinem Hemd gefertigten Strick um den Hals leblos aufgefunden.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von B, C und D nach dem StGB!

* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder und dankt an dieser Stelle Herrn Akad. Rat a.Z. RA Dr. Sebastian Sobota, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, herzlichst für seine wertvollen Anmerkungen und Hinweise.

¹ Der Sachverhalt ist an den durch die Medien gegangenen Fall eines im Oktober 2016 in Sachsen festgenommenen Terrorverdächtigen aus Syrien angelehnt.

Gliederung

A) Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit des B aus § 239 Abs. 1 StGB wegen Freiheitsberaubung

1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

a) § 127 Abs. 1 StPO

aa) Taugliche Vortat des A

- (1) § 89a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB
- (2) §§ 129b Abs. 1, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB
- (3) §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB
- (4) § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB
- (5) §§ 315 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 a) und Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB
- (6) Zwischenergebnis

bb) Verdachtsgrad

cc) Frische der Tat

dd) Zur Festnahme berechtigter Personenkreis

ee) Zweck der Festnahme

ff) Festnahmegrund

gg) Festnahmeakt

hh) Verhältnismäßigkeit der Festnahme

b) Zwischenergebnis

3. Ergebnis

II. Strafbarkeit des B aus § 240 Abs. 1 StGB wegen Nötigung

III. Strafbarkeit des B aus § 223 Abs. 1 StGB wegen Körperverletzung

IV. Strafbarkeit des B aus § 201a Abs. 1 und Abs. 2 StGB wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen

1. Tatbestand

2. Zwischenergebnis

V. Ergebnis in Bezug auf B

B) Strafbarkeit von C und D

C) Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Dieser strafrechtliche Fall dreht sich um die Frage, ob jedermann einen flüchtigen Terrorverdächtigen überwältigen und festsetzen kann, ohne sich dabei selbst strafbar zu machen. Im Fokus stehen dabei insbesondere die Schattierungen der Rechtswidrigkeit und ggf. auch der Schuld. Jedenfalls stößt die kollektive Zustimmung zu solchen Ergreifungsmaßnahmen seitens Politik und Gesellschaft womöglich nicht auf ein ebenso positives Echo auf Ebene des Strafrechts. Anders gewendet könnte wieder einmal – ähnlich wie in den Fällen der Androhung von Folter, um das Leben etwa eines Kindes zu retten, oder beim Abschuss eines entführten Flugzeugs zur Verhinderung des konkreten Einsatzes als Attentatsmittel – ein Fall vorliegen, in dem Recht und Gerechtigkeitsempfinden auseinanderfallen. Dies gilt es nun zu überprüfen.

A) Strafbarkeit des B

Hinweis

Da B der Tat am nächsten steht, empfiehlt sich zunächst die Prüfung seiner Strafbarkeit. Alternativ können auch alle Beteiligten zusammen (als Mittäter) geprüft werden.

I. Strafbarkeit des B aus § 239 Abs. 1 StGB wegen Freiheitsberaubung

B könnte sich dadurch, dass (auch) er den A überwältigte, fesselte und ca. zwei Stunden gefesselt ließ, wegen Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Voraussetzung hierfür ist nach § 239 Abs. 1 StGB, dass ein Mensch eingesperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt wurde.

Fraglich ist vorliegend, ob der zunächst noch schlafende A ein taugliches „Tatobjekt“ war. § 239 Abs. 1 StGB geht davon aus, dass Freiheitsberaubung gegenüber jedem Menschen möglich ist. Erforderlich ist dabei nur, dass der Betreffende im natürlichen Sinne die Fähigkeit hat, willkürlich seinen Aufenthalt zu verändern.² Für die Dauer des Schlafs kann ein Wille zur Aufenthaltsveränderung zwar nicht bestehen, allerdings genügt im Rahmen des § 239 Abs. 1 StGB nach herrschender Meinung die Beeinträchtigung der potenziellen Fortbewegungsmöglichkeit.³ Selbst wenn man dies einer Mindermeinung nach anders sehen wollte und einen aktuellen Willen zur Ortsveränderung verlangt⁴, so war A zumindest ab dem Zeitpunkt des Aufwachens in seiner dann auch tatsächlichen Fortbewegungsmöglichkeit gehindert, kam also so oder so als taugliches „Tatobjekt“ iSd. § 239 Abs. 1 StGB in Betracht.

Als Tathandlung müsste B den A sodann eingesperrt oder ihn anderweitig seiner Freiheit beraubt haben. Ein Einsperren liegt

² BGH NJW 1984, 673; Schluckebier, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2015), § 239 Rn. 4.

³ BGHSt 14, 314 (316); 32, 183 (188); OLG Köln NJW 1986, 333 (334); Schluckebier, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2015), § 239 Rn. 5; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 239 Rn. 2.

⁴ Wolters, in: SK-StGB, 148. Lfg. (2014), § 239 Rn 2a; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 239 Rn. 4 ff.; Kretschmer, JURA 2009, 590 (591).

vor, wenn das Opfer in einem Raum festgehalten und durch äußere Vorrichtungen wie verschließbare Fenster und Türen vom Verlassen des Raums abgehalten wird.⁵ Es ist nicht erkennbar, dass A neben der Fesselung zusätzlich in einem Zimmer eingeschlossen wurde. Die Fesselung allein bewirkte offenbar schon, dass an die Möglichkeit, das Zimmer zu verlassen, nicht zu denken war. Das Merkmal „einsperren“ scheidet somit aus.

Allerdings könnte A dann immer noch auf andere Art und Weise seiner Freiheit beraubt worden sein. Hierfür kommt jede Handlung des Täters in Betracht, die die gewünschte Aufenthaltsveränderung des Opfers verhindert, darunter auch der Einsatz von physischer Gewalt.⁶ Nicht nur das Legen auf das Opfer bedeutet als Variante des Festhaltens den Einsatz von Gewalt⁷, sondern insbesondere auch die Fesselung⁸. Zwar hat B den A nicht eigenhändig gefesselt, aber ihm sind die Tatbeiträge von C und D über § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen, weil alle drei auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplanes arbeitsteilig vorgingen und somit die Voraussetzungen der Mittäterschaft erfüllen.

Insgesamt ist der objektive Tatbestand somit gegeben.

b) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht müsste B zumindest bedingten Vorsatz im Hinblick auf die Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit von A gehabt haben.

Gemäß seiner Einlassung gegenüber C und D und der hieran anknüpfenden Verständigung der Polizei wusste und wollte der B dies gerade (*dolus directus* 1. Grades). Denn es kam ihm darauf an, den A bis zum Eintreffen der Polizei am Verlassen seiner Wohnung zu hindern.

Damit ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist aber, ob B rechtswidrig gehandelt hat. In Betracht kommt schließlich, dass das Handeln von B dadurch gerechtfertigt ist, dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dabei kommt insbesondere das sog. Jedermannsrecht zur Festnahme iSd. § 127 Abs. 1 StPO in Betracht.

a) § 127 Abs. 1 StPO

Möglicherweise war die seitens B ausgeübte Freiheitsberaubung zulasten A bereits dadurch gerechtfertigt, dass ein Festnahmerecht iSd. § 127 Abs. 1 StPO bestand.

Nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO hat jedermann das Recht zur vorläufigen Festnahme eines anderen, wenn dieser auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird und der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann.

⁵ Sonnen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 239 Rn. 16; Wieck-Noordt, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 239 Rn. 21.

⁶ Vgl. BGH NJW 1993, 1807; Schluckebier, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2015), § 239 Rn. 16.

⁷ Vgl. OLG Hamm JMBINRW 1964, 31 (39); Lenz, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2013), § 239 StGB Rn 7.

⁸ BGH NJW 2004, 528 (529); Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 239 Rn. 10.1.

⁹ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2007), § 127 Rn. 8; Schultheis, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 127 Rn. 7.

aa) Taugliche Vortat des A

Hinweis

Dabei spielt es keine Rolle, dass mit dem Tod des A natürlich ein absolutes Verfahrenshindernis für die Strafverfolgung in Bezug auf seine Person eingetreten ist, denn es geht an dieser Stelle nur um eine hypothetische Beurteilung seiner Strafbarkeit als inzidente Voraussetzung für die Strafbarkeit von lebenden Personen. Die nachfolgend auftauchenden „Terrorismusstafaten“ sind zudem natürlich kein typischer Prüfungsstoff.

Grundlegende Voraussetzung wäre, dass A eine Straftat begangen hat, wobei ein Tatbestand einer Strafnorm rechtswidrig (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) erfüllt sein muss.⁹ Ausreichend wäre es dabei auch, wenn die in Rede stehende Tat in das Stadium eines strafbaren Versuchs gelangt ist.¹⁰

(1) § 89a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB

Vorliegend kommt zunächst in Betracht, dass sich A wegen Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht hatte.

Als eine solche Gewalttat definiert § 89a Abs. 1 S. 2 StGB u.a. Straftaten gegen das Leben iSd. §§ 211, 212 StGB. Ein Terroranschlag mit Sprengstoff auf einen rund um die Uhr frequentierten Flughafen ist erkennbar insbesondere auf den Tod von Menschen ausgerichtet. Dabei braucht jedenfalls an dieser Stelle nicht geklärt zu werden, ob ein dergestalt mit Vorsatz erstrebter Tod von Menschen als Totschlag oder Mord zu qualifizieren wäre, da jedenfalls beide Straftatbestände als Katalogtaten niedergelegt sind.

Diese schwere Gewalttat iSd. §§ 211, 212 StGB müsste auch als staatsgefährdend anzusehen sein. Dies ist der Fall, wenn eine solche Gewalttat nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, die in § 89a Abs. 1 S. 2 StGB genannten Angriffsziele (Bestand oder Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland) zu beeinträchtigen bzw. zu beseitigen.¹¹ Vorliegend dürfte insbesondere die Beeinträchtigung der staatlichen Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland als Angriffsziel gelten. Zur Sicherheit eines Staates zählen nach § 92 Abs. 3 Nr. 2 StGB schließlich die äußere und innere Sicherheit. Innere Sicherheit meint dabei den Zustand relativer Ungefährdetheit von Bestand und Verfassung gegenüber gewaltsamen Aktionen innerstaatlicher Kräfte.¹² Diese innere Sicherheit ist bereits dann beeinträchtigt, wenn das Vertrauen der Bevölkerung, vor gewaltsamen Einwirkungen in ihrem Staat geschützt zu sein, maßgeblich erschüttert wird.¹³ Vorliegend war ein Sprengstoffanschlag an einem Berliner Flughafen jedenfalls auch den Umständen nach geeignet und bestimmt, das Vertrauen der Bevölke-

¹⁰ BGH NJW 1981, 745; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 127 Rn. 3.

¹¹ Zöller, in: SK-StGB, 132. Lfg. (2012), § 89a Rn. 12; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 89a Rn. 4.

¹² BT-Drs. 16/12428 v. 25.03.2009, S. 14; Zöller, in: SK-StGB, 132. Lfg. (2012), § 89a Rn. 15.

¹³ Güntge, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2017), § 89a Rn. 2; v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 89a Rn. 3.

rung in ein sicheres und gewaltfreies Leben in der Bundesrepublik Deutschland hinreichend zu erschüttern, da in der Folge eines solchen gravierenden Anschlags gewissermaßen jedermann unversehens mit seinem terrorbedingten Tod rechnen kann, sobald er sich an öffentlichen Orten aufhält („es kann jeden treffen“).

Als taugliche Vorbereitungshandlung gilt dabei jedenfalls die Herstellung von Sprengstoff iSd. § 89 Abs. 2 Nr. 2 StGB.

Das A sich ggf. zusätzlich in der Herstellung von Sprengstoff iSd. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB hat unterweisen lassen oder Teile der Vorbereitungshandlung des Herstellens von Sprengstoff iSd. § 89a Abs. 3 StGB im Ausland begangen wurden, steht dagegen dem Sachverhalt nach nicht sicher fest.¹⁴

In subjektiver Hinsicht ist für den Täter der Vorbereitungshandlung, der auch Täter der späteren Haupttat des Terroranschlags sein soll, ein absichtliches Handeln zur Begehung der schweren Gewalttat wie auch der Staatsgefährdung zu fordern.¹⁵ Beides erscheint in Bezug auf A jedenfalls gegeben.

Schließlich wäre das Handeln von A auch als rechtswidrig anzusehen. Die wahrscheinlich aus Täterperspektive bestehende Rechtfertigung seines Handelns im Rahmen eines Heiligen Kriegs gegen die Ungläubigen (Dschihad) ist in der deutschen Rechtsordnung naturgemäß nicht anerkannt. Vielmehr stellt diese Denk- und Handlungsweise einen absoluten Verstoß gegen das unantastbare Prinzip der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG dar. Eine Rechtfertigung der Handlungen des A kommt daher nicht in Betracht.

Damit ergibt sich eine iSd. § 127 Abs. 1 StPO taugliche Tat des A bereits in Form einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB.

Dieser Tatbestand wird jedoch in Fällen wie dem vorliegenden typischerweise von der Strafbarkeit wegen einer Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt¹⁶, sofern dieser Tatbestand ebenfalls verwirklicht wurde.

(2) §§ 129b Abs. 1, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Ferner könnte sich A dadurch strafbar gemacht haben, dass er Mitglied einer terroristischen Vereinigung im Ausland wurde, vgl. §§ 129b Abs. 1, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Den Sachverhaltsangaben nach hatte sich A ganz offensichtlich dem sog. Islamischen Staat verschrieben, der in evidenter Weise als terroristische Vereinigung iSd. § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB einzustufen ist.¹⁷ Eine Beteiligung an einer solchen terroristischen

Vereinigung stellt dabei ebenso wie die Gründung eine taugliche Tathandlung dar.

§ 129a StGB gilt nach § 129b Abs. 1 S. 1 StGB gleichermaßen im Hinblick auf ausländische terroristische Vereinigungen. Da der sog. Islamische Staat außerhalb der EU angesiedelt ist, muss nach § 129b Abs. 1 Satz 2 StGB hinzutreten, dass zumindest die (potenziellen) Opfer Deutsche sind oder sich im Inland befinden, was mit Blick auf frühere (versuchte) Terroranschläge auf deutschem Boden ohne weiteres bejaht werden kann.

Da auch an Vorsatz und Rechtswidrigkeit des A nicht zu zweifeln ist, läge auch mit der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland nach §§ 129b Abs. 1, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB eine iSd. § 127 Abs. 1 StPO taugliche Vortat des A vor.

(3) §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

Weiterhin könnte A versuchter Mord in zahlreichen Fällen an den potenziellen Anschlagopfern in Berlin nach §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB zur Last zu legen sein.

Grundsätzlich kommt vorliegend in Betracht, dass A im Falle der Verwirklichung des Tatplans der Begehung eines Terroranschlags an einem Berliner Flughafen mit Sprengmitteln zahlreiche Menschen getötet und dabei auch Mordmerkmale verwirklicht hätte. Als solche kommen die Merkmale „heimtückisch“, „mit gemeingefährlichen Mitteln“ oder „aus niedrigen Beweggründen“ in Betracht. Heimtücke meint dabei das Kriterium der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.¹⁸ Mit gemeingefährlichen Mitteln bedeutet den Einsatz von Mitteln, deren Wirkung auf Leib oder Leben einer Mehrzahl anderer Menschen der Täter nach den konkreten Umständen nicht in der Hand hat.¹⁹ Niedrige Beweggründe sind alle sonstigen niedrigen Beweggründe jenseits von Mordlust, Habgier oder zwecks Befriedigung des Geschlechtstriebes, die die Motivation der Tat nicht nur als verwerflich darstellen, sondern auf tiefster Stufe stehen und als besonders verachtenswert erscheinen lassen.²⁰ Wer aus terroristischen Motiven gezielt an der politischen Auseinandersetzung unbeteiligte Dritte durch einen Sprengstoffanschlag tötet, handelt sowohl heimtückisch, gemeingefährlich als auch aus niedrigen Beweggründen.²¹ Damit hätte A bei Tatbegehung gleich drei Mordmerkmale erfüllt.

Allerdings hat A nach seiner Vorstellung erkennbar noch nicht die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschritten und konkret zur Tatbegehung angesetzt. Sein Handeln hatte sich bis zum Zugriff der sächsischen Landespolizei in ihrerseits strafbaren Vorbereitungshandlungen erschöpft.

¹⁴ Kritisch zu sehen ist vorliegend auch die mögliche Annahme der Tathandlung des § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB, wonach die „Vorbereitung der Vorbereitung“ unter Strafe gestellt werden soll und auch der Erwerb der wesentlichen Einzelbestandteile für die Herstellung von Sprengstoff strafbar wäre. Dieser Umstand macht nämlich dann keinen Sinn, wenn dieser Sprengstoff – wie in den Bombenbauerfällen der letzten Jahre zumeist der Fall gewesen – aus in Baumärkten und Drogerien völlig legal erwerblichen Substanzen hergestellt werden kann. Schließlich steht dann nicht fest, ob der Täter den iSd. § 89a StGB zu fassenden Vorsatz schon beim Erwerb dieser Substanzen hatte oder erst später. § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB sollte somit nur dann zur Anwendung kommen, wenn schon die Verschaffung der Einzelbestandteile illegal ist oder der Vorsatz für die später geplante schwere Gewalttat beim Erwerb als sicher feststeht.

¹⁵ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 89a Rn. 37; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 89a Rn. 19.

¹⁶ Vgl. OLG München StV 2016, 505; Lohse, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 129a Rn. 33.

¹⁷ Vgl. BGH StraFo 2016, 107 (108); OLG München StV 2016, 505; Lohse, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2017), § 129a Rn. 13.

¹⁸ BGHSt 3, 183 ff.; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 5. Aufl. (2017), § 211 Rn. 46 ff.

¹⁹ BGH NJW 1985, 1477 (1478); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 211 Rn. 11.

²⁰ BGH NJW 1988, 2679 (2682); BGH NStZ-RR 1996, 99; Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 19.

²¹ BGH NJW 2004, 3051 (3056).

Versuchter Mord nach §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB scheidet damit als eine iSd. § 127 Abs. 1 StPO taugliche Vortat des A aus.²²

(4) § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Außerdem wäre an die Vorbereitung eines Explosionsverbrechens nach § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu denken, die dem A hätte vorgeworfen werden können.

A hatte Sprengstoff hergestellt und in seiner Wohnung verwahrt. Dies geschah auch als Vorbereitungshandlung für eine durch Sprengstoff zu begehende Straftat nach § 308 Abs. 1 StGB (Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion). Der objektive Tatbestand war somit erfüllt.

Auf Ebene des subjektiven Tatbestands muss sich der erforderliche Vorsatz nicht nur auf die Tatbegehung als solche erstrecken, sondern auch darauf, dass die Tathandlung der Vorbereitung einer Tat etwa nach § 308 Abs. 1 StGB dient, die dabei in ihren wesentlichen Umrissen schon geplant ist.²³ Am Vorsatz des A ist vorliegend in Anbetracht der Herstellung von Sprengstoff und des Ausbaldowerns eines künftigen Tatorts nicht zu zweifeln.

Da A zudem rechtswidrig gehandelt hat, liegt auch mit der Vorbereitung eines Explosionsverbrechens nach § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine iSd. § 127 Abs. 1 StPO taugliche Vortat des A vor.

Dieser Tatbestand stünde im Falle, dass die Strafverfolgung des A noch möglich gewesen wäre, wohl in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zur Strafbarkeit wegen einer Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland nach §§ 129b Abs. 1, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

(5) §§ 315 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 a) und Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Schließlich könnte an einen versuchten gefährlichen Eingriff in den Luftverkehr nach §§ 315 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 a) und Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB zu denken sein.

Denn durch einen Terroranschlag auf einen Flughafen hätte die Sicherheit des Luftverkehrs beeinträchtigt werden können, sofern Anlagen zerstört oder beschädigt worden wären und der Täter dabei auch in der Absicht gehandelt hätte, einen Unglücksfall herbeizuführen und eine große Anzahl von Menschen gesundheitlich zu schädigen.

Vorliegend ist allerdings die subjektive Tatbestandsseite kritisch zu sehen. Grundlegend müsste es dem A auch darauf angekommen sein, dass durch seinen künftigen Terroranschlag Anlagen des Luftverkehrs beschädigt oder zerstört worden wären. Allerdings stellt sich die Frage, ob ein Berliner Flughafen nicht allein

deshalb zum Ziel werden sollte, weil dort viele Personen zusammenströmen und somit Flughafenanlagen i.e.S. dann wahrscheinlich gar nicht wirklich beeinträchtigt worden wären.

Darüber hinaus würde es erneut (noch) an einem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbegehung fehlen.

Nach alledem scheidet ein versuchter gefährlicher Eingriff in den Luftverkehr nach §§ 315 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 a) und Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB als taugliche Vortat des A iSd. § 127 Abs. 1 StPO aus.

(6) Zwischenergebnis

Als taugliche Vortat des A iSd. 127 Abs. 1 StPO stehen damit die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB, die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland nach §§ 129b Abs. 1, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB und die Vorbereitung eines Explosionsverbrechens nach § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB fest.

bb) Verdachtsgrad

Weiterhin müsste A der ihm vorgeworfenen Taten verdächtig sein. Im Rahmen des Festnahmerechts nach § 127 Abs. 1 StPO ist es nach hM. gar nicht erforderlich, dass feststeht, dass der Täter die Tat begangen hat. Es genügt, dass die erkennbaren äußeren Umstände (aus Sicht des Festnehmenden) einen dringenden Tatverdacht nahelegen.²⁴ Dass eine Mindermeinung dies anders sieht und fordert, dass wirklich eine Straftat begangen worden sein muss²⁵, ist vorliegend letztlich unerheblich. Denn A hatte jedenfalls auch tatsächlich mehrere Straftaten begangen und damit auch dieser Meinung nach die Anforderungen an den spezifischen Verdachtsgrad im Rahmen von § 127 Abs. 1 StPO erfüllt.

Problematisch könnte vorliegend aber sein, dass B die Taten des A gar nicht unmittelbar wahrgenommen hat. Faktisch hat B nur durch den Fahndungsaufruf aus dem Internet erfahren, dass die Polizei den A wegen Terrorverdachts sucht. Die Rechtsprechung verlangt an dieser Stelle gerade wegen der Verknüpfung der „frischen Tat“ mit einem „dringenden Tatverdacht“ aber, dass alle außerhalb der sichtbaren Tat selbst liegenden Beweisanzeichen außer Betracht bleiben.²⁶ Damit stellt sich die Frage, ob der Fahndungsaufruf der Polizei als mittelbarer dringender Tatverdacht auf Seiten des tatsächlich Festnehmenden ausreichend sein kann.

Allerdings ist zu konstatieren, dass die enge Auslegung des Verdachtsgrads seitens der Rechtsprechung nicht zielführend ist, da zumindest das Merkmal der „Verfolgung auf frischer Tat“ ansonsten faktisch leerlaufen würde. Folgerichtig dürfte es somit sein, die Problematik beim Tatbestandsmerkmal der „Frische der Tat“ aufzulösen.

cc) Frische der Tat

Fraglich ist, ob die Tat des A überhaupt noch frisch sein konnte. Schließlich lag (teilweise) zwischen Tatbegehung, Flucht bei

²² Gleiches gilt ersichtlich auch in Bezug auf eine versuchte gefährliche Körperverletzung an den potenziellen Anschlagopfern nach §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 5, 22, 23 Abs. 1 StGB als bloße Durchgangstat zum Tötungsdelikt.

²³ BGH NJW 1977, 540; OLG Karlsruhe StV 2012, 348 (349); Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 310 Rn. 7.

²⁴ BGH NJW 1981, 745; OLG Hamm NStZ 1998, 370; OLG Celle StV 2016, 295 (296); OLG Hamm JA 2016, 150 (151); Hilger, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2007), § 127 Rn. 9; Krauß, in: Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 127 Rn. 3.

²⁵ Tsambikakis, in: Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 127 Rn. 5; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 127 Rn. 4; Posthoff, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 6. Aufl. (2019), § 127 Rn. 8.

²⁶ BGH GA 1974, 177; BayObLG MDR 1986, 956.

versuchter Verhaftung und Überwältigung des A jeweils ein größeres Zeitintervall dazwischen.

„Frisch“ ist eine Tat jedenfalls nur während des Tatvorgangs oder kurz danach. Allerdings ist daran zu denken, dass der Tatbestand des § 127 Abs. 1 StPO nicht nur davon ausgeht, dass der Täter auf frischer Tat betroffen werden, sondern auch, dass er auf frischer Tat verfolgt werden kann.

Auf frischer Tat betroffen wird jemand, wenn er bei der Erfüllung des Straftatbestands oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe gestellt wird.²⁷ Selbst, wenn man bei den Taten des A teilweise (va. mit Blick auf die §§ 129b Abs. 1, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB) von Dauerdelikten ausgehen kann, die es rechtfertigen, dass einzelne Taten immer noch als frisch angesehen werden konnten, als die Landespolizei in Chemnitz anrückte, um A zu verhaften, so muss doch festgestellt werden, dass B den A am nächsten Tag in Leipzig eben nicht mehr in unmittelbarer Nähe zum Tatort gestellt hat.²⁸ Die Variante „auf frischer Tat betroffen“ ist damit jedenfalls nicht einschlägig.

Allerdings kommt womöglich die Variante „auf frischer Tat verfolgt“ in Betracht. Eine Verfolgung auf frischer Tat liegt vor, wenn sich der Täter bereits vom Tatort entfernt hat, sichere Anhaltspunkte aber auf ihn als Täter hinweisen und seine Verfolgung zum Zwecke seiner Ergreifung aufgenommen wird (sog. Nacheile).²⁹ Tatentdeckung und Verfolgung müssen sich dabei nicht unmittelbar aneinander reihen bzw. gibt es keine zeitliche Grenze; Entdecker und Verfolger können ferner unterschiedliche Personen sein.³⁰ Das im Falle der Verfolgung auf frischer Tat im Vergleich zur Variante des „auf frischer Tat betroffen“ einzig verbleibende zeitliche Kriterium der Unmittelbarkeit – vom Kriterium der örtlichen Nähe zur Tat wird hier abgesehen – ist bereits dann erfüllt, wenn die unmittelbare strafrechtliche Verfolgung des Täters aufgenommen wird.³¹

An diesen Kriterien gemessen war es vorliegend für Zwecke der Verfolgung ausreichend, dass die sächsische Landespolizei den A wegen seiner verwirklichten Straftaten verhaften wollte und auch in der Folge weitere polizeiliche Standardmaßnahmen erließ, um den flüchtenden A zu ergreifen.

Fraglich ist aber, wie es sich damit verhält, dass (auch) B nur über den Fahndungsaufruf im Internet erfahren hatte, dass die Polizei den A verfolgt. Hierzu hatte bereits das Reichsgericht in einem Fall entschieden, dass es für die Verfolgung auf frischer Tat im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO genügt, wenn der Festnehmende vom Verfolger oder einem Zwischenmann mit Verfolgungsmaßnahmen beauftragt bzw. veranlasst wurde.³² Passt man diese Aussage an die technischen Möglichkeiten des 21. Jahrhunderts an, bedeutet dies, dass der Fahndungsaufruf per

Internet die Beauftragung mittels eines Zwischenmanns ersetzen kann.

Insgesamt ergibt sich somit, dass an der Frische der Tat nicht zu zweifeln ist, auch wenn als Verfolger zunächst die sächsische Landespolizei aufgetreten und die Festnahme des A dann (auch) durch B erst am Folgetag an einem anderen Ort erfolgt ist.

dd) Zur Festnahme berechtigter Personenkreis

Weiterhin müsste B auch zu demjenigen Personenkreis zählen, der zur Festnahme berechtigt war. Zur Festnahme berechtigt ist jedermann, wobei die Festnahmeberechtigung mit dem Eintreffen der vorher abwesenden Polizei endet. Voraussetzung des Festnahmerechts iSd. § 127 Abs. 1 StPO, bei welchem dem Bürger eine öffentliche Aufgabe übertragen wird³³, ist aber nicht die deutsche Staatsbürgerschaft auf Seiten des Festnehmenden. Jedermann konnte somit auch der syrische Staatsbürger B sein.

ee) Zweck der Festnahme

Ferner müsste B bei der Festnahme des A den Zweck verfolgt haben, den A der Strafverfolgung zuzuführen. Daran bestehen in Anbetracht der Ansprache des B gegenüber C und D keine Zweifel.

ff) Festnahmegrund

Des Weiteren müsste auch ein spezifischer Festnahmegrund bestanden haben. Festnahmegründe sind im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO ein Fluchtverdacht oder die Unmöglichkeit der Identitätsfeststellung. Um die Identitätsfeststellung konnte es vorliegend indes gar nicht mehr gehen, denn der Polizei war die Identität des A bekannt und auch der Fahndungsaufruf im Internet benannte den A mit Klarnamen. Daher konnte es von vornherein nur noch um einen Fluchtverdacht gehen.

Für einen Fluchtverdacht genügt es, dass nach den erkennbaren Umständen des Falls unter Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungen vernünftigerweise die Annahme gerechtfertigt ist, der Täter werde sich der strafrechtlichen Verantwortung durch Flucht entziehen, wenn er nicht alsbald festgenommen wird.³⁴

Vorliegend befand sich A bereits auf der Flucht, so dass ohne weiteres mit der Fortsetzung seiner Flucht zu rechnen war. Insbesondere musste B damit rechnen, dass A bemerken wird, dass er und seine Freunde C und D den Fahndungsaufruf kennen. So ist etwa daran zu denken, dass A etwa in das Zimmer hätte platzen können, in dem B, C und D den Fahndungsaufruf noch gut sichtbar auf dem PC aufgerufen hatten und/oder gerade über die Thematik sprachen. Hätte A bemerkt, dass B, C und D wissen, wer er ist und weshalb er gesucht wird, konnte er keineswegs sicher sein, dass B, C und D ihn nicht an die Polizei ausliefern

²⁷ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 127 Rn. 5; Schultheiß, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 127 Rn. 11.

²⁸ Jedenfalls nach hier vertretener Auffassung reicht auch ein (insbesondere nicht visibles) Dauerdelikt nicht aus, um die Variante „auf frischer Tat betroffen“ in extenso auszudehnen. Möglicherweise wäre dies aber anders zu bewerten, wenn A Tatmittel im engen Zusammenhang mit einem Dauerdelikt fortwährend mit sich herumgetragen hätte.

²⁹ Hermann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. (2017), § 127 Rn. 21; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 127 Rn. 6.

³⁰ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 127 Rn. 6; Krauß, in: Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 127 Rn. 5; Posthoff, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 6. Aufl. (2019), § 127 Rn. 9.

³¹ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2007), § 127 Rn. 15.

³² Vgl. RGSt 60, 67 (68 f.); dazu auch Paeffgen, in: Systematischer Kommentar zur StPO, 4. Aufl. (2010), § 127 Rn. 14a. An dieser Stelle liegt der eigentliche „Knackpunkt“ der Klausur!

³³ RGSt 17, 127; Hermann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. (2018), § 127 Rn. 10; Schultheiß, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 127 Rn. 6.

³⁴ BGH NStZ 1992, 27; BGH NStZ-RR 2002, 336; Krauß, in: Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 127 Rn. 6.

würden. Somit musste auch B vernünftigerweise davon ausgehen, dass A dann schleunigst die Wohnung verlassen hätte und weiter geflüchtet wäre.

Der Festnahmegrund bestand daher.

gg) Festnahmeakt

Schließlich müssten das sich auf den A Legen und die Fesselung des A als zulässige Festnahmeakte anzusehen sein.

Grundsätzlich ist es so, dass dem Festgenommenen klar sein muss, dass die gegen ihn gerichtete Maßnahme eine vorläufige Festnahme darstellt und was der Anlass dieser Festnahme ist.³⁵ Der Sachverhalt liefert zwar keine Angaben dahingehend, ob dem A bei seiner Überwältigung erklärt wurde, dass er wegen des Fahndungsaufrufs der Polizei und damit wegen des Terrorverdachts in Bezug auf seine Person vorläufig festgenommen werde. Allerdings ist von erst seit kurzem im deutschen Rechtsraum befindlichen Personen wohl schwerlich zu erwarten, dass sie die genauen Details von § 127 Abs. 1 StPO kennen. Zudem ist der vorliegende Fall anders gelagert als der typische Fall, bei dem etwa B, C und D einen nichtsahnenden Passanten auf offener Straße angegangen hätten, um diesen festzunehmen. Ein solcher Passant würde zulässigerweise von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen können, sofern kein Hinweis auf ein Festnahmerecht erfolgt. A hingegen konnte sehr wohl wissen, warum er überwältigt wird und dass es dabei um seine terroristischen Vortaten geht.

hh) Verhältnismäßigkeit der Festnahme

Fraglich ist aber, ob die Festnahme des A in verhältnismäßiger Weise bewerkstelligt wurde. Schließlich wurde körperliche Gewalt eingesetzt und die Fesselungsmaßnahme dauerte ca. zwei Stunden an.

Demgegenüber ließe sich argumentieren, dass B mit seinen Freunden C und D zu dritt war und es damit auch als milderes Mittel möglich war, den A zunächst mit dem Sachverhalt zu konfrontieren und ihn dann zum Aufgeben aufzufordern und telefonisch die Polizei zu verständigen. Hätte A dann die Wohnung zum Zwecke der Flucht verlassen wollen, hätten B, C und D ihn immer noch aufgrund ihrer Übermacht und notfalls mit Gewalt am Verlassen der Wohnung hindern können.

Allerdings ist es dem Festnehmenden im Rahmen von § 127 Abs. 1 StPO gestattet, auch ohne Vorankündigung Zwangsmaßnahmen anzuwenden, darunter auch den Einsatz von körperlicher Gewalt.³⁶ Daran gemessen sind die Festnahmeumstände unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht zu beanstanden. Auch in Bezug auf die ca. zwei Stunden andauernde Fesselung des A ist zu berücksichtigen, dass die Polizei eben nicht schneller herbeizurufen war. Ein Abnehmen der Fesseln nach einem gewissen Zeitraum und damit gleichbedeutend voraussichtlich ein Fluchtversuch des A und eine Eigengefährdung von B, C, und D war demgegenüber nicht hinzunehmen.

³⁵ KG StV 2001, 260 (261); Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2016), § 127 Rn. 12.

³⁶ Vgl. BGH NStZ 2000, 603; OLG Karlsruhe NJW 1974, 806; Tsambikakis, in: Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 127 Rn. 8.

³⁷ Vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. (2018), § 240 Rn. 63; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 240 Rn. 41.

b) Zwischenergebnis

Das Handeln des B ist somit nach § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt.

3. Ergebnis

B hat sich daher insgesamt nicht nach § 239 Abs. 1 StGB wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B aus § 240 Abs. 1 StGB wegen Nötigung

Womöglich könnte sich B aber wegen Nötigung zu Lasten des A nach § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, als er sich auf ihn legte und an der Fesselung mitwirkte.

Zwar wäre tatsächlich daran zu denken, dass das sich auf den A Legen und die Fesselung eine Nötigung unter Einsatz von Gewalt zur Duldung der zeitweiligen Freiheitsberaubung durch A bedeuten kann. Allerdings würde § 240 Abs. 1 StGB in diesem Fall auf Konkurrenzebene sowieso von § 239 Abs. 1 StGB verdrängt.³⁷ Zudem zeigt der Fall der Erschöpfung des Vorsatzes auf die Nötigung als Mittel der tatbestandlichen Begehung einer Freiheitsberaubung, die enge Verklammerung dieser beiden Tatbestände in einem Fall wie vorliegend. Das legt wiederum nahe, dass auch die Ausführungen zur Rechtswidrigkeit linear übertragbar sind, das Handeln des B somit jedenfalls iSd. § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt wäre, selbst wenn man § 240 Abs. 1 StGB tatbestandlich für einschlägig halten wollte.

Im Ergebnis hat sich B nicht wegen Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des B aus § 223 Abs. 1 StGB wegen Körperverletzung

Weiterhin käme in Betracht, dass sich B insbesondere durch die ca. zwei Stunden andauernde Fesselungsmaßnahme wegen Körperverletzung in Bezug auf A nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

§ 223 Abs. 1 StGB ist hinsichtlich der Tathandlungen dann erfüllt, wenn es beim Tatopfer zu einer körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung gekommen ist. Eine Gesundheitsschädigung, also jedes Steigern oder Hervorrufen eines krankhaften Zustandes³⁸, ist von vornherein nicht erkennbar. Wohl aber könnte eine körperliche Misshandlung gegeben sein. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das Opfer in seinem körperlichen Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.³⁹ Durch die ca. zwei Stunden andauernde Fesselungsmaßnahme wird auch von einer körperlichen Misshandlung des A auszugehen sein.

Allerdings ist auch diese iSd. § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt. Insbesondere die vergleichsweise geringfügige Körperverletzung stellt sich – auch in Anbetracht der Gesamtumstände und der Schwere der dem A vorwerfbaren Taten – noch als verhältnismäßig dar.

³⁸ BGH NJW 1989, 781 (782 ff.); BGH NJW 1998, 833 (835); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 223 Rn. 24.

³⁹ BGH NJW 1991, 2918 (2919); BGH StV 2001, 680; Dölling, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 223 StGB Rn. 4.

IV. Strafbarkeit des B aus § 201a Abs. 1 und Abs. 2 StGB wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen

Womöglich könnte sich B aber nach § 201a Abs. 1 und Abs. 2 StGB wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen strafbar gemacht haben, indem (auch) er nach dessen Überwältigung mit dem Smartphone des A ein Bild von ihm anfertigte und anschließend an einen anderen syrischen Flüchtling per WhatsApp übermittelte, damit dieser es der Polizei zeigen konnte.

1. Tatbestand

B müsste wiederum zunächst tatbestandlich gehandelt, also den objektiven und subjektiven Tatbestand von § 201a Abs. 1 und Abs. 2 StGB verwirklicht haben.

Fraglich ist aber bereits, ob der objektive Tatbestand erfüllt ist.

Tathandlung von § 201a Abs. 1 StGB ist das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich insbesondere in einer Wohnung befindet, sofern dadurch ihr höchstpersönlicher Lebensbereich verletzt wird. Tathandlung von § 201a Abs. 2 StGB ist zudem das Gebrauchmachen oder einem Dritten Zugänglichmachen dieser Bildaufnahme.

Unzweifelhaft hat (auch) B eine Bildaufnahme von A in einer Wohnung hergestellt und per WhatsApp an eine andere Stelle übertragen. Jedenfalls wurde diese Bildaufnahme auch gebraucht und einem Dritten (dem weiteren syrischen Flüchtling/Anzeigsteller) zugänglich gemacht.

Problematisch könnte auf der Ebene des objektiven Tatbestands einzig sein, ob der höchstpersönliche Lebensbereich des A hierdurch verletzt wurde. Zum gleichwohl schwer abgrenzbaren höchstpersönlichen Lebensbereich zählt jedenfalls der Kernbereich privater Lebensführung, insbesondere was Krankheit, Tod, Sexualität und Teile des Familienlebens anbelangt.⁴⁰ Daran gemessen ergibt sich nicht, dass der höchstpersönliche Lebensbereich des A durch die Bildaufnahme seiner Person und die entsprechende Verwendung verletzt wurde.

Hinweis

Schwierig zu beurteilen wäre im Übrigen, ob die Bildanfertigung noch von § 127 Abs. 1 StPO gedeckt wäre. Streng genommen diene die Bildanfertigung und Übermittlung an einen anderen Flüchtling nämlich nicht mehr der Festnahme i.e.S. An sich wäre es B, C und D stattdessen möglich gewesen, dass einer von Ihnen per Telefon oder persönlich die Polizei informiert. Zumal davon auszugehen ist, dass zumindest einer von ihnen auf Deutsch oder Englisch mit der Polizei hätte kommunizieren können. Gleichwohl hätte sich die Straffreiheit dann wohl unter Anwendung der an dieser Stelle den Vorsatz von B ausschließenden Irrtumslehre nach Maßgabe eines Erlaubnistatbestandsirrtums ergeben.

Somit ist bereits der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

B hat sich auch nicht nach § 201a Abs. 1 und Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

V. Ergebnis in Bezug auf B

B hat sich im vorliegenden Fall damit insgesamt nicht strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit von C und D

Da es wie unter A. gezeigt grundlegend an einer Straftat fehlt, bei der C und D mit B zur gemeinsamen Tatbegehung auf Basis eines gemeinsamen Tatplans bewusst und gewollt zusammenwirken konnten (Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB) und keine im Vergleich zu B abweichenden Tathandlungen erkennbar sind, haben sich auch C und D nicht strafbar gemacht.

C) Gesamtergebnis

B, C und D haben sich nicht strafbar gemacht. Die straffreie Festnahme eines Terrorverdächtigen durch jedermann ist auch in der hier wahrscheinlich sehr atypischen Variante der Nacheile möglich.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



⁴⁰ Graf, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 201a Rn. 45 ff.; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 201a Rn. 14.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Ein Maschendrahtzaun vor dem BGH

Urteil vom 20. Oktober 2017, Az.: V ZR 42/17

1. Bei einer schon länger bestehenden Einrichtung, die sich wegen ihrer Vorteilhaftigkeit für beide Seiten objektiv als Grenzeinrichtung darstellt, spricht eine Vermutung dafür, dass sie mit dem Willen beider Nachbarn errichtet worden ist.

2. Das Erscheinungsbild einer Grenzeinrichtung ist Bestandteil ihrer Zweckbestimmung und kann von der ihr immanenten Ausgleichsfunktion zwischen den Interessen der Grundstücksnachbarn nicht getrennt werden. Es kann daher ohne Zustimmung des Nachbarn nicht verändert werden

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, die durch einen Maschendrahtzaun mit einer Höhe von 0,65 m bis 1,07 m getrennt werden, der in seinem Verlauf die Grundstücksgrenze schneidet. Die Mieter (M) des Grundstücks des Beklagten (B) errichteten unmittelbar hinter dem Maschendrahtzaun ohne Zustimmung der Kläger einen zunächst elf Meter langen, später auf zwanzig Meter verlängerten Holzflechtzaun mit einer Höhe von 1,80 m. Der Kläger (K) verlangt Beseitigung des Holzzauns.

B) Die Entscheidung des Senates

K könnte gegen B einen Anspruch auf Beseitigung des Holzzauns gemäß § 1004 BGB haben.

I. Eigentumsbeeinträchtigung

K ist Eigentümer des Nachbargrundstücks. Fraglich ist allerdings, ob dieses durch die Errichtung des Holzzauns beeinträchtigt ist, welcher ja auf dem Grundstück der B errichtet wurde. Ästhetische oder negative Immissionen werden von der überwiegenden Meinung nicht als Beeinträchtigung angesehen.

Allerdings könnte sich die Beeinträchtigung hier daraus ergeben, dass der Maschendrahtzaun auf der Grenze in seiner Funktion beeinträchtigt wird (§ 922 S.3 BGB).

1. Der Maschendrahtzaun als Grenzeinrichtung

Dazu müsste es zunächst um eine Grenzeinrichtung handeln iSd. § 921 BGB handeln.

Der BGH stellt fest:

„Für das Vorliegen einer Grenzeinrichtung im Sinne des § 921 BGB ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass die auf der Grundstücksgrenze gelegene Einrichtung ihrer objektiven Beschaffenheit nach dem Vorteil beider Grundstücke dient. So genügt etwa für die Annahme einer Grenzeinrichtung eine zur gemeinsamen Benutzung verwendete und eingerichtete Fläche. Hierunter fällt

etwa ein von den Grundstücksnachbarn gemeinsam benutzter Zufahrtsweg, auch wenn er nicht geeignet ist, den genauen Grenzverlauf zu markieren, sondern anderen Zwecken dient. Der Vereinbarung einzelner Funktionen einer Grenzeinrichtung bedarf es daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht.“

2. Einverständnis des A mit der Einrichtung

Problematisch hier ist das Vorliegen eines Einverständnisses mit der Errichtung. Dafür spricht allerdings, so der BGH, eine Vermutung:

„Nach einer verbreiteten Auffassung enthält § 921 BGB eine gesetzliche Vermutung, die sich nicht nur - wie der Wortlaut nahelegt - auf die Berechtigung zur gemeinschaftlichen Nutzung der Grenzeinrichtung bezieht, sondern auch die Vermutung umfasst, dass diese mit dem Einverständnis der Nachbarn errichtet worden ist. Danach hätte der Nachbar, der eine Grenzeinrichtung verändern oder beseitigen will, nach § 292 Satz 1 ZPO den Vollbeweis für das Fehlen der einvernehmlichen Errichtung der Anlage zu erbringen (BeckOGK/Vollkommer, 1.11.2017, BGB § 921 Rn. 17 f.; Grziwotz in Grziwotz/Lüke/Saller, Praxishandbuch Nachbarrecht, 2. Aufl., 2. Teil Rn. 63; MüKoBGB/Brückner, 7. Aufl., § 921 Rn. 12 f.; Staudinger/Roth, BGB [2016], § 921 Rn. 9). Demgegenüber will eine andere Meinung nur von einer tatsächlichen Vermutung für ein Einverständnis des Nachbarn mit der Errichtung der Grenzeinrichtung ausgehen (Soergel/Baur, BGB, 13. Aufl., § 921 Rn. 5).

Richtig ist, dass bei einer Einrichtung, die sich wegen ihrer Vorteilhaftigkeit für beide Seiten objektiv als Grenzeinrichtung darstellt, eine Vermutung dafür spricht, dass sie mit dem Einverständnis beider Nachbarn errichtet worden ist. Denn die Regelung in den §§ 921, 922 BGB haben zum Ziel, Streit über Vorgänge in der Vergangenheit zu vermeiden (so zutreffend MüKoBGB/Brückner, 7. Aufl., § 921 Rn. 12); eine scheinbare Grenzeinrichtung soll im Zweifel als eine wirkliche gelten (so im Zusammenhang mit dem Grenzverlauf ausdrücklich Motive III, S. 275 f.; vgl. auch Protokolle III, S. 131). Das lässt sich nur erreichen, wenn auch die einvernehmliche Errichtung vermutet wird.

Ob es sich dabei um eine gesetzliche oder um eine tatsächliche Vermutung handelt bedarf keiner Entscheidung. Von einer einverständlich errichteten Grenzeinrichtung ist hier nämlich auch dann auszugehen, wenn für das Einverständnis nur eine tatsächliche Vermutung im Sinne einer Beweiserleichterung sprechen sollte. Denn die Revision zeigt keinen zur Erschütterung einer solchen Vermutung geeigneten Vortrag des Beklagten auf. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts konnte keine der Parteien darlegen, von wem der Maschendrahtzaun, dessen Alter mindestens 30 Jahre beträgt, errichtet wurde und welche Kenntnis die damaligen Grundstückseigentümer von dessen Verlauf hatten. Der

bloße Hinweis des Beklagten auf einen fehlenden Vortrag der Kläger und den nicht erbrachten Nachweis des Einverständnisses des damaligen Eigentümers des Nachbargrundstücks mit der Errichtung des Zauns ist beider Annahme einer tatsächlichen Vermutung unerheblich.“

Damit wird hier das Einverständnis mit der Errichtung vermutet.

3. Beeinträchtigung der Grenzeinrichtung

Allerdings ist damit die Frage noch nicht beantwortet, ob die Grenzeinrichtung auch hier beeinträchtigt wird; immerhin ist der Maschendrahtzaun nicht in seiner Substanz angegriffen worden.

Der BGH stellt hierzu entgegen dem Berufungsurteil fest:

„Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich die mit einer Grenzeinrichtung verbundene Zweckbestimmung bereits aus deren objektiver Beschaffenheit; diese lässt sich nicht von optisch-ästhetischen Gesichtspunkten trennen.

Auch ist die Grenzeinrichtung in ihrer gesamten Beschaffenheit geschützt. Der in § 922 Satz 3 BGB vorgesehene Bestandsschutz ist nicht auf die Substanz der Grenzeinrichtung beschränkt. Die Vorschrift will auch die Aufhebung oder Minderung des Bestimmungszwecks der Einrichtung und deren Brauchbarkeit in dem bisherigen Umfang für diesen Zweck zum Nachteil des Nachbarn verhindern). Geschützt ist dabei auch das nach außen hervortretende Bild der Grenzanlage vor Veränderungen. Das Erscheinungsbild einer Grenzeinrichtung ist Bestandteil ihrer Zweckbestimmung und kann von der ihr immanenten Ausgleichsfunktion zwischen den Interessen der Grundstücksnachbarn nicht getrennt werden. Es kann daher ohne Zustimmung des Nachbarn nicht verändert werden. Die Ausgleichsfunktion umfasst rein optisch-ästhetische Gesichtspunkte, kann aber auch darüber hinausgehen. So kann das äußere Erscheinungsbild auch Bedeutung für den Lichteinfall auf ein Grundstück oder für gestalterische Aspekte, etwa der Erhaltung einer räumlich großzügigen Wirkung einer Außenfläche, haben. Wegen dieser Teilhabe an dem Bestandsschutz einer Grenzanlage nach § 922 Satz 3 BGB bestehen entgegen der Ansicht der Beklagten keine Bedenken gegen den hier geltend gemachten Beseitigungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG. Die Regelungen der §§ 921, 922 BGB sind Ausprägungen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.“

Daher gilt:

„Eine Beeinträchtigung der Grenzeinrichtung ist gegeben. Mit dem niedrigen Maschendrahtzaun ist eine verhältnismäßig unauffällige Art der Markierung der Grundstücksgrenze verbunden, während sich der nun unmittelbar anschließende 1,80 m hohe Holzflechtzaun auf dem Grundstück des Beklagten als eine besonders markante Abgrenzung zum Grundstück der Kläger darstellt.“

II. Störereigenschaft des B

Zudem muss der Beklagte auch als Störer anzusehen sein, was hier der Prüfung bedarf, da nicht er, sondern sein Mieter den Zaun gebaut hatte.

Dazu der BGH:

„Diese Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes des Maschendrahtzauns ist dem Beklagten als Störer zuzurechnen. Zwar wurde die Veränderung des Erscheinungsbildes nicht unmittelbar durch Handlungen des Beklagten, sondern durch die Mieter seines Grundstücks bewirkt. Handlungsstörer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB ist aber auch derjenige, der die Beeinträchtigung durch einen anderen in adäquater Weise durch seine Willensbetätigung verursacht und in der Lage ist, die unmittelbar auftretende Störung zu verhindern. Der Eigentümer kann daher für Störungshandlungen seines Mieters nach § 1004 BGB verantwortlich gemacht werden, wenn er dem Mieter den Gebrauch seiner Sache mit der Erlaubnis zu der störenden Handlung überlassen hat oder wenn er es unterlässt, den Mieter von unerlaubtem, fremdes Eigentum beeinträchtigenden Gebrauch der Mietsache abzuhalten. Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor. Der Beklagte hat es bislang unterlassen, auf die Mieter mit dem Ziel der Beseitigung der Störungen einzuwirken, sondern sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt, dass ein Beseitigungsanspruch der Kläger nicht bestehe.“

Ein Anspruch aus § 1004 S.1 iVm. 922 S.3 BGB besteht daher.

Abschließende Hinweise für Studierende

Die Entscheidung behandelt klassische sachenrechtliche Probleme des Nachbarrechts in einer ungewohnten Einkleidung, nämlich im Zusammenhang mit einer Grenzeinrichtung.

Dabei wird man vom Bearbeiter den Streit um die Rechtsnatur der Vermutung des Einverständnisses sicherlich nicht erwarten können; auf diesen kam es allerdings auch nicht an. Standardwissen für das Examen ist hingegen die Prüfung der Beeinträchtigung im Rahmen des § 1004, was in diesem Fall sorgfältig diskutiert werden muss. Ein „Klassiker“ ist ebenfalls die Frage der Störereigenschaft des Eigentümers, wenn die Handlung nicht von ihm ausging.

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

Professor

Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Hamm

Pferdetausch – vertauscht!

Urteil vom 04. April 2019, Az.: 5 U 40/18

Irrt sich der Übergeber eines Pferdes bei Übereignung über dessen Identität, kann hierin sowohl ein Erklärungs- als auch ein Eigenschaftsirrtum gesehen werden

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

K aus Aachen und der im Westen der Niederlanden wohnende B kamen nach längeren Vertragsverhandlungen überein, zwei Pferde miteinander zu tauschen. K sollte B das Pferd F übergeben und im Gegenzug sollte K von B das Pferd H bekommen. Hierbei wurden jeweils die Daten zur Zuchtlinie und den Verfahren per E-Mail ausgetauscht. Die ausgetauschten Stammdaten (Eltern, Alter etc.) passten zum Pferd F.

Aufgrund der räumlichen Entfernung bat B den K, ihm ein Foto der Stute F zu übersenden. Aufgrund eines Versehens eines Mitarbeiters des K wurde nicht die Stute F, sondern die Stute G fotografiert und dem B ein Foto der Stute G (die etwas jünger als F war und eine andere Mutter, aber den gleichen Vater hatte) per E-Mail übersandt.

Vor dem Austausch der Pferde, wollte B das ihm zustehende Pferd noch einmal überprüfen und mit dem übersandten Bild abgleichen. Durch einen erneuten Irrtum bei dem Mitarbeiter des K wurde dem B wiederum die Stute G vorgeführt. B glich diese mit dem Foto ab und war zufrieden. Die Parteien waren sich hierbei einig, dass B dieses Pferd im Austausch für H erhalten solle. K ging dabei davon aus, dass es sich um das in der E-Mail mit Stammbaum beschriebene Pferd F handele und nicht um das tatsächlich vorgeführte Pferd G.

Anschließend unterzeichneten die Parteien einen Tauschvertrag, in dem die Pferde H und F (jeweils unter der genauen Bezeichnung mit Angabe der Eltern etc.) zum Tausch vereinbart wurden. Das Geschäft wurde vollzogen. Hierbei wurden dem B das Pferd G übergeben zusammen mit dem Equidenpass (=Identifikationspapier) des Pferdes F. B verbrachte das Pferd G und den Equidenpass für das Pferd F in die Niederlande. Dort las B den in dem übergebenen Pferd zu Identifikationszwecken implantierten Mikrochip aus und stellte fest, dass der ihm überreichte Equidenpass nicht zu dem ihm übergebenen Pferd gehörte.

C) Die Entscheidung des Senates

Fraglich war damit ein Anspruch des K gegen den B auf Herausgabe der Stute G gem. § 985 BGB. Voraussetzung dafür ist, dass K noch Eigentümer ist und B Besitzer, ohne dass er ein Recht zum Besitz hat.

I. Eigentum des K

Ursprünglich war K Eigentümer der Stute. Er könnte das Eigentum jedoch an B durch Einigung und Übergabe gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Die erforderliche Übergabe ist erfolgt. Fraglich ist jedoch, ob sich K und B über den Übergang des Eigentums gerade der Stute G einig waren. Hierfür spricht, dass die Vorstellung des K und des B bei Übergabe darauf gerichtet war, dass gerade das übergebene Pferd, also die Stute G, auch übereignet werden sollte. Es liegt also auch eine Einigung zwischen K und B bzgl. der Stute G vor.

Die Wirkung der Einigung könnte jedoch rückwirkend gem. § 142 Abs. 1 BGB entfallen sein, wenn K die Übereignungserklärung wirksam angefochten hat, weil er sich über die Identität der übereigneten Stute im Irrtum befand.

„Der [K] behauptet einen Irrtum bzw. eine falsche Vorstellung über die Identität des Geschäftsgegenstandes ("error in objecto"), nämlich des übereigneten Pferdes.

Ein derartiger Irrtum dürfte einen Inhaltsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 1 S. 1 Alternative 1 BGB darstellen, wobei die Abgrenzung zwischen einem Inhaltsirrtum und einem Eigenschaftsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB in einem solchen Fall schwierig sein kann [...].

Bei einem Inhaltsirrtum entspricht der äußere Tatbestand der Erklärung dem Willen des Erklärenden. Dieser irrt aber über die Bedeutung oder Tragweite der Erklärung. Er weiß also was er sagt, weiß aber nicht, was er damit sagt. [...]

Dem gegenüber stimmen bei einem Eigenschaftsirrtum Wille und Erklärung überein. Der Erklärende irrt nicht über die Erklärungsbehandlung oder den Erklärungsinhalt, sondern über Eigenschaften des Geschäftsgegenstandes und damit über die außerhalb der Erklärung liegende Wirklichkeit. Es handelt sich also um einen ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum [...]

Der skizzierte Abgrenzungsstreit kann hier dahingestellt bleiben. Nach seiner Darstellung will der [K] nämlich bei der Abgabe der Einigungserklärung im Sinne von § 929 S. 1 BGB davon ausgegangen sein, nicht die Stute "G", sondern die Stute "F" mit einem ganz bestimmten Alter (3,5 Jahre) und einem ganz bestimmten Stammbaum (Mutter: "Q2"; Vater und Großvater: "Q") zu übereignen. Dem gegenüber war die Stute "G" im Dezember 2016 erst 2,5 Jahre alt, ihre Mutter war "X" und ihr Vater ebenfalls "Q".

Alter und Stammbaum sind bei einem Pferd wertbildende Merkmale und daher verkehrswesentliche Eigenschaften im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB [...].“

Ein Anfechtungsgrund liegt damit vor. Da K die Erklärung auch unmittelbar nach Bemerkung des Irrtums gegenüber B angefochten hat, ist die Anfechtung bzgl. der Einigung iSd. § 929 S. 1 BGB wirksam und führt gem. § 142 Abs. 1 BGB zur ex tunc Unwirksamkeit der Übereignung. Damit ist weiterhin K Eigentümer des besagten Pferdes.

II. Recht zum Besitz des B (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB)

Fraglich ist jedoch, ob B ein Recht zum Besitz aus dem Tauschvertrag hat. Hierzu ist anzumerken, dass im Tauschvertrag jedoch die Stute F beschrieben ist, so dass dieser Vertrag lediglich ein Recht zum Besitz der Stute F, nicht aber der Stute G vermitteln konnte. Hier ließe sich allenfalls argumentieren, dass sich der Tauschvertrag ebenfalls auf die Stute G beziehen sollte, da dieser in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Übergabe der Stute G geschlossen wurde und beide Parteien wohl davon ausgingen, dass der Tauschvertrag eben dieses Pferd betreffen sollte („falsa demonstratio non nocet“). Da jedoch die Merkmale inklusive des Stammbaums präzise im Vertrag angegeben sind, sprechen die besseren Argumente dafür, dass der Wille des K darauf gerichtet war, den Vertrag bzgl. des dort umschriebenen Pferdes zu schließen mit eben diesen Merkmalen. Ein Recht zum Besitz scheidet somit aus.

III. Ergebnis

K hat damit gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Stute G.

Abschließende Hinweise für Studenten

Auch die Einigung iSd. § 929 S. 1 BGB setzt sich aus zwei Willenserklärungen zusammen, so dass auch diese Willenserklärungen jeweils Gegenstand einer Anfechtung sein können. Die Beispielfälle in der Literatur wirken hierzu meist sehr gekünstelt. Umso erfreulicher ist es, wenn die Praxis doch einmal einen realen Fall produziert, in dem die Anfechtung der Einigungserklärung relevant wird. Das erhöht auch die Wahrscheinlichkeit, dass ein solcher Fall zum Gegenstand einer Examensklausur gemacht wird. Bedauerlich ist deshalb, dass sich das OLG um eine präzisere Abgrenzung von § 119 Abs. 2 BGB und § 119 Abs. 1 BGB gedrückt hat. Meines Erachtens ist der Fall vorliegend „Übereignung der Stute G im Glauben daran, es handele sich um Stute F“ ein klassischer Fall des Inhaltsirrtums. Die Vorstellung bzgl. der Eigenschaften der übereigneten Stute spielt idR. im Rahmen der Übereignung keine Rolle, denn der Übergeber will in der Regel gerade dieses übergebene Tier übereignen – unabhängig von dessen Eigenschaften. Sei's drum: Hier geht es in der Examensklausur lediglich darum zu argumentieren und damit Punkte zu sammeln. Die Einordnung (auch) als Eigenschaftsirrtum ist sicherlich ebenfalls vertretbar.

Die Entscheidung enthält noch einige weitere „Kniffe“, die ich aus Gründen der Übersichtlichkeit gekürzt habe, im Folgenden aber kurz angesprochen werden sollen, weil sie durchaus ebenfalls zum Inhalt einer Examensklausur gemacht werden können. Im Rahmen des Prozessverlaufs hatte B die ihm fälschlich überlassene Stute zurückgegeben, den Prozess aber fortgeführt. Dazu äußert sich das Gericht wie folgt:

„Eine Erfüllung im Sinne von § 362 BGB liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht vor, wenn der Schuldner in der Weise unter Vorbehalt leistet, dass den Leistungsempfänger in einem späteren Rückforderungsstreit auch die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs treffen soll. Ein Vorbehalt dieser Art lässt die Schuldtilgung in der Schwebe und schließt darum die Erfüllung nach § 362 BGB aus. Er ist vor allem dann anzunehmen, wenn der Schuldner während eines Rechtsstreits – etwa zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel – leistet und den Rechtsstreit gleichwohl fortsetzt“

Eine Erfüllung kann also dann nicht erfolgen, wenn der Leistende in irgendeiner Form unter Vorbehalt leistet. Der Empfänger der Leistung muss vielmehr davon ausgehen können, dass er das zur Erfüllung geleistet auch behalten darf.

Interessant ist auch der internationale Einschlag des Falles, der Aufgabensteller dazu verleiten könnte, auch die Grundzüge des IPR und des internationalen Zivilverfahrensrechts abzufragen. Grundsätzlich wäre B hier nämlich vor einem niederländischen Gericht zu verklagen gewesen, da gem. Art. 5 Abs. 1 EuGVVO grundsätzlich die Gerichte des Wohnsitzstaates des Beklagten zuständig sind. Der Vertrag enthielt im Originalsachverhalt allerdings eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts und eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des Landgerichts Essen, was gem. Art. 25 Abs. 1 EuGVVO zulässig ist. Das anwendbare Recht ergibt sich aus der Rechtswahl, die gem. Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO zulässig ist.

Die Klausur ließe sich zusätzlich auch noch dadurch verlängern, dass nach erfolgreicher Anfechtung entsprechende Schadensersatzansprüche für Transportkosten, Tierarztkosten etc. geltend gemacht werden. Die bei Anfechtung einschlägige spezielle Anspruchsgrundlage § 122 Abs. 1 BGB sollte selbstredend jedem Examenskandidaten ein Begriff sein.

Dr. Julius Forschner, LL.M. (Cambridge)

Notarassessor
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**



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



MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

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

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Keine Rettungspflicht des Arztes bei freiverantwortlichem Suizid

Urteil vom 03 Juli 2019, Az.: 5 StR 132/18

Auch nach Verlust der Handlungsherrschaft des Suizidenten trifft einen anwesenden Arzt im Falle freiverantwortlicher Suizidentscheidung keine Pflicht zur Vornahme von Rettungshandlungen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

Die 85-jährige A und die 81-jährige B, die gemeinsam eine Eigentumswohnung bewohnten, ihren Haushalt noch weitgehend eigenständig führten und auch ansonsten noch verhältnismäßig aktiv am gesellschaftlichen Leben teilnahmen, entschlossen sich, gemeinsam aus dem Leben zu scheiden. Hintergrund dieser Entscheidung war bei beiden Frauen ihr sich stetig verschlechternder Gesundheitszustand, der sich deutlich spürbar auf die Lebensqualität auswirkte und die persönlichen Handlungsmöglichkeiten stark einschränkte. Ein Umzug in ein Pflegeheim oder auch nur die Hinzuziehung einer häuslichen Pflegekraft war für beide Frauen, die sich über diese Möglichkeiten durchaus informiert hatten, letztlich keine Option. Auch befürchteten sie, die jeweils andere (Mit-)Bewohnerin mit der ggf. notwendig werdenden Pflege physisch und psychisch zu überfordern. Nachdem die Frauen Kontakt zu einem Sterbehilfeverein aufgenommen hatten, wurden sie von diesem zunächst an T verwiesen, einem approbierten Facharzt für Neurologie und Psychiatrie. Dieser hatte sich schon seit Jahren auf die Erstellung neurologischer und psychiatrischer Gutachten über die Urteils- und Einsichtsfähigkeit von Suizidwilligen sowie über die Wohlwogenheit ihres Suizidbeihilfewunsches spezialisiert. Er kam nach Gesprächen mit den Frauen zu dem Schluss, dass diese uneingeschränkt einsichts- und urteilsfähig seien. Bereits im Rahmen dieser Gespräche betonten die Frauen ihren – ohnehin – feststehenden Entschluss, aus dem Leben zu scheiden. T wies in den Gesprächen mit A und B auch auf Alternativen (Pflegeheim, häusliche Pflege etc.) hin, konnte aber auch dadurch nichts an der Haltung der Frauen ändern. Nachdem A und B ihn mehrfach darum gebeten hatten, willigte T schließlich ein, sie während des Suizids zu begleiten. An dem der Selbsttötung vorhergehenden Tag verfassten die Frauen noch schriftliche Erklärungen, in denen sie – auch unter Verweis auf ihre entsprechend lautenden Patientenverfügungen – jegliche Rettungsmaßnahmen untersagten. Daneben verfassten sie Abschiedsbriefe an Angehörige und Freunde. Schließlich bereiteten A und B – am vorher bestimmten Tag – unter Mithilfe des T tödliche Medikamentenlösungen zu, indem sie die bereit liegenden Medikamente zerkleinerten und in Wasser auflösten. Die Frauen nahmen die Lösungen, nachdem sich T nochmals ausdrücklich nach der Ernsthaftigkeit ihres Sterbewunsches versichert hatte, selbstständig zu sich und schliefen bereits kurze Zeit später ein. Nach dem Bewusstseinsverlust von A und B bestand nur noch eine äußerst

geringe Chance, ihre Leben zu retten. Für den unwahrscheinlichen Fall des – rettungsbedingten – Überlebens wären schwere Hirnschäden die Folge gewesen. T blieb bis zum Todeseintritt, ca. eine Stunde nach der Medikamenteneinnahme, untätig.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht Hamburg hatte den Angeklagten T wegen des Anklagevorwurfs, wie er sich nach Zulassung durch das Hanseatische Oberlandesgericht darstellte, freigesprochen: T habe sich weder wegen versuchter Tötung auf Verlangen durch Unterlassen noch wegen Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch strafbar gemacht.

Gegen diese Entscheidung richtete sich die auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft, die – entsprechend ihrer ursprünglichen Anklage – eine Verurteilung des Angeklagten wegen (gemeinschaftlichen) Totschlags in mittelbarer Täterschaft in zwei tateinheitlichen Fällen erstrebte.

C) Die Entscheidung des Senates

Der 5. Strafsenat erachtete die Revision der Staatsanwaltschaft für unbegründet. Damit bestätigte er den Freispruch des T.

In seiner Entscheidung setzt sich der Senat lehrbuchartig mit sämtlichen in Betracht kommenden Tötungsdelikten und den insoweit denkbaren Begehungsmodalitäten auseinander:

I. Strafbarkeit des T wegen eines vollendeten Tötungsdelikts durch aktives Tun

Wenn von einem „vollendeten Tötungsdelikt durch aktives Tun“ die Rede ist, sind damit im vorliegenden Kontext die §§ 212 Abs. 1, 216 Abs. 1 StGB gemeint. Ungeachtet der Frage, ob eingedenk des Sterbewunsches der Frauen nicht primär § 216 Abs. 1 StGB in Betracht zu ziehen ist, erfordern sowohl die „gewöhnliche“ vorsätzliche Tötung (§ 212 Abs. 1 StGB) als auch die privilegierte Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) eine *Fremdtötung*. Diese ist wiederum abzugrenzen von der – grundsätzlich straffreien – *Selbsttötung*.

Die Abgrenzung richte sich nach der Rspr. des BGH danach, „wer das zum Tod führende Geschehen zuletzt beherrscht [...]“.

Zur Selbsttötung hält der Senat fest:

„Nimmt [...] der Sterbewillige selbst die todbringende Handlung vor und behält er dabei die freie Entscheidung über sein Schicksal, tötet er sich selbst, [...]“

Folgerichtig erfolgt sodann die Subsumtion:

„Nach den Feststellungen führten die Suizidentinnen [...] den lebensbeendenden Akt eigenhändig aus, indem sie die Flüssigkeiten

tranken und damit das zum Tod führende Geschehen bis zuletzt selbst beherrschten.“

Damit steht fest, dass – in Ermangelung einer Fremdtötung – der Anwendungsbereich der §§ 212 Abs. 1, 216 Abs. 1 StGB in der Begehungsform des aktiven Tuns von vornherein nicht eröffnet ist.

II. Strafbarkeit des T wegen eines vollendeten Tötungsdelikts in mittelbarer Täterschaft

Eine Tötung in mittelbarer Täterschaft setzt – abgesehen von Konstellationen des „Täters hinter dem Täter“ – ein sogenanntes „deliktisches Minus“ aufseiten des Vordermannes voraus. Vorliegend kommt einzig der sich selbst schädigende Vordermann in Betracht, legen A und B doch Hand an das eigene Leben:

„Notwendige Bedingung einer Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts in mittelbarer Täterschaft in Konstellationen der Selbsttötung ist, dass derjenige, der allein oder unter Mitwirkung eines Dritten Hand an sich anlegt, unfrei handelt [...].“

Der Selbsttötungsentschluss muss daher „mangelbehaftet“ sein:

„Ein Begehen der Tat durch Benutzung des Suizidenten als ‚Werkzeug‘ gegen sich selbst setzt daher voraus, dass dieser seinen Selbsttötungsentschluss aufgrund eines Wissens- oder Verantwortlichkeitsdefizits nicht freiverantwortlich gebildet hat [...].“

Fehlende Freiverantwortlichkeit komme insbesondere in Betracht bei „Minderjährigkeit des Opfers oder krankheits- sowie intoxicationsbedingte[n] Defizite[n]“, bei einem (Selbsttötungs-)Entschluss, der „auf Zwang, Drohung oder Täuschung durch den Täter beruht“ sowie bei einem Entschluss, der „einer bloßen depressiven Augenblicksstimmung entspringt, mithin nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen ist“.

All dies vermochte der Senat vorliegend nicht auszumachen, so dass er subsumiert:

„Es gab keine Anhaltspunkte dafür, dass bei den Frauen eine depressive Erkrankung etwa nicht erkannt worden sein könnte. Bei der Wunsch, aus dem Leben zu scheiden, war über einen längeren Zeitraum unter Berücksichtigung von Alternativen erwogen worden und bereits gefasst, als sich die Frauen an die Sterbehilfeorganisation wandten und von ihr an den Angeklagten vermittelt wurden. Er bestand zum Zeitpunkt der tödlichen Handlungen fort. Die Frauen waren durch den Angeklagten über den genauen Ablauf des Suizids und die Wirkung der todbringenden Medikamente aufgeklärt worden, womit sie insoweit denselben Wissensstand aufwiesen, wie er selbst.“

In Ermangelung eines „deliktischen Minus“ aufseiten von A und B scheidet daher auch eine Tötung in mittelbarer Täterschaft aus.

III. Strafbarkeit des T wegen eines vollendeten Tötungsdelikts durch Unterlassen

Ungeachtet der Frage nach dem Vorliegen einer Garantenstellung ist mit Blick auf eine etwaige Strafbarkeit des T gemäß

§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 oder §§ 216 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB festzustellen, dass es bereits an der Kausalität des Unterlassens für den Erfolgseintritt fehlt:

„Ursächlichkeit liegt bei den (unechten) Unterlassungsdelikten vor, wenn bei Vornahme der pflichtgemäßen Handlung der tatbestandsmäßige Schadenserfolg mit dem für die Bildung der richterlichen Überzeugung erforderlichen Beweismaß der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre [...]. Der Nachweis, dass der Tod bei sofortiger Einleitung ärztlicher Rettungsmaßnahmen hätte verhindert oder hinausgeschoben werden können, ist nicht erbracht.“

Hinweis

Zu beachten ist an dieser Stelle, dass die Möglichkeit, eine Tötung auf Verlangen durch Unterlassen (§§ 216 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB) zu verwirklichen, in weiten Teilen der Literatur abgelehnt wird: Hintergrund ist die darin gesehene Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des Sterbewilligen. Dieser dürfe sich zwar bis zum Verlust der Handlungsherrschaft (bei der Selbsttötung) helfen lassen, im Anschluss verliere sein Wille aber jede Bedeutung, wenn nun eine Rettungspflicht des (noch immer anwesenden) Helfers denkbar sei. Dies stelle einen nicht hinzunehmenden Widerspruch dar.¹ Die Rspr. bejaht die grundsätzliche Möglichkeit, § 216 Abs. 1 StGB durch Unterlassen zu verwirklichen, freilich ohne nennenswerten Argumentationsaufwand. Auf diesen Umstand mag man in der Klausur kurz hinweisen. Eine Entscheidung der Streitfrage ist freilich entbehrlich, fehlt es doch ohnehin am Merkmal der Kausalität.

IV. Strafbarkeit des T wegen eines versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen

Schließlich ist im Bereich der Tötungsdelikte noch an eine versuchte Tötung (auf Verlangen) durch Unterlassen zu denken. Hintergrund ist die mögliche Vorstellung des T, den Erfolg durch ein (sofortiges) Einschreiten nach Bewusstseinsverlust von A und B mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (s.o.) doch noch abwenden zu können.

Hinweis

Auch für den Versuch gilt: Es ist bereits grundsätzlich fraglich, ob eine Tötung auf Verlangen durch Unterlassen begangen werden kann (s.o.). Die Frage bedarf wiederum nur dann einer Entscheidung, wenn eine Strafbarkeit – wegen §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB oder §§ 216 Abs. 1, 2, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB – nicht aus anderen Gründen ausscheidet. Zentral ist das Vorliegen einer Garantenstellung, das zunächst in den Blick genommen werden soll (s.u.).

Voraussetzung ist aber auch insoweit das Vorliegen einer Garantenstellung:

„Die Gleichstellung des Unterlassens mit dem aktiven Tun setzt voraus, dass der Täter als ‚Garant‘ zur Abwendung des tatbestandlichen Erfolges verpflichtet ist. Der eine Garantenstellung schaffende besondere Rechtsgrund kann seinen Ursprung etwa in

¹ Beispielhaft Eschelbach, in: BeckOK/StGB, 43. Edition (01.08.2019), § 216 Rn. 5; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5.

Aufl. (2017), § 216 Rn. 9; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2018), § 216 Rn. 10.

Rechtsnormen, besonderen Vertrauensverhältnissen oder vorangegangenen gefährlichen Tun finden [...]. Verbindendes Element sämtlicher Entstehungsgründe ist dabei stets die Überantwortung einer besonderen Schutzfunktion für das betroffene Rechtsgut an den Obhuts- oder Überwachungspflichtigen [...].“

T müsste im Rahmen des Versuchs daher sämtliche, eine – etwaige – Garantenstellung begründende Umstände in seinen Tatentschluss aufgenommen haben. Fraglich ist indes, ob entsprechende Umstände vorliegend überhaupt vorlagen.

In Betracht kommen hier grds. mehrere Entstehungsgründe:

1. Garantenstellung aus Arzt-Patienten-Verhältnis

Zunächst ist an eine aus einem Arzt-Patienten-Verhältnis resultierende (Beschützer-)Garantenstellung zu denken. Insoweit stellt der Senat indes zurecht fest:

„Der Angeklagte war nicht kraft Übernahme der ärztlichen Behandlung für das Leben der beiden Frauen verantwortlich. Denn es bestand zwischen den Beteiligten kein Arzt-Patientinnen-Verhältnis [...]. Mit den Suizidentinnen vereinbart war lediglich, sie bei ihrem Sterben zu begleiten; eine Beschützergarantenstellung für ihr Leben oblag ihm daher nicht [...].“

2. Garantenstellung aus Ingerenz

Weiter ist an eine aus vorangegangenen gefährlichen Tun resultierende Garantenstellung zu denken (Ingerenz):

„Eine solche setzt ein pflichtwidriges – auch mittelbares – Schaffen einer Gefahr voraus [...].“

Der Senat differenziert diesbezüglich zwischen zwei denkbaren Anknüpfungspunkten, von denen er Ersteren – in Ermangelung entsprechender tatsächlicher Feststellungen – sogleich verneint:

a) Überlassen der Medikamente

Anknüpfungspunkt könnte zunächst ein etwaiges Überlassen der todbringenden Medikamente sein:

„Das Überlassen der Medikamente kommt als Anknüpfungspunkt insofern nicht in Betracht. Denn das Landgericht hat nicht feststellen vermocht, dass der Angeklagte sie den Frauen zur Verfügung gestellt hat, er auf diese Weise mithin eine Gefahrenquelle für beider Leben geschaffen hat.“

b) Begutachtung der Frauen

Weiterer Anknüpfungspunkt könnte die Begutachtung der Frauen über die aus psychiatrischer Sicht bestehende Einsichts- und Urteilsfähigkeit sein, die T im Vorfeld des Suizids von A und B übernommen hatte.

Die Begutachtung müsste sich freilich als pflichtwidrig dargestellt haben. Der Senat geht sodann der Frage nach, woraus sich die Pflichtwidrigkeit ergeben könnte:

aa) Pflichtwidrigkeit wegen Verstoßes gegen ärztliche Berufsordnung(en)?

In diesem Zusammenhang spricht der Senat das schwierige Verhältnis von ärztlichen Berufsordnungen und strafbewehrten Handlungspflichten an, wenn er formuliert:

„Die ärztlichen Berufsordnungen enthalten Regelungen, wonach Ärzte keine Hilfe zur Selbsttötung leisten dürfen (vgl. § 16 Satz 3 der von der Bundesärztekammer beschlossenen Musterberufsordnung für Ärzte) oder sollen (vgl. § 16 Satz 3 der Berufsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe). Dabei kommt es nicht – wie das Landgericht in Betracht zieht – darauf an, dass die Ärztekammer Westfalen-Lippe, der der Angeklagte angehört, das in der Musterberufsordnung vorgeschlagene ausdrückliche uneingeschränkte Verbot der Hilfe zur Selbsttötung nicht übernommen hat. Der Senat braucht auch nicht zu entscheiden, ob ärztliche Berufsordnungen, die nicht im Rang eines formellen Gesetzes stehen, zur Begründung von strafbewehrten Erfolgsabwendungspflichten geeignet sind [...] oder die Statuierung einer Garantenstellung eine Ordnung eines Lebensbereichs darstellt, die auf eine Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen sein muss.“

Der Senat erachtet vielmehr die Zielsetzung der in Rede stehenden Berufsordnungen als maßgeblich sowie – wenn auch nur in einem Satz am Ende – die Bedeutung des (freien) Willens des Suizidenten:

„Denn jedenfalls muss die Pflichtwidrigkeit in der Verletzung eines Gebotes bestehen, das gerade dem Schutz des konkret gefährdeten Rechtsguts zu dienen bestimmt ist [...]. Dies ist bereits zweifelhaft, da das ärztliche Standesrecht grundsätzlich auf die Statuierung berufsethischer (Verhaltens-)Standards und nicht auf den Schutz von Rechtsgütern gerichtet ist [...]. Jedenfalls aber entfaltet das Standesrecht keine strafbegründende Wirkkraft, wenn das ärztliche Verhalten dem autonomen Willen des Suizidenten entspricht (vgl. § 1901a BGB, [...]).“

Gewissermaßen en passant hält der Senat also fest, dass die Schutzrichtung des Standesrechts einer Begründung strafbewehrter Handlungspflichten wohl entgegenstehe, „jedenfalls aber“ der Wille des Suizidenten Vorrang habe.

Damit postuliert der Senat einen Vorrang des Willens des Suizidenten, sofern dieser autonom gebildet wurde.

bb) Pflichtwidrigkeit wegen Widerspruch zur Vorschrift des § 217 StGB?

Der Senat zieht auch § 217 StGB (Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung) heran, verneint eine daraus abgeleitete Pflichtwidrigkeit aber bereits unter Verweis auf das Inkrafttreten der Vorschrift erst nach Tatbegehung:

„Ein Pflichtwidrigkeitssurteil kann auch nicht aus dem durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung mit Wirkung vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2177) in das Strafgesetzbuch eingefügten Straftatbestand des § 217 StGB abgeleitet werden. Zwar hat der Gesetzgeber damit zum Ausdruck gebracht, dass er das geschäftsmäßige Verschaffen der Gelegenheit zur Selbsttötung, wie es der Angeklagte durch seine regelmäßige Erstellung der von Sterbehilfeorganisationen vorausgesetzten Gutachten der vorliegenden Art erbracht hat, als strafwürdig und damit auch als pflichtwidrig erachtet (vgl. auch BT-Drucks. 18/5373, S. 11). Diese Norm kann freilich bereits aufgrund der vor ihrem Inkrafttreten liegenden Tatzeit die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens des Angeklagten nicht begründen (Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1, 2 StGB).“

Hinweis

Eingedenk der vorstehenden Formulierung des Senats muss man sich fragen, wie es mit Taten aussieht, die nach Inkrafttreten des § 217 StGB begangen werden. Ist in diesen Fällen die Wertung des § 217 StGB zwingend, sodass stets von einem pflichtwidrigen Vorverhalten auszugehen ist? Auf diesem Wege würde der mit Blick auf die Regelungen der ärztlichen Berufsordnungen als entgegenstehender Faktor eingeführte (autonome) Wille des Suizidenten freilich wieder „entwertet“. So ist fraglich, ob das – vom Gesetzgeber gesehene – Unrecht bereits durch § 217 StGB umfänglich abgedeckt ist oder ob genau dieses Unrecht auch in Gestalt einer strafbewehrten Handlungspflicht fortwirken muss. Hier ist Raum für Argumentation in beide Richtungen.

c) Sonstige Unterstützungshandlungen

Ein pflichtwidriges, eine Garantenstellung begründendes Vorverhalten vermag der Senat auch im sonstigen Handeln des T („wie insbesondere die beratende Tätigkeit am Todestag sowie die Hilfe beim Zerkleinern und Auflösen der Tabletten“) nicht zu erkennen. Entscheidend sei insoweit der Gesichtspunkt der *Eigenverantwortung*:

„Jedenfalls haben die Frauen im Anschluss hieran die Tabletten freiverantwortlich selbst eingenommen, so dass das Risiko für die Verwirklichung der durch das Vorverhalten des Angeklagten gegebenenfalls erhöhten Gefahr allein in ihrem Verantwortungsbe- reich lag.“

Hinweis

An dieser Stelle mag man an jüngere Rspr. des BGH denken, die im Falle eigenverantwortlicher *Selbstgefährdung* eine Garantenstellung des das Tatmittel bereitstellenden Täters bejaht hat (BGHSt 61, 21 = NJW 2016, 176 = NStZ 2016, 496: Todeseintritt nach Konsum von bereitgestelltem Gammabutyrolacton [GBL]). Darin sieht der Senat vorliegend keinen Widerspruch:

„Denn in den Selbstgefährdungsfällen erschöpft sich die Preisgabe des eigenen Rechtsguts gerade darin, dieses in der Hoffnung auf einen guten Ausgang einem Risiko auszusetzen [...]. Demgegenüber vertraut der Suizident nicht darauf, dass sich die Gefahr, in die er seine Rechtsgüter bringt, nicht realisiert. Vielmehr kommt es ihm gerade auf den Eintritt der Rechtsgutsbeeinträchtigung an.“

Ob diese Argumentation konsequent ist, steht auf einem anderen Blatt. So ließe sich ebenso argumentieren, dass doch die Selbstgefährdung ein „Minus“ zur Selbstverletzung bzw. –tötung darstellt und daher *erst recht* keine Garantenstellung des Mitwirkenden erzeugen kann. Entscheidend ist die Frage hier freilich nicht, da – unzweifelhaft – kein Fall bewusster *Selbstgefährdung*, sondern bewusster Rechtsgutsverletzung vorliegt.

Letztlich sieht der Senat daher keinerlei Umstände, die eine Garantenstellung des T zu begründen vermögen, weshalb auch eine Strafbarkeit wegen eines versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen – in Ermangelung eines entsprechenden Tatenschlusses – ausscheiden muss.

V. Strafbarkeit des T wegen unterlassener Hilfeleistung

Im Rahmen der Prüfung des § 323c Abs. 1 StGB sind zwei problematische Merkmale streng voneinander zu unterscheiden; *erstens* ist fraglich, ob ein Suizid einen „Unglücksfall“ iSd. Vorschrift darstellt, *zweitens* ist zu untersuchen, ob die Vornahme von Rettungshandlungen dem T auch „zumutbar“ war.

1. Suizid als „Unglücksfall“ iSd. § 323c Abs. 1 StGB

Der Senat begründet die Auffassung, dass der Suizid als „Unglücksfall“ einzustufen sei, mit der gegenüber den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten (partiell) abweichenden Schutzrichtung der Vorschrift:

„Ungeachtet der durch den Bundesgerichtshof in der Vergangenheit vorgenommenen Bewertung der Selbsttötung als Verstoß gegen das Sittengesetz [...], stellt die mit einem Suizid verbundene Zerstörung des grundrechtlich geschützten Rechtsguts Leben – von gravierenden Ausnahmefällen [...] abgesehen – bei natürlicher Betrachtung einen Unglücksfall im Rechtssinn dar [...]. Anders als bei den dem Individualschutz dienenden Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten schließt die aus dem Selbstbestimmungsrecht fließende Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Suizidenten das der Vorschrift des § 323c StGB auch zugrundeliegende Erfordernis menschlicher Solidarität nicht aus [...]. Deshalb stellt die Annahme eines Suizids als Unglücksfall auch keinen Widerspruch zur Straflosigkeit des Teilnehmers an einer Selbsttötung dar [...].“

2. Zumutbarkeit des Handelns

Ein weiteres tatbestandliches Korrektiv stellt freilich die „Zumutbarkeit“ der (gebotenen) Rettungshandlung dar, die im Wortlaut des § 323c Abs. 1 StGB explizit ihren Niederschlag gefunden hat. Auch insoweit hebt der Senat die Bedeutung des Willens der beiden Suizidentinnen hervor, der schriftlich in ihren Patientenverfügungen wie auch in einem kurz vor dem Suizid verfassten Schreiben zum Ausdruck kommt:

Die jeweilige (Patienten-)Verfügung „zielte auf die nach Einnahme der todbringenden Medikamente eingetretene Situation und war für den Angeklagten verbindlich [...]“. Auch das einen Tag vor dem Suizid aufgesetzte Schreiben habe „ihren Willen, nicht gerettet zu werden“, eindeutig zum Ausdruck gebracht.

Letztlich subsumiert der Senat knapp, aber präzise:

„Zu einer dem erklärten Willen zuwiderlaufenden Hilfeleistung verpflichtete § 323c Abs. 1 StGB den Angeklagten nicht [...].“

Damit scheidet auch eine Strafbarkeit nach § 323c Abs. 1 StGB – in Ermangelung zumutbaren Eingreifens – aus.

VI. Gesamtergebnis

T hat sich mit Blick auf das oben geschilderte Verhalten nicht strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise für Studierende

Die Entscheidung des BGH ist insoweit richtungsweisend, als sie die Bedeutung des (autonomen) Willens des Sterbewilligen in den Mittelpunkt rückt und so jedenfalls etwaige entgegenstehende Wertungen des ärztlichen Berufsrechts umschiffet. Ob der – hier u.a. in Gestalt einer Patientenverfügung perpetuierte – Wille auch angesichts der Wertung des § 217 StGB stets und durchgängig den

Ausschlag zugunsten des Unterlassenden gibt, musste der Senat freilich nicht entscheiden (s.o.). Insoweit lassen sich – auch in einer Klausur – verschiedene Standpunkte einnehmen (s.o.). Die Frage ist umso interessanter, als die Vorschrift des § 217 StGB derzeit noch auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand steht.

Die Klausurrelevanz der Entscheidung ergibt sich daraus, dass – einmal mehr – Grundzüge des Systems des strafrechtlichen Lebensschutzes abgeprüft werden können. So ist nicht nur eine Unterscheidung zwischen Fremd- und Selbsttötung vorzunehmen, sondern und insbesondere auch eine mögliche Unterlassungsstrafbarkeit in den Blick zu nehmen. Eine weitere Erschwerung tritt hinzu, indem es an der (Quasi-)Kausalität des Unterlassens fehlt, womit die nachfolgende Prüfung in den Versuchsaufbau einzubetten ist. In einer Klausur bietet es sich sodann an, die Möglichkeit der (versuchten) Tötung auf Verlangung durch Unterlassen nicht von vornherein zu negieren, um sich die Folgeprobleme – namentlich das Vorliegen einer Garantenstellung – nicht abzuschneiden. Gänzlich unvertretbar erscheint mit Blick auf die Wertungen ärztlicher Berufsordnungen oder auch des § 217 StGB kaum eine Argumentation; wichtig ist, dass die Problematik erkannt und als solche diskutiert wird. Wer dann noch souverän mit der Vorschrift des § 323c StGB umgeht und die insoweit problematischen Voraussetzungen (s.o.) ausmacht, kann sich in einer Klausur besonders positiv hervortun.

Dr. Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*)

Eberhard Karls Universität
Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Die Strafbarkeit des Entfernens vom Unfallort nach der letzten feststellungsberechtigten Person nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Urteil vom 11. April 2018, Az.: 4 StR 583/17

Der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn der Täter den Unfallort erst nach der letzten feststellungsberechtigten Person verlässt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt (gekürzt)

Der Angeklagte A befuhr mit seinem Pkw eine in beide Fahrtrichtungen doppelspurig ausgebaute Straße, wobei er die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h missachtete. Nach Durchfahren einer Rechtskurve fuhr der Angeklagte mit mindestens 80 km/h in den nachfolgenden geraden Straßenverlauf ein. Zum Zeitpunkt der Kurvenausfahrt fuhr die Zeugin Z aus einer Parkbucht in Fahrtrichtung des A in den rechten Fahrstreifen ein. Jener hätte bei Einhaltung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit sein Fahrzeug noch vor der Zeugin Z zum Stehen bringen können, wick jedoch zur Vermeidung einer Kollision auf die linke Fahrspur aus. Durch dieses Ausweichmanöver kam es zur Kollision eines nachfolgenden Fahrzeugs mit Fahrzeugen auf der Gegenfahrbahn. Sowohl der Fahrer des nachfolgenden Fahrzeugs als auch die Insassen der anderen am Unfall beteiligten Fahrzeuge wurden verletzt, zum Teil schwer.

Der Angeklagte A stellte das von ihm geführte Fahrzeug ab und kehrte zu Fuß zu der Unfallstelle zurück. Dort gab er sich bewusst nicht als Unfallbeteiligter zu erkennen, sondern schilderte den zwischenzeitlich erschienenen Polizeibeamten, er habe den Unfall als am Fahrbahnrand befindlicher Fußgänger beobachtet. Er machte Angaben zum Unfallhergang, wobei er allerdings in seiner Schilderung des Geschehens seine eigene Unfallbeteiligung durch die eines vermeintlich unbekanntes Fahrers ersetzte. Schließlich verließ der Angeklagte den Unfallort zu Fuß. Ob dies zu einem Zeitpunkt geschah, als noch Polizeibeamte vor Ort waren, oder ob er das Ende des Einsatzes abwartete und erst fortging, als keine andere Person mehr anwesend war, konnte nicht festgestellt werden. Jedenfalls hatte er bis zu diesem Zeitpunkt niemandem etwas von seiner Unfallbeteiligung mitgeteilt.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht Hagen¹ verurteilte A wegen tateinheitlicher fahrlässiger Körperverletzung in fünf Fällen (§ 229 StGB) und wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn

Monaten. Der Angeklagte ging gegen das Urteil in Revision und rügte die Verletzung sachlichen Rechts.

C) Die Entscheidung des Senates

Nach Ansicht des 4. Strafsenats des BGH² wies der Schuldspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf, vielmehr hielt die Entscheidung der Vorinstanz der sachlich-rechtlichen Prüfung stand. Allein der konkrete Rechtsfolgensausspruch wies Rechtsfehler auf, weshalb das Urteil des Landgerichts Hagen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen wurde.

Hinweis

Im Hinblick auf eine gutachterliche Prüfung der vorliegenden Sachverhaltskonstellation ist zu berücksichtigen, dass es sich anbietet, das Handeln des A – wie oben bereits angedeutet – in zwei Handlungsabschnitte zu untergliedern. Im Rahmen des ersten Handlungsabschnitts ist die möglicherweise verwirklichte fahrlässige Körperverletzung nach § 229 StGB zu prüfen. In Bezug auf den zweiten Handlungsabschnitt ist anschließend auf die Strafbarkeit des A nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB einzugehen. Vorliegend steht allein die Strafbarkeit wegen eines Unerlaubten Entfernens vom Unfallort im Fokus der Entscheidung, weshalb im Folgenden allein auf diesen Straftatbestand und die hiermit verbundenen Problemen einzugehen ist; etwaige Strafzumessungsgesichtspunkte werden bewusst ausgeblendet.³

I. Strafbarkeit von A gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Indem A den Unfallort verließ, ohne zuvor Angaben über seine Unfallbeteiligung gemacht zu haben, sich vielmehr als am Geschehen Unbeteiligter ausgab, könnte er sich wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Prüfen könnte man vorliegend neben einer Strafbarkeit nach § 142 StGB zudem eine Strafbarkeit des A wegen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c I Nr. 2 d) StGB durch das Befahren der Straße mit überhöhter Geschwindigkeit.

¹ LG Hagen, Urt. v. 03.07.2017 – 46 KLS 25/16.

² BGH NJW 2018, 2341.

³ Zur fahrlässigen Körperverletzung nach § 229 StGB siehe *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl. (2019), Rn. 389 mwN.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

A müsste den objektiven Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

aa) Unfall im Straßenverkehr

Voraussetzung für alle Tatbestandsvarianten des § 142 StGB ist zunächst das Vorliegen eines Unfalls im Straßenverkehr. Hierunter versteht man ein plötzlich eintretendes Ereignis im öffentlichen Straßenverkehr, das mit dessen typischen Gefahrensituationen in einem ursächlichen Zusammenhang steht und einen nicht unerheblichen Personen- oder Sachschaden zur Folge hat.⁴ Es wurden sowohl Fahrer nachfolgender Fahrzeuge als auch Insassen anderer am Unfall beteiligter Fahrzeuge zum Teil schwer verletzt. Auch entstanden durch die Kollision der Fahrzeuge keine bloßen Bagatellschäden.⁵ Ein Unfall im (öffentlichen) Straßenverkehr liegt damit vor.

bb) Täter ist Unfallbeteiligter

Des Weiteren müsste A Unfallbeteiligter sein. Unfallbeteiligter ist nach der Legaldefinition in § 142 Abs. 5 StGB jeder, dessen Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalls beigetragen haben kann. Hier resultierte aus der überhöhten Geschwindigkeit des A ein riskantes Ausweichmanöver, welches dazu führte, dass nachfolgende Fahrzeuge mit Fahrzeugen der Gegenfahrbahn kollidierten. A ist mithin Unfallbeteiligter iSd § 142 Abs. 5 StGB.

Hinweis

Zu sehen ist in diesem Zusammenhang, dass es für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals aus § 142 Abs. 5 StGB grundsätzlich unschädlich ist, dass der Täter den Unfall nicht selbst herbeigeführt hat. Vielmehr ist bereits eine mittelbare Verursachung eines Unfalls durch ein verkehrswidriges Verhalten ausreichend, um die Beteiligungseigenschaft zu begründen.⁶

cc) Bestehen fremder Beweisinteressen

Ferner müsste A durch sein Verhalten fremde Beweisinteressen gefährdet haben. Zweck des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist - neben dem Schutz des privaten Interesses der Unfallbeteiligten - die umfassende Aufklärung des Unfallhergangs, um die Abwehr oder aber die Durchsetzung von individuellen Schadensersatzansprüchen zu sichern und drohenden Beweisverlusten entgegenwirken zu können.⁷ Vorliegend hat A durch sein verkehrswidriges Verhalten einen Verkehrsunfall verursacht, welcher mit nicht ganz unerheblichen Personen- und Sachschaden einherging. Entzieht sich einer der Unfallbeteiligten - hier A - seiner Pflichten, bleiben die Geschädigten auf ihren Schäden förmlich

sitzen. Infolgedessen haben die anderen Unfallbeteiligten und Geschädigten - zur Geltendmachung individueller Schadensersatzansprüche - ein berechtigtes Interesse daran, dass A seine Mitwirkungspflichten nicht verletzt.

dd) Sich-Entfernen vom Unfallort unter Verletzung von Mitwirkungspflichten

Ferner müsste sich A unter Verletzung seiner Mitwirkungspflichten vom Unfallort entfernt haben. Hierunter versteht man das körperliche Verlassen des geographischen Bereichs, in dem die Pflichten als Unfallbeteiligter typischerweise erfüllt werden und in dem sich feststellungsbereite Personen aufhalten.⁸ A verließ den Unfallort zu Fuß. Fraglich ist insoweit allein, ob dies unter Verletzung der in § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB normierten Pflichten geschah. Hiernach macht sich strafbar, wer sich nach einem Unfall im Straßenverkehr als Unfallbeteiligter vom Unfallort entfernt, bevor er zugunsten der anderen Unfallbeteiligten und der Geschädigten die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung (**passive Feststellungspflicht**) durch seine Anwesenheit und durch die Angabe, dass er an dem Unfall beteiligt ist (**aktive Vorstellungspflicht**), ermöglicht hat.

Vorliegend gab sich A bewusst nicht als Unfallbeteiligter zu erkennen, sondern schilderte den Polizeibeamten, er habe den Unfall als am Fahrbahnrand befindlicher Fußgänger beobachtet. Er machte zwar Angaben zum Unfallhergang, ersetzte jedoch seine eigene Unfallbeteiligung durch die eines vermeintlich unbekanntes Fahrers, sodass A seiner aktiven Vorstellungspflicht nicht nachkam.

Zu klären gilt ferner, ob A durch sein Verhalten seine passive Feststellungsduldungspflicht verletzte. Hiergegen könnte sprechen, dass nicht auszuschließen ist, dass sich A weiterhin am Unfallort befand, als keine feststellungsbereite Person mehr anwesend war, die Erfüllung dieser Pflicht jedoch nur dann möglich ist, wenn feststellungsbereite Personen überhaupt anwesend sind.⁹ Ob die passive Feststellungsduldungspflicht und damit der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB jedoch auch dann verwirklicht ist, wenn der Unfallbeteiligte wartet, bis alle feststellungsbereiten Personen den Unfallort verlassen haben, und er sich sodann als letzter vom Unfallort entfernt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

(1) Keine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Nach einer bislang insbesondere vom Bayerischen Obersten Landgericht vertretenen Auffassung¹⁰ scheidet eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus. Das Verlassen der Unfallstelle ist hiernach nur dann strafbar, wenn sich der Unfallbeteiligte

⁴ BGH NJW 1955, 1078; Zopfs, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 142, Rn. 25.

⁵ Die Grenze hierfür liegt bei ca. 25 € bis 150 €: Fischer, Strafrecht, 66. Aufl. (2019), § 142, Rn. 11 (jeweils 25 €); OLG Nürnberg, NStZ-RR 2008, 56 (50 €); Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 30. Aufl. (2019), § 142, Rn. 9 (150 €).

⁶ Zopfs, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 142, Rn. 38.

⁷ Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl. (2019), Rn. 1194; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 20. Aufl. (2019), § 46, Rn. 1; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil I, 42. Aufl. (2018), Rn. 1110.

⁸ Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl. (2019), Rn. 1192; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, 29. Aufl. (2018), § 142, Rn. 10. Zu berücksichtigen ist, dass sich nicht entfernt, wer sich am Unfallort nur versteckt (OLG

Hamm, NJW 1979, 438). Ferner setzt das Sich-Entfernen ein willensgetragenes Verhalten voraus, weshalb sich nicht strafbar macht, wer als Bewusstloser in ein Krankenhaus eingeliefert wird (OLG Köln, VRS 57, 406), Opfer eines durch *vis absoluta* durchgeführten Abtransports ist (OLG Düsseldorf, VRS 65, 364) oder im Rahmen einer staatlichen Zwangsmaßnahme, wie der vorläufigen Festnahme, den Unfallort verlässt (OLG Hamm NJW 1979, 438).
⁹ Arg. e. aus § 142 I Nr. 2 StGB; siehe hierzu Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl. (2019), Rn. 1194; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 20. Aufl. (2019), § 46, Rn. 17.

¹⁰ BayObLG NJW 1984, 1365; OLG Frankfurt NJW 1990, 1189 (1190).

entfernt, obwohl weiterhin die Möglichkeit besteht seinen Mitwirkungspflichten nachzukommen. Zu sehen sei in diesem Zusammenhang, dass der Unfallbeteiligte bei Abwesenheit feststellungsbereiter Personen außerstande sei durch ein Sich-Entfernen die Beweisinteressen feststellungsbereiter Personen zu beeinträchtigen, sodass eine Vorstellungspflicht zu diesem Zeitpunkt sinnlos wäre. Ferner müsste der Unfallbeteiligte ansonsten gegebenenfalls ohne zeitliche Begrenzung am Unfallort verweilen, um einer Strafbarkeit zu entgehen. Darüber hinaus bestehe weiterhin die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn der Unfallbeteiligte die gebotenen Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermögliche. Dieser Auffassung haben sich neben dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main auch einzelne Autoren im Schrifttum angeschlossen.

(2) Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Der 4. Senat des BGH lehnte eine derartige Restriktion hingegen ab. Vielmehr schloss er sich der vom Oberlandesgericht Hamm und dem ganz überwiegenden Schrifttum vertretenen Auffassung an, wonach der Straftatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dann erfüllt ist, wenn der seine Vorstellungspflicht verletzende Täter den Unfallort erst nach der feststellungsberechtigten Person verlässt.¹¹

(a) Grammatikalische Auslegung

Hierfür spricht nach Ansicht des BGH zunächst der Wortlaut des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB, welcher nicht voraussetze,

„dass der Feststellungsberechtigte noch am Unfallort anwesend ist, wenn sich der Täter von dort entfernt. Erforderlich ist nach dem Wortlaut nur, dass sich der Täter entfernt, ‚bevor‘ er die gebotenen Feststellungen ermöglicht hat. Da der Tatbestand gerade an die Verletzung der Vorstellungspflicht anknüpft, ist das Merkmal ‚bevor‘ so zu verstehen, dass der Täter den Unfallort verlassen haben muss, ohne zuvor die gebotenen Feststellungen ermöglicht zu haben. [...] Hierfür ist es jedoch ohne Bedeutung, in welcher Reihenfolge die Unfallbeteiligten den Unfallort verlassen und ob der Täter im Zeitpunkt seines Sich-Entfernens die Pflicht noch gegenüber einer anwesenden Person hätte erfüllen können.“

(b) Historische Auslegung

Unter Heranziehung der maßgeblichen Gesetzesmaterialien, entspreche diese Sichtweise zudem dem Willen des Gesetzgebers, wonach

„solche Verhaltensweisen pönalisiert werden [sollen], bei denen der Schädiger ‚zwar pflichtgemäß gewartet, sich aber nicht als Unfallbeteiligter zu erkennen gegeben hat‘.¹² Dies ist jedoch auch der Fall, wenn der Täter so lange am Unfallort wartet, bis sich ein zunächst anwesender feststellungsberechtigter Unfallgegner entfernt hat. Zudem stellt die Gesetzesbegründung ausdrücklich klar, dass sich der Unfallbeteiligte – ausnahmsweise – dann entfernen darf, wenn sich der Unfallgegner selbst durch Unfallflucht der Aufnahme des Unfalls entzogen hat; dieser Klarstellung hätte es nicht bedurft, wenn mit dem Verlassen des Unfallorts durch den Unfallgegner stets eine Strafbarkeit ausgeschlossen wäre.“

¹¹ OLG Hamm, NJW 1979, 438; Bernsmann, NZV 1989, 49 (53); Eisele, JuS 2018, 1011; Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl. (2019), § 142 Rn. 31 a; Janiszewski, JR 1983, 506 (507 f.); Krumm, NJW 2018, 2341; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2018), § 142 Rn. 18; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 20

(c) Systematische Auslegung

Auch gesetzessystematische Erwägungen sprechen nach Ansicht des Gerichts dafür, denjenigen Unfallbeteiligten zu erfassen, der nach Verletzung seiner Vorstellungspflichten den Unfallort als Letzter verlässt, denn

„[a]nders als teilweise angenommen wurde, unterfiele diese Fallgestaltung insbesondere nicht der Vorschrift des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Denn die letztgenannte Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich der Täter ‚berechtigt‘ oder ‚entschuldigt‘ vom Unfallort entfernt hat. Ein solcher Fall liegt – insbesondere mangels Eingreifens eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes – aber nicht vor, wenn sich ein Unfallbeteiligter nach Verletzung seiner Vorstellungspflicht schlicht als Letzter vom Unfallort entfernt. Einer Anwendung des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB auf solche Fälle steht das Analogieverbot entgegen.“

Der Senat zieht aus dieser Argumentation den logischen Schluss, dass

„ein erheblicher Wertungswiderspruch [bestünde], wenn sich ein Unfallbeteiligter, der sich nach Ablauf der Wartepflicht (§ 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB) bzw. ‚berechtigt oder entschuldigt‘ (§ 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB) vom Unfallort entfernt hat, bei nicht unverzüglicher nachträglicher Ermöglichung der Feststellungen strafbar machte, hingegen ein Unfallbeteiligter, der sich nach Verletzung seiner Vorstellungspflicht als Letzter vom Unfallort entfernt, endgültig straffrei bliebe.“

(d) Teleologische Auslegung

Schließlich streite auch eine Auslegung der Vorschrift nach Sinn und Zweck für eine Strafbarkeit. Zu sehen sei in diesem Zusammenhang, dass

„[d]as Schutzgut des § 142 StGB in der Sicherung bzw. Abwehr der durch einen Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche [besteht]. Dieses Schutzgut ist auch dann betroffen, wenn sich der Täter erst nach der feststellungsberechtigten Person vom Unfallort entfernt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat. Gerade die Nichterfüllung der Vorstellungspflicht führt typischerweise dazu, dass sich der Feststellungsberechtigte entfernt, obwohl ein [...] anderer Unfallbeteiligter vor Ort ist.“

Der gegenteiligen Ansicht entgegnet das Gericht insbesondere, dass

„[d]er als letzter am Unfallort verbleibende Unfallbeteiligte [...] nicht gezwungen [wäre], zeitlich unbegrenzt am Unfallort zu verharren, um sich nicht strafbar zu machen. Ihm verbleibt vielmehr ohne Weiteres die Möglichkeit, feststellungsbereite Personen – insbesondere die Polizei – zum Unfallort herbeizurufen, um sich mittels nachgeholtener Erfüllung seiner Vorstellungspflicht straffrei vom Unfallort entfernen zu können.“

ff) Zwischenergebnis

Der Umstand, dass A den Unfallort nach Verletzung seiner Mitwirkungspflichten erst zu einem Zeitpunkt verlassen hat, als keine andere feststellungsbereite Person mehr vor Ort war, steht

Aufl. (2019), § 46, Rn. 31; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 142 Rn. 43; Zopfs, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 142 Rn. 62.

¹² BT-Drucks. 7/2434, S. 7.

einer Strafbarkeit nach Auslegung der Vorschrift nicht entgegen, sodass der objektive Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt ist.¹³

b) Subjektiver Tatbestand

Ferner müsste der subjektive Tatbestand erfüllt sein. Hierzu müsste sich der Vorsatz des A auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB erstrecken haben. Nach den Feststellungen gab sich A

„bewusst nicht als Unfallbeteiligter zu erkennen, sondern schilderte den [...] Polizeibeamten, er habe den Unfall als am Fahrbahnrand befindlicher Fußgänger beobachtet. Er machte Angaben zum Unfallhergang, wobei er [...] seine eigene Unfallbeteiligung durch die eines vermeintlich unbekanntes Fahrers ersetzte.“

Es kam dem Angeklagten A gerade darauf an seine eigene Unfallbeteiligung zu verschleiern, um etwaige zukünftig gegen ihn gerichtete individuelle Schadensersatzansprüche zu vermeiden. Durch sein Verhalten wollte er eine umfassende Aufklärung des Unfallhergangs verhindern. Das Verhalten des A zielt mithin auf eine konkrete Verletzung der Beweisinteressen der Unfallbeteiligten und Geschädigten ab. A handelte daher mit Vorsatz in Form von zielgerichtetem Wollen (= Absicht; dolus directus I). Der subjektive Tatbestand ist verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte mangels einschlägiger Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowohl rechtswidrig als auch schuldhaft.

3. Tätige Reue, § 142 Abs. 4 StGB

Auch eine tätige Reue gem. § 142 Abs. 4 StGB kommt im vorliegenden Fall nicht als Strafaufhebungsgrund in Betracht.

II. Endergebnis

A hat sich im Ergebnis durch sein Verhalten eines unerlaubten Entfernens vom Unfallort nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise für Studierende

Das Urteil des 4. Strafsenats ist insbesondere vor dem Hintergrund von besonderer Relevanz, dass zwar das Oberlandesgericht Hamm und das ganz überwiegende Schrifttum die Auffassung des BGH teilen, eine tragende Entscheidung in diese Richtung bis zum Zeitpunkt des vorliegenden Urteils jedoch nicht existierte.

Die Entscheidung und der ihr zugrundeliegende Sachverhalt eignen sich zudem hervorragend als Vorlage für die Erstellung einer Prüfungsaufgabe, um hierdurch die nicht ganz einfache Vorschrift des § 142 StGB, die sich nahtlos in den Gesamtkomplex der Straßenverkehrsdelikte einfügt, abzufragen. Die Entscheidung gibt daher Anlass zu einer vertieften Auseinandersetzung mit den in Klausuren gerne geprüften Straßenverkehrsdelikten, die

von einer Vielzahl von Studierenden bekanntermaßen sehr „stiefmütterlich“ behandelt werden, obwohl sie bis zum Examen, aber insbesondere in der strafrechtlichen Praxis – aufgrund der immensen Quantität ihres Auftretens – zum Standardrepertoire strafrechtlicher Sachverhaltskonstellationen gehören und die es deshalb besonders sicher zu beherrschen gilt.

Die Entscheidung des 4. Strafsenats sticht insbesondere dadurch hervor, dass der BGH fast schon lehrbuchartig und außergewöhnlich ausführlich auf die allgemeinen Auslegungsregeln zurückgreift, um sich den Inhalt der infrage stehenden Norm zu erschließen. Das Beherrschen und damit einhergehend die sichere Anwendung der *Canones* nach *Savigny* bilden einen essentiellen Grundpfeiler in der juristischen Ausbildung, der in jede Rechtsmaterie – unabhängig vom jeweiligen Rechtsgebiet – eine nicht zu unterschätzende Ausstrahlung erfährt. Das methodisch korrekte Vorgehen bei der Auslegung von Rechtsnormen ist als Grundlage der Rechtstheorie und Methodenlehre unerlässlich und sollte Studierenden daher bereits zu Beginn ihrer Ausbildung in „Fleisch und Blut“ übergehen.

Rasim Mustafi

Studentische Hilfskraft

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

► Inhaltsverzeichnis

¹³ Dieses Auslegungsergebnis wird in der Literatur jedoch in Frage gestellt. Hingewiesen wird insbesondere darauf, dass es dem strengen Charakter des Strafrechts zuwiderlaufe, wenn man zwei zu unterschiedlichen Ergebnissen führende Begriffe – „bevor“ und „ohne zuvor“ – beliebig austausche. Dies sei insbesondere unter Heranziehung des Bestimmtheitsgebots und des Analogieverbots äußerst fraglich. Ferner verkomme die teleologische Auslegung zu einem „punitiven Superargument“ und widerspreche zum einen dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts und zum anderen Art. 103 Abs. 2 GG,

wenn lediglich pauschal auf das Ziel eines umfassenden Rechtsgüterschutzes hingewiesen wird; siehe *Kudlich*, in: BeckOK StGB, 42. Ed. (2019), § 142, Rn. 25; *ders.*, JA 2018, 2341 (2343). Zur Kritik insbesondere in Bezug auf die Wortlautauslegung des 4. Strafsenats siehe die ausführliche Anmerkung von *Berghäuser*, NSStZ 2018, 600 (602 f.), die davon spricht, dass der BGH „den Gesetzwortlaut bagatellisiert“.

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



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

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

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

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Dr. Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Dr. Caprice Doerbeck
 Dr. Pius O. Dolzer
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 RA Steffen Follner
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.
 Sebastian Karl
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 Maik Kniebel
 Dipl.-Pol. Philipp Louis
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Schriftleiter*)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Quetzal Rojano-Adam
 Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)
 Philipp Trautmann
 Carolin Werz
 Julia Zaiser

Herausgeber

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

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

9. Jahrgang (2019)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

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



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

2/2019 <i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019 <i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018 <i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018 <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018 <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018 <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018 <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017 <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
4/2017 <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017 <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017 <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017 <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017 <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017 <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017 <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016 <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016 <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016 <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016 <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016 <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015 <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015 <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015 <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle

2/2015 Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015 Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014 Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014 Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA
3/2014 Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014 Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014 Philipp K. Kauffmann	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014 Andreas Lohbeck	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013 Philipp Kauffmann	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013 Stanyo Dinov	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013 Sebastian Brüggemann	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013 Joachim Renzikowski	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013 Andreas Lohbeck	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013 Hartmut Kilger/Christian F. Majer	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012 Tobias Rist	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012 Christian F. Majer	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012 Paul Popescu	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012 Julius Forschner	Die Haftung von Ratingagenturen
1/2012 Nicolas Sonder	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011 Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
1/2011 Werner Walk/Nils Wiese	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

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

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

► www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

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

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

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

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

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

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

ISSN 2195-044X



9 772195 044008