

# HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

## Editorial

Prof. Dr. Volker Epping

**Pandemiegeschehen**

## Aufsatz

Maximilian Nussbaum

**Genomeditierung**

Dr. Patrick Christian Otto

**Die Prinzipalnormenkontrolle nach § 47 VwGO - ein wirkungsvolles verfahrensrechtliches Instrument (nicht nur) in Zeiten der Pandemie**

## Entscheidungen

Amani Hanna Mehdawi

**Anwachsung eines Gesellschaftsanteils unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs als ausgleichspflichtige Schenkung - BGH IV ZR 16/19**

Yael Prantl

**Jauchegrubenfall - BGH 5 StR 77/60**

## Studienpraxis & Fallbearbeitung

Sirin Al Hakim

**Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht I, 14 Punkte**

Sina John

**Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht, 14 Punkte**

Marius Mesenbrink

**LL.B. Studienklausur - Urheberrechtlicher Teil**

## Varia

Prof. Dr. Volker Epping

**Interview**

Frederike Hirt

**Recht und Literatur**

David Marski

**Die erfolgreiche Klausur im Zivilrecht - Teil 2**

Seiten 31 bis 36

**Kurz & Knapp**  
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



# Dein Karrierestart

Wir suchen Dich (m/w/d) für unser Team.  
Bewirb Dich – [bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)

**KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg**

**Bitte wende Dich an:**

Thomas Stillahn  
Partner  
T +49 (0) 511.85404-63  
[bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare

[www.ksb-intax.de](http://www.ksb-intax.de)

## VERLAG

Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

## DRUCK

Esf-Print ([esf-print.de](http://esf-print.de))  
Rigistraße 9  
12277 Berlin

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 1 Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## KONZEPT, SATZ &amp; DESIGN

Dr. Tim Brockmann  
Finja Maasjost

## REDAKTION

Schriftleitung  
Finja Maasjost  
Patricia Meinking  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Sirin Al Hakim, Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Julia Brandt, Robin Dudda, Anna Engel, Jolanda Fiss, Malte Gauger, Rocky Glaser, Patrick Glatz, Nils Grimmig, Lucas Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam Hetka, Frederike Hirt, Sina John, Jari Kohne, Simon Künnen, Johanna Lange, Felix Lücke, Felicia Maas, Lisa Mariß, Joshua Mensak, Daniel Müller, Anna Ordina, Yael Prantl, Marie-Christin Runkel, Eric Scheu, Laura Schlunk, Moritz Stamme, Rim Talal, Jonas Vonjahr, Celina Weddige, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## KONTAKT

[redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

## HANOVER LAW REVIEW

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift.

Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis, sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

**Prof. Dr. Hermann Butzer,**  
**Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M. oec.,**  
**Prof. Dr. Volker Epping,**  
**Dipl. Jur. David Faber, LL.M.,**  
**Dr. Sven Hasenstab,**  
**Dr. Manuel Ladiges,**  
**Prof. Dr. Roland Schwarze,**  
**Prof. Dr. Christian Wolf,**  
**Prof. Dr. Sascha Ziemann,**  
**Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und**  
**KSB INTAX v. Bismarck PartGmbH**

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft.

Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

## Pandemiegeschehen

Liebe Studierende,

das Pandemiegeschehen stellt seit März 2020 unser Universitätsleben vor große Herausforderungen und greift tief in die Gemeinschaft von Lernenden und Lehrenden ein. Gerade diese Gemeinschaft aber ist es, für die Ihre Universität vom Selbstverständnis her steht und die für alle Mitglieder der Leibniz Universität unabdingbar zum Studieren, Lehren, Forschen und Arbeiten dazugehört. In unserem ersten Online-Semester im Sommer haben wir erfahren, wie essentiell der Diskurs *face to face* zwischen Lernenden und Lehrenden in Präsenz, aber auch das soziale Miteinander an der Universität ist. Netzwerke knüpfen, Lerngruppen bilden, Ihr Treffen und Ihr Austausch, das Zusammensein mit Kommilitoninnen und Kommilitonen sind wesentlich für eine lebendige Universitätskultur und einen mit Leben erfüllten Campus.

Auch in Zukunft, und dafür werde ich mich mit allen Möglichkeiten einsetzen, sollen Universitäten zuallererst Präsenzeinrichtungen sein, die identitätsstiftend wirken und auch als Heimat von Ihnen wahrgenommen werden. Aus vielen E-Mails und persönlichen Begegnungen weiß ich, wie sehr das auch von Ihnen gewünscht wird und wie sehr Ihnen „Ihre Universität“, nicht zuletzt mit ihrer Infrastruktur, studentischen Arbeitsflächen und Begegnungsräumen im gewohnten Umfang fehlt.

Für uns als Universität sind aber die sich je nach Infektionsgeschehen ändernden Regelungen der niedersächsischen Corona-Verordnung maßgeblich und der Schutz von allen Mitgliedern der Leibniz Universität hat oberste Priorität. Die AHAL-Regeln bestimmen daher unser Universitätsleben auch weiterhin.

Nachdem wir am 12. Oktober 2020 in das Hybrid-Semester gestartet sind, haben wir – bedingt durch das Pandemiegeschehen – den Vorlesungsbetrieb nach drei Wochen mit kleinen Gruppen in Präsenz Anfang November 2020 wieder reduzieren müssen. Stattfinden konnten nur noch alle Präsenzveranstaltungen, die für den Fortgang des Studiums zwingend notwendig sind. Dies sind vor allem Praktika und Laborpraktika. Größere Veranstaltungen haben wir von Beginn der Vorlesungszeit des Wintersemesters 2020/2021 an schon digital durchgeführt.

Ich bin nach den bisherigen Erfahrungen zuversichtlich, dass wir mit dem notwendigen Verantwortungsbewusst-

sein die weiterhin anstehenden Herausforderungen gemeinsam bewältigen werden. Ziel muss es sein, dass Sie Ihr Studium weitgehend planmäßig absolvieren können. Seien Sie versichert, dass wir alles Notwendige tun werden, dass Sie ungeachtet des Pandemiegeschehens Ihr Studium erfolgreich fortsetzen bzw. beenden werden.

Die Corona-Pandemie führt aber nicht nur zu Einschränkungen des Universitätsbetriebs, sondern zu z.T. sehr weitgehenden Einschränkungen von Freiheitsrechten. Wie die Gerichte auch jetzt wieder durchgängig judiziert haben, sind diese massiven Grundrechtseingriffe zur Erreichung des legitimen Ziels, weitere Infektionsfälle zu verhindern und eine möglichst umfassende medizinische Versorgung an COVID-19 erkrankter Personen zu gewährleisten, zulässig, sofern sie geeignet, erforderlich und angemessen sind. Und damit komme ich zu meinem juristischen Teil des Editorials, in dem ich drei Punkte im Kontext der Pandemie ansprechen möchte:

- Bereits die ersten Monate der Pandemie haben sehr deutlich gemacht, dass für die getroffenen und die zu treffenden Maßnahmen die wissenschaftliche Bewertung maßgeblich ist, auf die die politische Bewertung und Entscheidung aufzubauen hat. Hierbei wird, die Situation der Ungewissheit immer noch konstatierend, nicht nur durch die Rechtsprechung eine Grenze der Amtsermittlungspflicht zugestanden. Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes von Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG die Gerichte nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihnen, ihrer Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Den Gerichten ist es nämlich dann objektiv unmöglich, den Sachverhalt vollständig aufzuklären und eine abschließende Überzeugung davon zu gewinnen, ob das Ergebnis der Entscheidung der Behörde richtig oder falsch ist. Die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle ergeben sich – so explizit das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 und 595/14) – hier nicht daraus, dass der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative eingeräumt wäre, sondern rühren schlicht daher, dass sich die Richtigkeit des Ergebnisses der Verwaltungsentscheidung objektiv nicht abschließend beurteilen lässt. Mithin geht es um die Plausibilität der zu treffenden Entscheidungen, die dann aber auch unter den Maßgaben des

Art. 3 Abs. 1 GG dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung tragen müssen.

- Wesentliche Entscheidungen unterfallen dem sog. Parlamentsvorbehalt, namentlich Eingriffe in den Grundrechtsbereich. Hier wird angesichts der flächendeckenden und sehr intensiven Eingriffe ein Rückzug auf die gesetzliche Ermächtigung der Exekutive kaum mehr tragfähig sein, wenn das Parlament arbeitsfähig ist. So hat bereits recht früh der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg judiziert (Beschl. v. 09.04.2020 – 1 S 925/20), dass nach § 28 Abs. 1 IfSG die notwendigen Schutzmaßnahmen getroffen werden können, die eine Verbreitung der Krankheit verhindern. Dabei sei es auch zulässig, dass damit Maßnahmen mit präventiver Wirkung einhergehen, wie etwa die Betriebsschließung. Nach Auffassung des Gerichts ist damit aber noch lange nicht geklärt, ob § 32 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG eine verfassungskonforme Ermächtigunggrundlage für eine landesweite Schließung von Betrieben ist. Solche wesentlichen Entscheidungen dürften nicht der Exekutive überlassen werden, betonte der VGH. Zwar habe sich der Gesetzgeber bewusst für eine generelle Ermächtigung entschieden, um den vielfältigen Krankheitserregern und Risiken gerecht zu werden. Jedoch komme es zu gravierenden Grundrechtseingriffen im Rahmen der zahlreichen Schließungen von Einrichtungen und Geschäften. Solch tiefe Grundrechtseingriffe könnten indes nicht auf der Grundlage einer Rechtsverordnung ergehen, befanden die Richter. Dies alles könne dafür sprechen, dass die Normen des IfSG gegen den Parlamentsvorbehalt verstoßen. Letztlich konnte das Gericht diese Frage aber im Eilverfahren offenlassen. Auch aus politischer Klugheit ist daher eine Einbeziehung des Parlaments in diesen Fragen (Änderungen der Corona-VO) dringend angezeigt. Dass derzeit allenthalben aus den Parlamenten artikulierte Lamento der nicht ausreichenden Beteiligung hat aber zwei Seiten: Zum einen tragen in der Regel die regierungstragenden Fraktionen das Agieren „ihrer“ Regierung mit, zum anderen kann das Parlament – sollte es sich wirklich „entmachtet“ fühlen – jederzeit das Heft in die Hand nehmen und sei es – bezogen auf die Bundesebene – durch Änderung des IfSG.

- Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *Stephan Harbarth*, hat jüngst in einem Interview in der HAZ sehr treffend ausgeführt, dass der Rechtsstaat im Rahmen der Pandemie funktioniert, auch wenn dies einige wenige nicht akzeptieren wollen. Denn wer die Corona-Einschränkungen ablehnt, kann dagegen demonstrieren; jeder kann

seine abweichende Meinung äußern. Und: Wer seine Grundrechte verletzt sieht, kann den Rechtsweg beschreiten. Dass dies keineswegs aussichtslos, also kein Lippenbekenntnis ist, zeigen u.a. die Judikate, die immer wieder Demonstrationen gegen die Corona-Einschränkungen erst ermöglicht haben. Aber auch andere Restriktionen, die namentlich die wirtschaftliche Betätigung eingeschränkt hatten, sind von den Gerichten aufgehoben, andere hingegen bestätigt worden. Grundrechte gelten – und dies ist juristisches Allgemeinwissen – grundsätzlich nicht absolut. Mit den in Rede stehenden Grundrechten aus Art. 8 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG kollidiert in diesem Kontext das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG. Diese Grundrechte sind nicht erst durch die Gerichte, sondern bereits bei Erlass von Restriktionen von der Legislative und der Exekutive in Einklang, um mit den Worten von *Konrad Hesse* zu sprechen, in praktische Konkordanz zu bringen. Bei der Überprüfung durch die Gerichte hat sich gezeigt, dass unsere Gerichtsbarkeit bemerkenswert funktionstüchtig ist. Unzählige Entscheidungen sind in der Regel zeitnah im Wege von Eilentscheidungen ergangen – zuweilen 24/7!

Dies sind nur drei Punkte neben vielen anderen, die auch eine Erörterung verdient, aber den Rahmen eines Editorials gesprengt hätten. Die Punkte exemplifizieren m.E. sehr gut die tragende Bedeutung des Verfassungsrechts, die auch im Studium nicht aus dem Auge verloren werden sollte. Im Studium begegnen Sie dem Staatsrecht verstärkt in den beiden Anfangssemestern und dann (erst) wieder am Ende des Studiums im Rahmen der Examensvorbereitung. Dessen ungeachtet sind Sie als junge Juristinnen und Juristen auch im persönlichen Umfeld immer wieder gefordert, rechtliche Einschätzungen zu politischen Entscheidungen zu geben. Sich der verfassungsrechtlichen „Basics“ zu erinnern und diese auch in der Diskussion zur Anwendung zu bringen, schult nicht nur Ihre juristische Argumentationsfähigkeit, sondern stärkt auch die Überzeugungskraft Ihrer Argumentation in der politischen Debatte. Diese in diesen Zeiten zu suchen und zu führen ist zwingend notwendig, auch und gerade in unserer wehrhaften Demokratie. Dieses Bekenntnis zu unserer verfassten Staatlichkeit ist hier und heute geboten, denn ich glaube, auch in Ihrem Sinne davon auszugehen, dass wir diese bewährte Verfasstheit unseres Staates erhalten wollen.

*Volker Epping*

Präsident der Leibniz Universität Hannover

## AUFsätze

<b>Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum</b>	Genomeditierung	Seiten <b>1 bis 11</b>
<b>Dr. Patrick Christian Otto</b>	Die Prinzipalnormkontrolle nach § 47 VwGO - ein wirkungsvolles verfahrensrechtliches Instrument (nicht nur) in Zeiten der Pandemie	Seiten <b>12 bis 20</b>

## ENTSCHEIDUNGEN

<b>stud. iur. Amani Hanna Mehdawi</b>	Anwachsung eines Gesellschaftsanteils unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs als ausgleichspflichtige Schenkung - BGH IV ZR 16/19	Seiten <b>21 bis 24</b>
<b>stud. iur. Yael Prantl</b>	Jauchegrubenfall - BGH 5 StR 77/60	Seiten <b>25 bis 30</b>

## KURZ &amp; KNAPP

<b>Dipl. Jur. David Faber, LL.M.</b>	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 1/2021	Seiten <b>31 bis 32</b>
<b>Prof. Dr. Sascha Ziemann &amp; stud. iur. Hannah Hölzen</b>	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 1/2021	Seiten <b>33 bis 34</b>
<b>Prof. Dr. Hermann Butzer &amp; stud. iur. Daniel Müller</b>	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 1/2021	Seiten <b>35 bis 36</b>

## STUDIENPRAXIS

<b>stud. iur. Sirin Al Hakim</b>	Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht I, 14 Punkte	Seiten <b>39 bis 53</b>
<b>stud. iur. Sina John</b>	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht, 14 Punkte	Seiten <b>54 bis 58</b>
<b>Dipl. Jur. Marius Mesenbrink</b>	LL.B. Studienklausur - Urheberrechtlicher Teil	Seiten <b>59 bis 64</b>

## VARIA

<b>Prof. Dr. Volker Epping</b>	Interview	Seiten <b>65 bis 68</b>
<b>Dipl. Jur. Frederike Hirt</b>	Recht und Literatur	Seiten <b>69 bis 70</b>
<b>Dipl. Jur. David Marski</b>	Die erfolgreiche Klausur im Zivilrecht - Teil 2	Seiten <b>72 bis 76</b>

# Das Verbot des § 5 ESchG *de lege lata* und *de lege ferenda* – Technische und rechtliche Grundlagen der Genomeditierung an der menschlichen Keimbahn

Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE).

## I. Einführung

Die Bekanntmachung des chinesischen Forschers He Jiankui 2018, die genetisch veränderten Zwillinge Lulu und Nana seien zur Welt gekommen, sorgte in der Wissenschaft und Öffentlichkeit für Furore. He Jiankui habe mittels des CRISPR/Cas9-Verfahrens den Zwillingen im embryonalen Stadium eine HIV-Resistenz verliehen, indem er das CCR5-Gen ausschaltete. Es handelte sich um den ersten bekannten Fall der genetischen Modifikation der menschlichen Keimbahn, die sich in geborenen Menschen auswirkt.<sup>1</sup> He Jiankui wird vielerseits vorgeworfen, er habe damit eine rote Linie übertreten. In China wurde er zu drei Jahren Haft und einer Geldstrafe verurteilt.<sup>2</sup> Auch in Deutschland stünde sein Verhalten gem. § 5 ESchG unter Strafe. Grund dafür ist vor allem die mangelnde Sicherheit, die die Gentechnik zum jetzigen Zeitpunkt bietet und die daraus entstehenden erheblichen Gefahren für die Gesundheit werdender und künftiger Menschen. Mit steter Verbesserung der Technik könnten diese Sicherheitsbedenken jedoch in den Hintergrund geraten und die Möglichkeiten, die Verfahren der Genomeditierung bieten, attraktiver werden. Aufgabe der normativen Disziplinen und daher auch des Rechts ist es, diese technische Entwicklung zu begleiten, das Risiko von Schäden einzugehen, dabei das innovative Potenzial der Technologie jedoch nicht „zu ersticken“. Dieser Beitrag beleuchtet die rechtlichen Dimensionen der klinischen Anwendung der Genomeditierung am Menschen. Nicht behandelt werden die präklinische und klinische Forschung.<sup>3</sup> Nach einer kurzen Einführung in die technischen Grundlagen und einer exkursorischen Betrachtung

der rechtlichen Rahmenbedingungen der somatischen Genomeditierung soll sich der Beitrag schwerpunktmäßig mit dem rechtlichen Verbot der Keimbahnintervention aus § 5 ESchG, seinen Schutzlücken und Legitimationsgrundlagen befassen.

## II. Die Gen-Schere – Technische Grundlagen

Die Genomeditierung, auch Gen-Schere oder molekulares Skalpell genannt, beschreibt ein Verfahren, mit dessen Hilfe die menschliche, aber auch tierische und pflanzliche DNA präzise modifiziert werden kann. Das momentan bekannteste Verfahren CRISPR/Cas9 weist im Vergleich zu seinen Vorgängern<sup>4</sup> dabei die höchste Zielgenauigkeit bei gleichzeitig relativ simpler Herstellung und Anwendung auf.<sup>5</sup> Die Funktionsweise des CRISPR/Cas9-Proteinkomplexes lässt sich – gewiss stark vergrößert<sup>6</sup> – schrittweise veranschaulichen: CRISPR (*clustered regularly interspaced short palindromic repeats*) dient als „Lupe“ und bringt Cas9 (*CRISPR-associated*) an die angezielte Stelle in der DNA. Dort angekommen fungiert Cas9 als „Schere“ und zerschneidet den DNA-Strang, führt also einen gezielten Doppelstrangbruch durch. Der natürliche Reparaturmechanismus der Zelle „vernäht“ den entstandenen Schnitt, wobei neue DNA-Abschnitte eingefügt, ausgetauscht oder vorhandene Basenpaare „gelöscht“ werden können.<sup>7</sup> Dort, wo es anderen Gentherapien vor allem an einer gut funktionierenden „Lupe“ fehlte, traten häufig sog. *off-target*-Effekte auf, weil die Veränderung statt bzw. neben der angezielten Stelle an sonstigen Genstellen vorgenommen wurde. Daraus können erhebliche gesundheitliche

<sup>1</sup> Merlot, Der Tabubruch des Herrn He, <https://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/crispr-cas9-gentechnisch-veraenderte-babys-in-china-die-wichtigsten-fakten-a-1240646.html> (Abruf v. 07.12.2020).

<sup>2</sup> <https://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/he-jiankui-chinesischer-forscher-wegen-gen-babys-zu-drei-jahren-haft-verurteilt-a-1303097.html> (Abruf v. 07.12.2020).

<sup>3</sup> Vgl. dazu Faltus, Recht der Genomeditierung in Pflanzenzucht und Humanmedizin – Regulierung der grünen und roten Genomeditierung nach dem Mutagenese-Urteil des EuGH und den ersten vermeintlichen Keimbahneingriffen, in: Faltus (Hrsg.), Ethik, Recht und Kommunikation des Genome Editings, 2019, 54 (63ff.).

<sup>4</sup> Vgl. zu Zinkfinger-nukleasen und TALENs Ledford, Gentechnik: CRISPR verändert alles, <https://www.spektrum.de/news/gentechnik-crispr-erleichtert-die-manipulation/1351915> (Abruf v. 07.12.2020).

<sup>5</sup> Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Chancen und Grenzen des genome editing, 2015, S. 5.

<sup>6</sup> Zu der in der Biowissenschaft oft stark bildhaften und metaphorischen Sprache Fateh-Moghadam, Genome Editing als strafrechtliches Grundlagenproblem, *medstra* 2017, 146 (148f.).

<sup>7</sup> Zur Funktionsweise vgl. weiter Doudna/Charpentier, Genome editing. The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9, *Science* 2014, 1077ff.

Schäden, insbesondere durch ungewollte Mutationen hervorgerufene Krebserkrankungen entstehen.<sup>8</sup> Die Gefahr solcher fehlplatzierten Schnitte ist mit CRISPR/Cas9 zwar längst nicht gebannt,<sup>9</sup> dieses molekulare Skalpell verspricht jedoch eine bisher noch nicht erzielte Präzision und seine Fortschritte gelten als beachtlich.<sup>10</sup> Daher eröffnen sich mithilfe dieses Verfahrens Möglichkeiten, die zum Teil weit über die der konventionellen Medizin, aber auch die anderer Gentherapeutika hinausgehen. Besonders bei der Heilung von Erbkrankheiten, die auf die Mutation an nur einer Genstelle zurückzuführen sind (monogenetisch), wie Chorea Huntington, Muskeldystrophie oder Mukoviszidose, stellt sich CRISPR/Cas9 als vielversprechend dar.<sup>11</sup> Daneben gerät die Verleihung von Resistenzen (siehe Lulu und Nana), einer erhöhten Immunabwehr oder die Reduzierung bestimmter Erkrankungsrisiken (Eierstock- oder Brustkrebs, Schlaganfälle oder Alzheimer-Demenz) in den Bereich des Realisierbaren.<sup>12</sup>

Zu beachten ist aber, dass neben *off-target*-Effekten auch unerwünschte *on-target*-Effekte denkbar sind. In solchen Konstellationen wird zwar der erwünschte Editierungserfolg erreicht, dabei werden aber unvorhergesehene schädliche Nebeneffekte verursacht.<sup>13</sup> Als ein solches Beispiel wird zum Teil auch die Anwendung des He Jiankui behandelt: Das CCR5-Gen sei nicht nur für die Rezeption von HI-Viren verantwortlich, sondern für die Immunabwehr im Gesamten nicht unwesentlich. Daher könnte das erwünschte Resultat für die Zwillingsschwester risikoschwere Nebenwirkungen mit sich bringen.<sup>14</sup> Während *off-target*-Effekte also von einer Fehlfunktion des Verfahrens verursacht werden, entsteht das Risiko von *on-target*-Effekten durch mangelndes Wissen hinsichtlich der teils vielfältigen Funktionen eines Gens.

Eine für die rechtliche Bewertung der Anwendung am Menschen wesentliche Unterscheidung liegt in dem Behandlungsobjekt: Wird das Verfahren an menschlichen Körperzellen durchgeführt, um eine Heilung oder Verbesserung dieses Individuums vorzunehmen, so handelt es sich um die somatische Genomeditierung. Die genetische Veränderung der Zelle kann dabei in Abhängigkeit von der Therapie sowohl *in-vivo* oder *in-vitro* an zuvor entnommenen Zellen stattfinden.<sup>15</sup> Die Wirkung der somatischen Genomeditierung bleibt grundsätzlich<sup>16</sup> auf das behandelte Individuum beschränkt.

Beim Keimbahneingriff hingegen wird gezielt durch genetische Veränderung<sup>17</sup> von Keimbahnzellen in das Genom der nachfolgenden Generationen eingegriffen. Zwei technische Fallgruppen der Keimbahnveränderung sind denkbar:<sup>18</sup> Zum einen könnte bereits die Samen- oder Eizelle (Gameten) der prospektiven Eltern verändert werden. Zum anderen könnte ein Embryo, insbesondere in frühen Phasen der Entwicklung, genomeditiert werden.<sup>19</sup> So können wie bei der somatischen Genomeditierung bei der Keimbahnintervention *off-target*-Effekte und unerwünschte *on-target*-Effekte eintreten. Daneben ist im Falle der Anwendung beim Embryo die Bildung von sog. Mosaiken möglich, also eine genetische Veränderung nur eines Teils der angezielten Zellen. Etwaige gesundheitliche Schäden durch solche Mosaiken sind möglich und verhältnismäßig wenig erforscht.<sup>20</sup>

### III. Exkurs: Rechtliche Rahmenbedingungen der somatischen Genomeditierung

Bevor sich dieser Beitrag den rechtlichen Dimensionen der Keimbahnintervention widmet, sei ein Blick auf die recht-

<sup>8</sup> Vgl. Ledford, spektrum.de (Fn. 4).

<sup>9</sup> Ledford, spektrum.de (Fn. 4); vgl. ferner zu weiteren medizinischen Risiken der Anwendung Fehse, Genomeditierung durch CRISPR und Co, in: Zenke/Marx-Stölting/Schickl (Hrsg.), Stammzellforschung; aktuelle wissenschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen, 2018, 97 (106ff.).

<sup>10</sup> Ledford, spektrum.de (Fn. 4).

<sup>11</sup> Vgl. auch Doudna, My whirlwind year with CRISPR, nature 2015, 469 (471).

<sup>12</sup> Deutscher Ethikrat, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, 2019, S. 89f.; Reich et al., in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Genomchirurgie beim Menschen – zur verantwortlichen Bewertung einer neuen Technologie, 2015, S. 13f.

<sup>13</sup> Aslan et al., Genom-Editierung in der Humanmedizin: Ethische und rechtliche Aspekte von Keimbahneingriffen beim Menschen, CfB-Drucksache, 4/2018, S. 9.

<sup>14</sup> Vgl. Wei/Nielsen, CCR5-Δ32 is deleterious in the homozygous state in humans, Nature Medicine 2019, 909; ein weiteres Beispiel stellt die mit Mukoviszidose assoziierte CFTR-Mutation dar, die eine höhere Überlebenschance bei Typhus- und Cholera-Epidemien schaffen könnte, vgl. Högenauer et al., Active intestinal chloride secretion in human carriers of cystic fibrosis mutations: an evaluation of the hypothesis that heterozygotes have subnormal active intestinal chloride secretion, Am. J. Hum. Genet. 2000, 1422ff.

<sup>15</sup> Die Ausgestaltung hat Einfluss darauf, ob die entnommenen und genomeditierten Zellen vor Re-Infusion auf *off-target*-cuts untersucht werden können.

<sup>16</sup> Dennoch besteht bei der *in-vivo* Behandlung ein geringes Risiko, dass bei der Anwendung die Keimbahn des Patienten verändert wird Aslan et al. (Fn. 13), S. 5.

<sup>17</sup> Vgl. zur begrifflichen Konkretisierung im Zusammenhang der Keimbahnintervention Schleidgen/Sgodda, Prozess oder Resultat? Der Begriff der genetischen Veränderung in der Debatte um humane Keimbahninterventionen, Ethik in der Medizin 2020, 5ff.

<sup>18</sup> Auf die dritte Variante der Genomeditierung einer Stammzelle bei anschließender Ausdifferenzierung zur Keimzelle sei unter IV. 2. a) eingegangen.

<sup>19</sup> Vgl. Reich et al. (Fn. 12), S. 15.

<sup>20</sup> Deutscher Ethikrat (Fn. 12), S. 67f.

liche Situation im Hinblick auf die somatische Genomeditierung geworfen. Anders als – wie zu zeigen sein wird – bei der Keimbahnintervention, sind es weniger die fundamental-kategorischen Bedenken, die eine rechtliche Einhegung der Technik in Zukunft notwendig machen könnten. Die Wirksamkeit und Sicherheit einer hochkomplexen Behandlungsmethode, also technisch-pragmatische Gesichtspunkte, stehen im Fokus der Regulation somatischer Genomeditierung.<sup>21</sup> Aufgrund der Neuheit dieser Produkte und ihrer komplexen Wirkweise kann nur sehr begrenzt auf Erfahrungswerte klinischer Untersuchungen anderer Produkte zurückgegriffen und das Risiko von Langzeitfolgen bislang nur schwer abgeschätzt werden.<sup>22</sup> Daher handelt es sich bei diesen Gen-Scheren, wie bei anderen Gentherapeutika, um Arzneimittel für neuartige Therapien (ATMP).<sup>23</sup> Reguliert werden diese durch die Verordnung 1394/2007/EG (sog. ATMP-VO)<sup>24</sup>, das der Verordnung angepasste Arzneimittelgesetz (AMG), die Verordnung über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei Durchführung von klinischen Studien (GCP-Verordnung) und informelles Recht, wie die Helsinki-Deklaration.<sup>25</sup>

Gerade das Versprechen, eine Therapie für bislang unheilbare und schwerste Krankheiten darstellen zu können, und das geringe Erfahrungswissen hinsichtlich der Sicherheit spannen das Feld, in dem sich die Regulation des Zugangs bewegt. Neben der klinischen Prüfung sind vier Zugangswege von somatischen Genomeditierungsprodukten zum erkrankten Menschen denkbar:

1. Regelfall gem. Art. 27 ATMP-VO, Art. 3 Abs. 1 VO 726/2004/EG ist die europäische Zulassung, die eine europaweit einheitliche wissenschaftliche Beurteilung von Qualität, Unbedenklichkeit und Wirksamkeit

eines ATMP bezweckt. Daher wird das Produkt von einigen besonders spezialisierten Gremien (EMA, CAT, CHMP) begutachtet bis schließlich eine Zulassung durch die europäische Kommission vorgenommen wird. Für die Inhaber der Zulassung ergibt sich zwar der Vorteil eines Marktzuganges in allen Mitgliedsstaaten der EU. Gleichzeitig scheuen viele Akteure das komplexe, langwierige und vor allem kostenintensive Verfahren.<sup>26</sup>

2. Eine nationale Ausnahme kann von dieser zentralisierten Zulassung gem. § 4b AMG<sup>27</sup> gemacht werden, wenn das ATMP als individuelle Zubereitung für einen einzelnen Patienten ärztlich verschrieben, nach spezifischen Qualitätsnormen nicht routinemäßig<sup>28</sup> hergestellt und in einer spezialisierten Einrichtung der Krankenversorgung<sup>29</sup> unter der fachlichen Verantwortung eines Arztes angewendet wird. Die Genehmigung wird durch das Paul-Ehrlich-Institut (PEI) erteilt, § 4b Abs. 3 AMG.

3. Liegen weder eine europäische Zulassung noch eine nationale Genehmigung vor, so sieht § 21 Abs. 2 Nr. 6 AMG<sup>30</sup> die Möglichkeit eines Härtefallprogrammes vor. Im Rahmen eines solchen ist die kostenlose Anwendung bei einer Gruppe von Patienten möglich, die an einer Krankheit leiden, die zu einer schweren Behinderung führen kann oder lebensbedrohlich ist und nicht mit zur Verfügung stehenden und zugelassenen bzw. genehmigten Arzneimitteln geheilt werden kann. Hinreichende Hinweise zur Sicherheit und Wirksamkeit müssen dennoch vorliegen und ein Antrag auf Zulassung oder Genehmigung muss bereits gestellt sein.<sup>31</sup> Das Härtefallprogramm ist dem PEI anzuzeigen, welches der Anwendung widersprechen kann.

<sup>21</sup> Vgl. *Fateh-Moghadam*, Rechtliche Aspekte der somatischen Gentherapie, in: Fehse/Domatsch (Hrsg.), *Gentherapie in Deutschland: eine interdisziplinäre Bestandsaufnahme*, 2013, 151 (155).

<sup>22</sup> Vgl. auch *Walter/Rohde et al.*, Regulatorischer Rahmen für neuartige Therapien - Vom Labor zur klinischen Prüfung, *Bundesgesundheitsbl.* 2011, 803 (806).

<sup>23</sup> ATMPs umfassen neben Gentherapeutika auch somatische Zelltherapeutika und tissue-engineering-Produkte.

<sup>24</sup> Ergänzt wird die ATMP-VO im Hinblick auf wesentliche Begriffsbestimmungen durch die Richtlinie 2001/83/EG.

<sup>25</sup> Im präklinischen Bereich, also der grundlegenden und anwendungsorientierten Erforschung von Genomeditierungsprodukten ohne Anwendung am Menschen spielen die §§ 74ff. GenTG und das – unten näher behandelte – ESchG eine Rolle.

<sup>26</sup> Daher sind bis jetzt auch erst acht Gentherapeutika zentral zugelassen. Vgl. zu den einzelnen Produkten [https://www.pei.de/DE/arzneimittel/atmp/gentherapeutika/gentherapeutika-node.html?cms\\_gts=11896422\\_list%253DaltText\\_str\\_sort%252Basc](https://www.pei.de/DE/arzneimittel/atmp/gentherapeutika/gentherapeutika-node.html?cms_gts=11896422_list%253DaltText_str_sort%252Basc) (Abruf v. 07.12.2020).

<sup>27</sup> Die Möglichkeit einer nationalen „Krankenhausaussnahme“ eröffnet Art. 28 ATMP-VO.

<sup>28</sup> Wann ein Arzneimittel nicht routinemäßig hergestellt wird, wird durch § 4b Abs. 2 AMG präzisiert. Einen weiteren Anhaltspunkt bietet die Gesetzesbegründung: „Eine Herstellung in einem geringen Umfang [...] liegt vor, wenn eine Herstellung für eine kleine Patientenzahl in einer geringen Menge erfolgt, wobei auch nur eine geringe Häufigkeit gegeben sein darf.“ (BT-Drucks. 16/12256, S. 43).

<sup>29</sup> Umstritten ist, ob es sich bei der Erstreckung der Ausnahme auf (alle) Einrichtungen der Krankenversorgung um eine richtlinienkonforme Umsetzung des Merkmals „Krankenhaus“ (Art. 28 ATMP-VO) handelt. Kritisch zu dieser Umsetzung *Machado*, *Induzierte pluripotente Stammzellen – Allgemeine arzneimittel- und gesundheitsrechtliche Fragen der klinischen Anwendung*, *MedR* 2020, 263 (267); sowie *Bock*, § 4b AMG als bewusst richtlinienwidrig konzipierte Ausweitung der nationalen Genehmigungsmöglichkeiten für Arzneimittel für neuartige Therapien, *MedR* 2012, 791ff.; eingehend *Beck/Seitz*, Herausforderung der einfachrechtlichen Regulierung der Genom-Editierung in der EU, in: *Müller/Rosenau* (Hrsg.), *Stammzellen – iPS-Zellen – Genomeditierung*, 199 (210); vgl. auch *Pannenbecker*, in: *Kügel/Müller/Hofmann*, *AMG*, 2. Aufl. 2016, § 4b Rn. 18; ferner *Faltus/Schulz*, *Die arzneimittelrechtliche Handhabung zellbasierter Therapien in Point-of-Care-Behandlungsmodellen*, *PharmR* 2015, 228 (232f.).

<sup>30</sup> Vgl. auch Art. 83 VO 726/2004/EG.

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/5316, S. 37.

4. Letztlich greifen die Anforderungen der Zulassung, Genehmigung und des Härtefallprogrammes nicht, wenn das ATMP nicht in Verkehr gebracht wird. Stellt also ein Arzt das Gentherapeutikum selbst her und bringt es in Anwendung, ohne die Verfügungsgewalt darüber abzugeben, unterliegt er lediglich den Vorschriften über die Herstellungserlaubnis gem. §§ 13ff. AMG (*point-of-care*-Behandlung).<sup>32</sup>

Es zeigt sich also ein System, das versucht, möglichst differenzierend zu wirken: Dort, wo die Anwendung an einer großen Zahl Patienten ermöglicht wird, werden hohe Sicherheitsanforderungen durch das Verfahren gestellt. Sollen hingegen lediglich einzelne Personen mit seltenen und besonders schwerwiegenden Krankheiten behandelt werden, an deren Therapie kein kommerzielles Interesse besteht, stehen einfachere Zugangswege zur somatischen Genomeditierung zur Verfügung. Herausforderung für diese Regulierung ist es dabei, einer Umgehung von Sicherheitsvorschriften unter Ausnutzung der Ausnahmen entgegenzuwirken.<sup>33</sup>

#### IV. Das strafrechtliche Verbot der Keimbahnintervention

##### 1. Schutz durch das Embryonenschutzgesetz

Die für die Keimbahnintervention maßgeblichen und limitierenden Vorschriften finden sich im Embryonenschutzgesetz.<sup>34</sup> Zunächst einmal untersagt das ESchG die Herstellung und Verwendung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 und § 2 ESchG). Eine Erprobung und Entwicklung entsprechender Methoden der Keimbahntherapie an extrakorporal geschaffenen Embryonen ist also einfachgesetzlich verboten. Gewiss wären die beiden Tatbestände nicht einschlägig, wenn eine Therapie oder zumindest ein individueller Heilversuch, also eine Erprobungshandlung mit primär therapeutischer Zwecksetzung, des Embryos im Raum stehen würde. Denn in dieser Konstellation läge ein zu seiner Erhaltung dienender Zweck i.S.v. § 2 ESchG vor. Eine entsprechend hinreichende Sicherheit der Technik ist aktuell aber noch nicht erreicht, bei Fortschreiten der Technologie ist gleichzeitig

zumindest ein Heilversuch nicht auszuschließen.<sup>35</sup>

Dann verbliebe jedoch das rechtliche Verbot nach § 5 ESchG, das im Zentrum der Betrachtung stehen soll: Nach Abs. 1 wird derjenige, der die Erbinformation einer menschlichen Keimbahnzelle künstlich verändert, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe sanktioniert. Ebenso wird nach Abs. 2 bestraft, wer eine künstlich veränderte menschliche Keimzelle zu Reproduktionszwecken verwendet. Bei Keimbahnzellen handelt es sich gem. § 8 Abs. 3 ESchG um solche Zellen, die in einer Zelllinie von der befruchteten Eizelle bis zu den Ei- und Samenzellen des hervorgegangenen Menschen führen. Auch Keimbahnzellen sind Eizellen vom Einbringen oder Eindringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung. Bei Keimzellen handelt es sich um Samen- oder Eizellen (Gameten).

Eine Ausnahme vom Veränderungsverbot nach Abs. 1 soll nach Abs. 4 dann gelten, wenn ausgeschlossen ist, dass die außerhalb des Körpers befindliche Keimzelle zu Reproduktionszwecken verwendet wird. Ebenso tatbestandlich ausgeklammert ist die Veränderung gem. Abs. 1, wenn ausgeschlossen ist, dass eine außerhalb des Körpers befindliche Keimbahnzelle, die verändert wird, anschließend auf einen Embryo, Fötus oder Menschen übertragen wird oder aus ihr eine Keimzelle entsteht. Diese Ausnahmen wurden geschaffen, da grundsätzlich kein Risiko besteht, dass durch die Handlung ein später geborenes Individuum geschädigt wird. Letztlich gilt eine Ausnahme nach Abs. 4, wenn die Keimbahnveränderung unabsichtlich durch Impfungen, strahlen-, chemotherapeutische oder andere Behandlungen auftritt. Da den Gesundheitsrechten bereits Geborener eine erhöhte Bedeutung zugemessen wird<sup>36</sup> und das strafrechtliche Analogieverbot nicht für Tatbestandsausschlüsse gilt, sind hiervon auch die Fälle erfasst, in denen eine somatische Genomeditierung die Keimbahn nicht beabsichtigt verändert.<sup>37</sup>

##### 2. Lücken des ESchG

Das mittlerweile 30 Jahre alte Embryonenschutzgesetz

<sup>32</sup> Vgl. auch *Faltus*, in: *Faltus* (Fn. 3), 54 (70).

<sup>33</sup> Vgl. dazu auch *Beck/Seitz* (Fn. 29), 199ff.

<sup>34</sup> Daneben wären für die therapeutische Anwendung am lebenden Menschen zur Veränderung der Keimbahnzellen die Vorschriften des § 5 AMG und der §§ 223, 228 StGB wesentlich zu beachten. Stehen dagegen Eingriffe am ungeborenen Embryo in utero in Frage, so ist fraglich, ob das ESchG noch anwendbar, ggf. das GenTG zu beachten und die EU-Vorschriften zu klinischen Studien mit einzubeziehen sind. Dazu ausführlich *Faltus*, in: *Faltus* (Fn. 3), 54 (67ff., 70ff.).

<sup>35</sup> Vgl. *Faltus*, in: *Faltus* (Fn. 3), 54 (71).

<sup>36</sup> Vgl. zum Grundrechtsschutz werdender und künftiger Menschen unter V.

<sup>37</sup> Vgl. mit dem Hinweis darauf, dass damit, anders als in Art. 9 Abs. 2 S. 2 der RL 2001/20/EG angedeutet, kein absoluter Schutz der Keimbahn, sondern nur ein solcher vor intentionalen Veränderungen gewährleistet werden soll, *Fateh-Moghadam*, in: *Fehse/Domatsch* (Fn. 21), 151 (159).

wird jedoch durch zahlreiche neue biotechnologische Verfahren an seine Grenzen getrieben.<sup>38</sup> Entstandene Lücken können dabei nicht durch die Bildung von Analogien geschlossen werden, da Art. 103 Abs. 2 GG eine analoge Anwendung des als Strafgesetz ausgestalteten ESchG verbietet.<sup>39</sup> Daher sind entsprechende Umgehungsmethoden und damit einhergehende Schutzlücken, die für den historischen Gesetzgeber nicht vorhersehbar waren, zumindest in rechtlicher Hinsicht zu akzeptieren. Eine Anpassung kann nur über den Weg des – im Bereich des Reproduktionsrechts eher scheuen – Gesetzgebers vorgenommen werden.<sup>40</sup> Im Folgenden können gewiss nicht alle, jedoch einige Beispiele für die Lückenhaftigkeit des ESchG gegeben werden.

#### a) Verwendung von iPS-Zellen

Eine potenzielle Möglichkeit der Umgehung der Verbote durch das ESchG besteht durch die Verwendung induziert pluripotenter Stammzellen (iPS-Zellen).<sup>41</sup> Vorstellbar ist folgende Konstellation: Eine Körperzelle wird künstlich zu einer Stammzelle induziert, quasi zurückprogrammiert. Diese iPS-Zelle vermag es, sich in verschiedene Zellarten, auch in eine Samen- oder Eizelle auszudifferenzieren. Hier stellt sich die Frage, ob es sich bei einer in diesem Prozess entstandenen Gamete um eine Keimzelle und/oder eine Keimbahnzelle im Sinne des ESchG handelt.

##### aa) Keine (künstliche) Keimbahnzelle

Die künstlich geschaffene Gamete befindet sich jedoch nicht innerhalb der Zelllinie und lässt sich nicht bis auf die befruchtete Eizelle zurückführen.<sup>42</sup> Gerade das setzt jedoch die Legaldefinition von § 8 Abs. 3 ESchG voraus. Daher handelt es sich nicht um eine Keimbahnzelle und gegen § 5 Abs. 1 ESchG wird grundsätzlich nicht verstoßen. Anderes würde nur gelten, wenn es sich bei der zurückprogrammierten Zelle nicht um eine somatische Zelle, sondern ihrerseits schon um eine Keimbahnzelle handelt.

##### bb) (Künstliche) Keimzelle?

Weniger einfach dürfte die Antwort auf die Frage gelingen, ob es sich bei der künstlich hergestellten Gamete um eine Keimzelle i.S.v. § 5 Abs. 2 ESchG handelt. Denn dann würde eine Veränderung dieser künstlichen Gamete dem Verbot unterfallen. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass § 8 Abs. 3 ESchG so zu lesen ist, dass geschützte Keimzellen aus der Keimbahn entstehen müssen, also das ESchG auf den Entstehungsprozess der Keimzellen achtet.<sup>43</sup> Andere wenden dagegen ein, dass das Gesetz an keiner Stelle vorschreibt, ob Keimzellen aus Keimbahnzellen entstehen müssen.<sup>44</sup> Der zweite Ansatz bietet den Vorzug, dass er auch dem differenzierenden Wortlaut des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 ESchG Rechnung trägt. Danach wären auch künstliche Gameten aufgrund ihrer funktionalen Gleichwertigkeit tatbestandsmäßig erfasst.

Eine Schutzlücke besteht dennoch, wenn bereits die iPS-Zelle und nicht erst die ausdifferenzierte Gamete genomeditiert wird. Dann legt bereits der Wortlaut nahe, dass die Veränderung nicht erfasst wird: Denn § 5 Abs. 2 ESchG setzt die Veränderung einer bereits bestehenden Keimzelle voraus, nicht die Schaffung einer veränderten Keimzelle.<sup>45</sup>

##### b) Epi-Genom-Editierung

Bei der Veränderung des Epigenoms geht es nicht wie bei der klassisch besprochenen Genomeditierung um das Herausschneiden, Einfügen oder Ersetzen von Basenpaaren der DNA, also um einen gezielt herbeigeführten Doppelstrangbruch. Zwar wird der „Targeting“-Effekt, also das präzise Aufsuchen einer Genstelle, weiterhin genutzt statt die DNA aber zu zerschneiden, werden der DNA umliegende Enzyme verändert. So könnte etwa die Struktur des Chromatins, – vergrößert – die Packungsdichte und Zugänglichkeit bestimmter DNA-Abschnitte für Transkriptionsfaktoren, verändert werden, um so zu beeinflussen, welche Gene in der Zelle abgelesen werden. Dadurch können sich Veränderungen der Funktionalität, der Aktivität

<sup>38</sup> Vgl. dazu auch *Faltus*, Reprogrammierte Stammzellen für die therapeutische Anwendung, *MedR* 2016, 866 (872f.); *Faltus*, Stammzellenreprogrammierung – Der rechtliche Status und die rechtliche Handhabung sowie die rechtssystematische Bedeutung reprogrammierter Stammzellen, 2016, S. 459ff.

<sup>39</sup> Dass eine entsprechende Regulierung im Bereich des Strafrechts vorgenommen wird, lässt sich mit den historisch zur Verfügung stehenden Gesetzgebungskompetenzen begründen. Vgl. dazu *Deuring/Taupitz*, Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn – Deutschland, in: *Taupitz/Deuring* (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn – A Comparative Legal Study*, 2020, 99 (101).

<sup>40</sup> Zur Biotechnologie im Allgemeinen bereits *Beck*, Zur Strafbewehrung der Stammzellforschung – Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie, *Tübingen* 2006, 31.

<sup>41</sup> Vgl. auch *Merkel*, Die Rolle des Strafrechts in der (künftigen) Gesellschaft, in: *Hoven/Kubiciel* (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven des Rechts*, 61 (66f.); *Merkel*, Editing the genome of human embryos: German perspectives, <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/trilaterales-treffen-21-10-2016-merkel.pdf/> (Abruf v. 11.10.2020), S. 5; vgl. *Reich et al.* (Fn. 12), S. 17.

<sup>42</sup> Vgl. ausführlich *Deuring/Taupitz* in: *Taupitz/Deuring* (Fn. 39), 99 (102f.); *Faltus* (Fn. 38), S. 462; vgl. auch *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 103.

<sup>43</sup> *Faltus* (Fn. 38), S. 460ff.; *Faltus*, in: *Faltus* (Fn. 3), 54 (65).

<sup>44</sup> *Deuring/Taupitz* in: *Taupitz/Deuring* (Fn. 39), 99 (106).

<sup>45</sup> *Deuring/Taupitz* in: *Taupitz/Deuring* (Fn. 39), 99 (105).

und der Differenzierung von Zellen erreichen lassen.<sup>46</sup> Dann ist nicht nur fraglich, ob es sich noch um ein Gentherapeutikum im oben beschriebenen Sinne und nicht eher um ein Zelltherapeutikum handelt, sondern auch, ob dieser Eingriff am Genom noch von § 5 ESchG erfasst ist. Schließlich liegt keine direkte Veränderung der Erbinformation vor, sondern nur eine Veränderung der auf die Gen-Expression einflussnehmenden Faktoren.<sup>47</sup>

### V. § 5 ESchG *de lege ferenda*

Doch nicht nur diese, durch technologische Weiterentwicklungen entstandenen, im ESchG klaffenden Lücken lassen den Ruf nach dem Gesetzgeber zunehmend laut werden. Aus der anderen Richtung könnte das kategorische Verbot der Keimbahnintervention in Zukunft angegriffen werden. Bei der Fassung des § 5 ESchG und der Ausgestaltung als konkretes Gefährdungsdelikt hatte der historische Gesetzgeber nämlich nicht primär ethisch-prinzipielle Einwände,<sup>48</sup> sondern technisch-pragmatische Risiken im Blick. Es galt, „genetische Kollateralschäden“ durch unvermeidbare Humanexperimente zu verhindern.<sup>49</sup> Ein Verbot lässt sich also in der Vergangenheit und auch noch heute insbesondere mit Blick auf das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit begründen.<sup>50</sup> Wird der Eingriff an einem Embryo, also nach Verschmelzen der Gameten vorgenommen, so folgt das schon aus dem aus Art. 2 Abs. 2 GG vermittelten subjektiven Recht. Umstritten ist dabei seit Langem die Schutzintensität für ungeborenes Leben.<sup>51</sup> Ebenso schwierig scheint die Frage, ob auch dem prospektiven Menschen bei dem Eingriff an Gameten ein verfassungsrechtlicher Lebensschutz zukommen kann: Ein subjektives Recht kann ohne einen Rechtsgutsträger, an den ein entsprechendes Abwehrrecht anknüpft, nicht gegeben sein. Die reine Potenzialität des Rechtsgutsträgers sieht *Deuring* richtigerweise deshalb als nicht ausreichend

an, da es sich nicht einmal um eine aktive Potenzialität, also die Fähigkeit, sich aus sich heraus zu entwickeln, handele, sondern vielmehr ein äußerer, den Embryo zur Entstehung bringender Akt notwendig sei.<sup>52</sup> Jedoch kann sich auf der objektiv-rechtlichen Ebene des Art. 2 Abs. 2 GG i.S.e. Vorwirkung ein Schutz des künftigen Menschen ergeben.<sup>53</sup>

Die Fortschritte der Genomeditierungsverfahren wie CRISPR/Cas9, die immer präzisere Eingriffe ermöglichen, verschaffen dem Verbot jedoch zunehmend Legitimationsdruck. Deshalb wird zu fragen sein, ob ein Verbot der Keimbahnintervention aufrecht zu erhalten ist, sobald eine hinreichende Sicherheit und Wirksamkeit das Verfahren legitim erscheinen lassen. Dieser in diesem Fall auf dem Verbot lastende Druck ließe sich schon verfassungsrechtlich begründen: Ergibt sich bei dem Eingriff am Embryo ein subjektives Recht und bei dem Eingriff an Keimzellen auf objektiv-rechtlicher Ebene ein Schutz aus Art. 2 Abs. 2 GG, so verbietet das daraus folgende „Recht auf Gesundheit“, dass der Staat den Zugang zu einer medizinischen Behandlung, die nach dem Stand der medizinischen Forschung geeignet und hinreichend sicher ist, das Leben zu verlängern bzw. Leiden nicht nur unerheblich zu mildern, verhindert.<sup>54</sup> Daneben greift ein Verbot der Keimbahnintervention an den Gameten des Zellspenders bzw. der Eltern in ihre Eigentumsrechte, das Persönlichkeitsrecht (nicht jedoch sich erstreckend auf den entstandenen Embryo)<sup>55</sup> und ihre Reproduktionsfreiheit ein.<sup>56</sup> Findet der Eingriff am Embryo statt, lässt sich ein solches Recht der Eltern in den durch das Kindeswohl normativ vorgegebenen Grenzen auch aus Art. 6 Abs. 2 GG herleiten.<sup>57</sup> Daher ist die Frage aufzuwerfen, ob das Verbot der Keimbahnintervention auf das robustere und von technologischen Entwicklungen kaum berührte Fundament kategorial-prinzipieller Argumente gestützt werden kann.

<sup>46</sup> Zum Ganzen *Kressler/Polansky-Biskup*, *Trillium Immunologie* 2019, <https://www.trillium.de/zeitschriften/trillium-immunologie/archiv/ausgaben-2019/heft-42019/neue-techniken/crispr-20.html> (Abruf v. 05.12.2020)

<sup>47</sup> *Müller-Terpitz* in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 5 ESchG Rn. 2.

<sup>48</sup> Die Gefahr des Missbrauchs der Technik insbesondere zum Zwecke der „Menschenzüchtung“ wurde aber gesehen, siehe *BT-Drucks.* 11/5460, S. 11.

<sup>49</sup> *Müller-Terpitz* in: *Spickhoff* (Fn. 47), § 5 ESchG Rn. 1.

<sup>50</sup> *BT-Drucks.* 11/5460, S. 11; vgl. auch *Eberbach*, *Genom-Editing und Keimbahntherapie*, *MedR* 2016, 758 (759, 771f.).

<sup>51</sup> Eine Differenzierung zwischen geborenem und ungeborenem Leben wird dabei einfachgesetzlich durchaus gebilligt: Zu nennen sind § 1 BGB, der die Rechtsfähigkeit ab Geburt feststellt, die §§ 218ff. StGB und nicht zuletzt der oben erwähnte § 5 Abs. 4 Nr. 3 ESchG. Eine Darstellung der Auffassungen findet sich bei *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, *Kommentar zum Grundgesetz*, 91. EL 2020, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1, Rn. 24 Anm. 4.

<sup>52</sup> *Deuring*, *Rechtliche Herausforderungen moderner Verfahren der Intervention in die menschliche Keimbahn. CRISPR/Cas9, hiPS-Zellen und Mitochondrientransfer im deutsch-französischen Rechtsvergleich*, 2019, S. 253f.

<sup>53</sup> *Deuring/Taupitz* in: *Taupitz/Deuring* (Fn. 39), 99 (111); eingehend *Deuring* (Fn. 52), S. 254ff.

<sup>54</sup> Vgl. auch den *Nikolausbeschluss BVerfG NJW* 2006, 891 (894); sowie *BVerfG* 1999, 3399 (3400); *Deuring/Taupitz*, in: *Taupitz/Deuring* (Fn. 39), 99 (111) mit Verweis darauf, dass eine absolute „Risikofreiheit“ aber technisch kaum denkbar ist; zurückhaltender *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 183.

<sup>55</sup> *Deuring* (Fn. 52), S. 239.

<sup>56</sup> Dazu ausführlich *Deuring* (Fn. 52), S. 211ff.; *Frommel*, *Taugt das Embryonenschutzgesetz als ethisches Minimum gegen Versuche der Menschenzüchtung?*, *KJ* 2000, 341 (342); eingehend *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 184; *Braun*, *Kapitulation des Rechts vor der Innovationsdynamik*, *KJ* 2000, 332 (333).

<sup>57</sup> *Deuring* (Fn. 52), S. 240ff.

## 1. Menschenwürde

Zunächst könnte gefragt werden, ob in der Keimbahnintervention auch dann ein Verstoß gegen die Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zu erblicken ist, wenn die hinreichende Sicherheit und Wirksamkeit der Technik erreicht ist.

### a) Menschenwürde des prospektiven Menschen

Ein Großteil der Kritiker der Keimbahnintervention stützt sich dabei auf die Verletzung der Menschenwürde des prospektiven Kindes. Zunächst dürfte zu fragen sein, ob der Embryo oder, im Falle der Veränderung der Gameten, der prospektive Mensch vom Schutz des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sein kann. Zu der Frage, ob sich der Menschenwürdeschutz auf den Embryo erstreckt, lässt sich im Wesentlichen auf die Ausführungen zu Art. 2 Abs. 2 GG verweisen. Der Schutz kommt jedem existenten Angehörigen der menschlichen Gattung zu. „Mensch“ i.S.v. Art. 1 Abs. 1 GG dürfte dabei im Vergleich zu „Jeder“ aus Art. 2 Abs. 2 GG nicht enger zu fassen sein.<sup>58</sup> Daneben kann Art. 1 Abs. 1 GG in objektiv-rechtlicher Dimension eine Vorwirkung ebenso wie Art. 2 Abs. 2 GG entfalten, findet der Eingriff an den Keimzellen statt.

Die Verletzung der Menschenwürde des prospektiven Menschen wird zum Teil darin gesehen, dass er als ein Resultat zweckgerichteter Herstellung zur Welt kommt und damit zum Objekt fremden Handelns und der Wertvorstellungen der prospektiven Eltern gemacht wird.<sup>59</sup> Anknüpfungspunkt dieser Bedenken dürfte wohl nicht die genetische Veränderung als solche sein, mit der sich die Identität des Menschen stets ändere und ihm damit die „Kontrolle über die eigene Zukunft“ entzogen werde. Ein solcher Ansatz setzt sich jedenfalls dem Vorwurf der „Genfixiertheit“ aus, wirkt sich doch nicht jede Veränderung eines Gens automatisch in bedeutender Weise für das Individuum aus.<sup>60</sup> Knüpft man hingegen an die genetische Auswahl bestimmter Eigenschaften an, so kann darin unter Umständen eine besondere Gefahr für das Selbstbestimmungsrecht des künftigen Menschen und seine Fähigkeit, sich frei zu entfalten, gesehen werden.<sup>61</sup>

### aa) Vorzugswürdigkeit der Präimplantationsdiagnostik?

Zunächst lässt sich fragen, ob die Präimplantationsdiagnostik (PID) nach *In-vitro*-Fertilisation das Selbstbestimmungsrecht des künftigen Menschen besser von äußeren Determinanten freihalten und vor einer Instrumentalisierung schützen kann. Bei der PID werden mehrere *in-vitro* erzeugte Embryonen genetisch auf zu befürchtende Erbkrankheiten untersucht und unter den Embryonen der Gesunde zur Implantation ausgewählt. Ein solches Vorgehen ist unter bestimmten Umständen gem. § 3a ESchG möglich.

Zunächst spricht ein praktischer Aspekt gegen den Verweis auf die PID als risikoärmere Alternative zur Keimbahnintervention: Bei autosomal-rezessiven Krankheiten wie der Mukoviszidose ist der Patient erst klinisch betroffen, wenn er die entsprechende Genvariante homozygot trägt. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kind von zwei Eltern, die beide die Genvariante heterozygot tragen, sie selbst homozygot trägt, liegt bei 25%. In einem solchen Fall kann die PID nach einer *In-vitro*-Fertilisation durchaus die Auswahl eines gesunden Embryos ermöglichen. Dieser Weg steht jedoch solchen Eltern nicht offen, die die Genvariante beide homozygot tragen, da jeder der mittels IVF geschaffenen Embryonen das Mukoviszidose-Gen homozygot tragen würde und folglich erkrankt.<sup>62</sup> Zudem bleibt die PID in ihren tatsächlichen, aber auch rechtlich zulässigen Möglichkeiten hinter potenziellen Anwendungen der Keimbahnintervention im Bereich der Prävention multifaktorieller Erkrankungen zurück.<sup>63</sup>

In normativer Hinsicht scheint die Einschätzung, die PID wahre das Selbstbestimmungsrecht des prospektiven Menschen besser, zumindest *prima vista* zweifelhaft. Von einer unbedingten Annahme des Kindes mitsamt seinen genetischen Eigenschaften lässt sich kaum sprechen. Der potenzielle Träger des Selbstbestimmungsrechts wird bei der PID nämlich aussortiert. Es kommt also nur deshalb nicht zu der Frage des „Wie“, weil das „Ob“ der Existenz entschieden wird.<sup>64</sup> Daher stellt die PID nicht ohne Zweifel eine im Hinblick auf die Menschenwürde des werdenden Menschen „schonendere“ Alternative zum Keimbahneingriff dar.

<sup>58</sup> Deuring (Fn. 52), S. 237 f.; a.A. Dreier in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 67.

<sup>59</sup> Braun (Fn. 56), KJ 2000, 332 (336).

<sup>60</sup> Vgl. Deuring (Fn. 52), S. 273ff.; Fateh-Moghadam (Fn. 6), medstra 2017, 146 (154).

<sup>61</sup> Fateh-Moghadam (Fn. 6), medstra 2017, 146 (153).

<sup>62</sup> Deutscher Ethikrat (Fn. 12), S. 84f.

<sup>63</sup> Deutscher Ethikrat (Fn. 12), S. 91.

<sup>64</sup> Dazu auch Eberbach (Fn. 50), MedR 2016, 758 (771f.); Fateh-Moghadam (Fn. 6), medstra 2017, 146 (153)

### bb) Identität und Selbstbestimmung prospektiver Menschen

Daher ist letztlich zu klären, ob jeder Keimbahneingriff in Ansehung des Selbstbestimmungsrechts des prospektiven Menschen und seines „Rechts auf offene Zukunft“ gleichermaßen problematisch ist. Das kann jedoch jedenfalls für die therapeutische Anwendung bei schweren Erbkrankheiten kaum angenommen werden. Zwar kann durchaus gesagt werden, dass der Umstand, an einer (schweren) Krankheit zu leiden, zu einem wesentlichen Teil zur Identität des Menschen beitragen kann.<sup>65</sup> Daraus lässt sich aber keineswegs kategorisch eine Schutzbedürftigkeit dieser Krankheit ableiten.<sup>66</sup> Vielmehr kann es gerade dem Art. 1 Abs. 1 GG entsprechen, wenn durch den Eingriff das Leid gelindert und dem künftigen Menschen zu einer offenen Entwicklung verholfen wird.<sup>67</sup>

Anderes könnte sich aber bei rein optimierenden Eingriffen (*Enhancement*) ergeben, die eine Steigerung oder Erweiterung mentaler, physischer oder charakterlicher Eigenschaften des prospektiven gesunden Menschen bezwecken.<sup>68</sup> Während der Eingriff zu therapeutischen Zwecken dem künftigen Menschen eine möglichst freie und selbstbestimmte Entwicklung gewährleisten kann, indem es ihn vor den Einschränkungen einer schweren Krankheit bewahrt, kann die Verbesserung von Fähigkeiten und Eigenschaften die Entfaltung und die Bildung eines Selbstverständnisses beschränken. Das gilt gewiss nicht für alle Verbesserungen gleichermaßen. So sind Fähigkeitssteigerungen denkbar, die nahezu ausschließlich weitere Möglichkeiten eröffnen, etwa die Steigerung der allgemeinen Intelligenz. Auf der anderen Seite dürfte die starke Verbesserung des Muskelwachstums zwar einer Karriere als Gewichtsheber Vorschub leisten, in anderen Bereichen die Entwicklung hingegen (beträchtlich) hemmen.<sup>69</sup> Je eher sich aus dem Eingriffsziel ein konkreter Lebensplan für das künftige Kind ersehen lässt und daher auch spezifischen subjektiven Wertvorstellungen der Eltern folgt, desto eher dürfte von einer Objektivierung und Instrumentalisierung des prospektiven Menschen zu sprechen sein.<sup>70</sup> Dem lässt sich auch nicht einfach entgegen, die genetische Zusam-

mensetzung lasse sich auch durch die gezielte Partnerwahl beeinflussen. Zum einen ist diese Art der Auswahl im Hinblick auf die Präzision unvergleichlich mit dem Keimbahneingriff. Zum anderen geht es bei der Partnerwahl und dem Kinderwunsch primär um das „Ob“ der Existenz, nicht aber um das „Wie“.<sup>71</sup>

Dogmatisch lässt sich bei der Differenzierung von Therapie und *Enhancement* im Hinblick auf die Menschenwürde an die Figur der Einwilligung Anschluss nehmen: Die Situation, dass ein Individuum nicht autonom über einen Eingriff in seine eigenen Rechtsgüter entscheidet, ist dem Recht keinesfalls fremd, ist doch eine stellvertretende Einwilligung der Eltern bei nicht einwilligungsfähigen Kindern anerkannt. Zwar lässt sich die stellvertretende Einwilligung nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Konstellation übertragen, da der Embryo und ganz klar der nur künftige Embryo keine tauglichen Rechtssubjekte sind, deren Willen ersetzt werden könnte. Dennoch lässt sich erwägen, ob eine Figur ähnlich der mutmaßlichen Einwilligung genutzt werden kann, um dem Vorwurf einer Instrumentalisierung entgegenzuwirken. Eine solche verspricht die eben skizzierte Differenzierung von Therapie und *Enhancement* zu tragen, da das objektive Interesse an einem Eingriff eher anzunehmen ist, je klarer es sich um einen therapeutischen Eingriff handelt.<sup>72</sup> Jedoch dürfte es nicht überzeugen, einen rein generalisierenden Maßstab anzulegen und die familiären Verhältnisse völlig unbeachtet zu lassen. Vielmehr sollte den Eltern wie auch in der nachgeburtlichen Konstellation mittels somatischer Genomeditierung ein gewisser Entscheidungsspielraum zukommen.<sup>73</sup> Dieser Spielraum entfaltet sich dabei innerhalb der durch das Kindeswohl gezeichneten Grenzen, weshalb dem objektiven Interesse gleichwohl eine wichtige limitierende Funktion zukommt.<sup>74</sup>

### b) Natürlichkeit und Gattungswürde

Kritiker der Keimbahnintervention verweisen zur Legitimation eines Verbotes zudem auf den überindividuellen Aspekt der Natürlichkeit. Dieses (ethische) Prinzip werde missachtet, verletzt man die Integrität des menschlichen

<sup>65</sup> Vgl. auch *Fateh-Moghadam* (Fn. 6), medstra 2017, 146 (154).

<sup>66</sup> *Deuring* (Fn. 52), S. 279ff.; vgl. auch *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 1 Abs. 1 Rn. 108.

<sup>67</sup> Gleiches gilt auch für die Prävention von Krankheiten, sofern es sich jedenfalls um eine Risikonormalisierung handelt, vgl. dazu *Deuring* (Fn. 52), S. 289ff.

<sup>68</sup> *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 212.

<sup>69</sup> Vgl. dazu auch *Deuring* (Fn. 52), S. 284ff. m.w.N.; *Welling*, *Genetisches Enhancement*, 2014, S. 149f.

<sup>70</sup> Vgl. dazu auch *Fateh-Moghadam* (Fn. 6), medstra 2017, 146 (155).

<sup>71</sup> *Deuring* (Fn. 52), S. 286.

<sup>72</sup> *Deuring* (Fn. 52), S. 287; vgl. weiter auch *Habermas*, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, 5. Aufl. 2018, S. 80ff.

<sup>73</sup> *Fateh-Moghadam* (Fn. 6), medstra 2017, 146 (154f.).

<sup>74</sup> Zu Abgrenzungsproblemen zwischen Therapie und *Enhancement* unten V. 2.

Genoms durch einen Keimbahneingriff.<sup>75</sup> Vertreter solcher Natürlichkeitsargumente sehen sich auf mehreren Ebenen einer Beweislast ausgesetzt. Sie müssen zum einen eine Abgrenzung von Natürlichem und Unnatürlichem leisten, was schon deshalb nicht als unproblematisch gelten dürfte, weil das Bedeutungsspektrum des Natürlichkeitsbegriffs gewaltig ist.<sup>76</sup> Zum anderen müssen sie darlegen können, warum der Natürlichkeit selbst ein unmittelbarer ethischer Wert zugesprochen werden kann; schließlich lassen sich die meisten medizinischen Eingriffe durchaus als etwas Unnatürliches, gleichzeitig aber als ethisch unproblematisch begreifen.<sup>77</sup> Die ethische Durchschlagskraft von Natürlichkeitsargumenten soll hier jedoch nicht weiter besprochen werden, da ihre rechtliche Anschlussfähigkeit für zweifelhaft gehalten wird.

Zum Teil wird vorgebracht, dass in objektiv-rechtlicher Dimension nicht der künftige Mensch, sondern die „abstrakt gesehenen Menschen als Subjekt der Geschichte“ geschützt werden.<sup>78</sup> Eine Verletzung dieser überindividuellen Menschenwürde trete ein, wenn das menschliche Erbgut auch künftiger Generationen beeinträchtigt werde. Denn solche Eingriffe könnten das von Art. 1 Abs. 1 GG vorausgesetzte Menschenbild verändern, weshalb der Genpool als unverfügbar gelten müsse.<sup>79</sup> Ein Menschenwürdebegriff, der die menschliche Gattung in seinen Schutz aufnehmen soll, verliert jedoch den Träger der Menschenwürde aus dem Blick und wird weder vom Wortlaut des Art. 1 GG („Würde des Menschen“) noch nach der Entstehungsgeschichte nahe gelegt.<sup>80</sup> Das entscheidende Argument gegen ein Erfasstsein einer „Gattungswürde“ kann jedoch darin gesehen werden, dass die Ausweitung des Schutzes zu einem geringeren Schutzniveau des Art. 1 Abs. 1 GG führen könnte. *Frommel* spricht von der Gefahr einer Verflachung und Verflüssigung von Grundrechten, möchte man

die Gleichsetzung von individueller und überindividueller Menschenwürde plausibel durchhalten.<sup>81</sup> Betonung verdient dabei, dass die Einbeziehung des prospektiven Menschen in den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG nicht mit der Annahme einer „Gattungs- oder Menschheitswürde“ gleichzusetzen ist. Die Vorwirkung bezieht sich nämlich auf das mögliche Individuum, während Ansätze, die die Unverfügbarkeit des Genpools hochhalten, den grundrechtlichen Schutz vom Individuum ablösen.<sup>82</sup> Der Unterschied dieser beiden Ansätze zeigt sich in der grundsätzlichen Verfügbarkeit des Erbguts im Rahmen des (individuellen) Kindeswohls, nimmt man eine Vorwirkung an.<sup>83</sup>

## 2. Dambruch und positive Eugenik

Des Weiteren wird das Dambruch- (oder *slippery slope*-) Argument gegen eine Lockerung des § 5 ESchG stark gemacht. Dieses vor allem aus der ethischen Diskussion stammende Argument warnt vor einer Lockerung, da sie mit hoher Wahrscheinlichkeit zu steigender Akzeptanz und letztlich zu weitreichenden Konsequenzen führe.<sup>84</sup> Dabei ist das Dambruch-Argument keineswegs ein Novum insbesondere biopolitischer Debatten; sie warnten bereits bei der liberalen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs und der PID sowie jüngst bei dem (vom BVerfG gekippten) Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe (§ 217 StGB a.F.) vor einer zunehmenden Bewertung von fremder Lebensqualität.<sup>85</sup> Die katastrophale Konsequenz der Lockerung des Verbotes der Keimbahnintervention bestünde in der Ausweitung der Genomeditierung zum Zwecke nicht-therapeutischer, „verbessernder“ Anwendung und der Förderung einer positiven Eugenik.<sup>86</sup>

Hier zeigt sich auch die rechtsdogmatische Übersetzbarkeit des Argumentes: Wenn im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG der therapeutische Eingriff anders als der optimierende

<sup>75</sup> Vgl. in diese Richtung u.a. *Habermas* (Fn. 72), S. 70ff.

<sup>76</sup> *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 133.

<sup>77</sup> Vgl. weitergehend *Aslan et al.* (Fn. 13), S. 26ff.

<sup>78</sup> *Benda* in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), *Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1986/1*, 17 (26).

<sup>79</sup> *Benda* (Fn. 78), 17 (27) mit Verweis auf *Vitzthum*, *Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, JZ 1985, 202 (209); in diese Richtung auch *Braun* (Fn. 56), KJ 2000, 332 (337ff.); *Hillgruber* in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK-GG*, 45. Ed. 2020, Art. 1 Rn. 22b; aus der Betrachtung eines überindividuellen Bezugsrahmens könnte sich ein sicherheitsrelevanter Aspekt ableiten lassen: Nimmt man mittels der Keimbahnintervention Korrekturen an einer Vielzahl von Individuen vor, so kann es zu einer Vereinheitlichung des Genpools kommen. Eine solche könnte mit gesundheitsrelevanten Fernwirkungen für ganze Populationen einhergehen. Effekte solcher Art sind aus Monokulturen im Ackerbau und in der Viehzucht bekannt, vgl. dazu auch *Aslan et al.* (Fn. 13), S. 10; *Deuring* (Fn. 52), S. 329ff.

<sup>80</sup> *Deuring/Taupitz* in: *Taupitz/Deuring* (Fn. 39), 99 (115); vgl. auch *Frankenberger*, *Die Würde des Klons und die Krise des Rechts*, JZ 2010, 325ff.

<sup>81</sup> *Frommel* (Fn. 56), KJ 2000, 341 (342).

<sup>82</sup> Vgl. auch *Deuring* (Fn. 52), S. 258.

<sup>83</sup> Vgl. dazu V. 1. a).

<sup>84</sup> Vgl. *Aslan et al.* (Fn. 13), S. 12ff.; *Benda* (Fn. 78), 17 (26).

<sup>85</sup> Vgl. in diesem Kontext auch *Hufen*, *Selbstbestimmtes Sterben – Das verweigerte Grundrecht*, NJW 2018, 1524 (1526); sowie *Kreß*, *Präimplantationsdiagnostik und Fortpflanzungsmedizin angesichts des ethischen Pluralismus – Rechtspolitische Gesichtspunkte nach dem Urteil des BGH*, ZRP 2010, 201 (202).

<sup>86</sup> Von vielen *Lanphier et al.*, *Don't edit the human germ line*, nature 2015, 410 (411): „Many oppose germline modification on the grounds that permitting even unambiguously therapeutic interventions could start us down a path towards non-therapeutic genetic enhancement. We share these concerns.“

Eingriff problematisch ist, dann kann in der Befürchtung einer Anwendungsausweitung eine Gefahr für die Menschenwürde zukünftiger Individuen gesehen werden. Dass das Dambruchargument nicht endgültig „widerlegt“ werden kann, liegt wohl in seiner Natur begründet. Jedenfalls dürfte jedoch denjenigen, der dieses Argument für sich streiten lassen möchte, die doppelte Beweislast treffen. Zum einen müsste er darlegen können, warum es notwendigerweise zu einer weiteren regulativen Öffnung kommt. Zum anderen ist zu zeigen, warum die Konsequenz als schlecht zu bewerten wäre.<sup>87</sup> Jedenfalls lässt sich ein aus der Sterbehilfe-Debatte bekanntes Gegenargument fruchtbar machen: Ist die Intervention zwar in Deutschland verboten, aber in anderen Staaten erlaubt, kann ein Therapie-Tourismus erwartet werden.<sup>88</sup> Letztlich lässt sich der eher abstrakten Angst, normativ auf die schiefe Ebene zu geraten, die konkrete Verhinderung von Krankheit und Leiden gegenüberstellen.<sup>89</sup>

Dennoch ist die Sorge, die das Dambruchargument vermittelt, ernst zu nehmen und ein interdisziplinärer fachwissenschaftlicher, aber auch öffentlich-gesellschaftlicher Diskurs zu der Abgrenzung von Therapie und *Enhancement* geboten. Denn die Angst vor dem steten Grenzübertritt darf vor allem dort als berechtigt angesehen werden, wo die Grenzen nicht bestimmt genug gezeichnet sind.<sup>90</sup> Eine Konturierung der Begrifflichkeiten ist dabei nicht nur für die Keimbahnintervention, sondern auch für die somatische Gentherapie von Bedeutung. Denn für die Frage, welche Anforderungen an den „*informed consent*“ in einen medizinischen Eingriff und insbesondere ein Erprobungshandeln am Menschen zu stellen sind, kommt es maßgeblich auf die medizinische Indikation an.<sup>91</sup> So lassen sich hier nur einige der Konstellationen und Fragen skizzieren, die die Schwierigkeiten einer Grenzziehung verdeutlichen: Nimmt man als Ausgangspunkt den Begriff der Krankheit, auf den sich die Therapie bezieht,<sup>92</sup> so stellt sich bereits die Frage, ob es lediglich auf eine biologisch-technische

Dysfunktion<sup>93</sup> oder vielmehr auf eine Beeinträchtigung des Individuums ankommt. Wenn es auf eine solche Beeinträchtigung ankommt, aus welcher Perspektive ist sie zu beurteilen? Aus der Sicht des Individuums? Oder aus dem gesellschaftlichen Blickwinkel, durch den das Individuum bereits mit einer Funktion versehen wird? Ist die Beeinträchtigung im Verhältnis zum kulturellen Umfeld zu betrachten?<sup>94</sup> Inwiefern unterliegt eine auf die Beeinträchtigung zentrierte Betrachtung einem dynamischen Wandel? Inwieweit können Verbesserungen anderer den Nachteil für das Individuum verschärfen?<sup>95</sup> Zuletzt sei der Bogen zu den Zwillingsschwestern Lulu und Nana geschlagen: Handelt es sich bei dem Risiko der HIV-Infektion um eine Krankheit? Wie lässt sich die Prävention mit dem Begriffspaar Therapie und *Enhancement* in Beziehung setzen?<sup>96</sup> Kann es einen Unterschied machen, ob das Risiko erblich bedingt ist, etwa weil ein Elternteil erkrankt ist oder das Risiko durch äußere Umstände, etwa durch die Geburt in einem Gebiet mit besonders hoher Infektionszahl gesteigert ist? Wie verhält es sich mit der Prävention multifaktorieller Krankheiten? Kann nur die Risikonormalisierung, also das Herabsetzen auf das durchschnittliche Erkrankungsrisiko wie eine Therapie behandelt werden? Oder ist bereits jede genetisch korrigierbare Disposition schon durch den Krankheitsbezug vom Verdacht, einer Verbesserung zu dienen, befreit?<sup>97</sup> Diese ausgewählten Fragen können hier nicht beantwortet werden, aber die Notwendigkeit einer möglichst breit geführten Debatte über die Grenzfälle von Therapie und Verbesserung verdeutlichen. Diese dürfte nicht zuletzt geboten sein, um den Unsicherheiten, die das Dambruch-Argument adressiert, zu begegnen.

### 3. Sozialer Druck und negative Eugenik

Weiter wird der Keimbahntherapie entgegnet, sie erzeuge einen Druck auf künftige Eltern, eine entsprechende Therapie vornehmen zu lassen und das künftige Kind von (schweren) Behinderungen zu befreien. Nicht nur von Seiten des nahen Umfelds könnte die Entscheidung der pro-

<sup>87</sup> Aslan et al. (Fn. 13), S. 12ff.

<sup>88</sup> Eberbach (Fn. 50), MedR 2016, 758 (770).

<sup>89</sup> In diesem Zusammenhang bei antizipiertem Missbrauch von einem „Verbot auf Vorrat“ sprechend Deuring/Taupitz, in: Taupitz/Deuring (Fn. 39), 99 (114).

<sup>90</sup> Vgl. eingehend zum Problem des Neuroenhancements Merkel, Neuartige Eingriffe ins Gehirn – Verbesserung der mentalen *conditio humana* und strafrechtliche Grenzen, ZStW 2009, 919; eingehend Merkel et al., Intervening in the Brain. Changing Psyche and Society, 2007, S. 289 – 382.

<sup>91</sup> Vgl. auch Beck, Enhancement – die fehlende rechtliche Debatte einer gesellschaftlichen Entwicklung, MedR 2006, 95 (99).

<sup>92</sup> Vgl. dazu auch Lanzerath/Honnewald, in: Düwell/Mieth (Hrsg.), Krankheitsbegriff und ärztliche Anwendung der Humangenetik, Ethik in der Humangenetik, 51 (52); Schramme, Gesundheit und Krankheit in der philosophischen Diskussion, in: Beck (Hrsg.), Krankheit und Recht. Ethische und juristische Perspektiven, 3 (8ff.).

<sup>93</sup> Vgl. Boorse, Health as a Theoretical Concept, *Philosophy of Science* 1977, 542ff.

<sup>94</sup> Vgl. zu kulturellen Einflüssen *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 197.

<sup>95</sup> Vgl. hierzu im Kontext des Dopings auch Beck (Fn. 91), MedR 2006, 95, 99.

<sup>96</sup> Diese Frage ebenfalls aufwerfend Eberbach (Fn. 50), MedR 2016, 758 (770); *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 93f.

<sup>97</sup> Vgl. dazu auch *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 196f.; sowie eingehend Deuring (Fn. 52), S. 207ff.

spektiven Eltern hinterfragt werden. Sie könnte überdies als eine unnötige Belastung für die Gesellschaft gedeutet werden. Letztlich könnte auch das Kind selbst später diese Frage an die Eltern richten. So wird zwar noch nicht die technische Innovation selbst, vermutlich aber die Legalisierung der Keimbahnintervention das Verhalten der Eltern zu einem potenziellen Anknüpfungspunkt individueller Verantwortlichkeit werden lassen. Dort, wo Behinderungen technisch und rechtlich vermeidbar werden, kann erstmals die unterlassene künstliche Zusammensetzung des Erbgutes einen Vorwurf an die Eltern provozieren. Es wird befürchtet, dass dieser Umstand ein Klima negativer Eugenik entstehen lässt, das einer Inklusion eingeschränkter Menschen im Wege steht.<sup>98</sup> Anders als der positiven Eugenik kann dieser Gefahr nicht mit einer starken und ausdifferenzierten Grenzziehung „auf der schiefen Ebene“ entgegengewirkt werden. Ein solches Vorgehen könnte der negativen Eugenik sogar Vorschub leisten, hat es doch eine möglichst klare Definition dessen zum Ergebnis, was als krank, heilungsbedürftig und damit unerwünscht angesehen wird.

Zwei Aspekte seien hier jedoch vorgebracht, die gegen eine Legitimation des rechtlichen Verbotes sprechen: *Ers-*tens traf der Vorwurf, zu einer „Eugenik von unten“ oder „sozialen Eugenik“<sup>99</sup> zu führen, bereits die PID, bei der die Selektion eines gesunden Embryos das Ziel der Technik ist.<sup>100</sup> Bei der Keimbahntherapie ist an die Diagnose der Krankheit jedoch keine Verwerfung des Embryos geknüpft. *Zweitens* ist fraglich, ob diese aus soziologischer und moralphilosophischer Sicht nachvollziehbare Kritik für das Recht anschlussfähig gemacht werden kann. Das ist deshalb ein schwieriges Unterfangen, weil ein eugenisches Klima zum einen im Entstehen schwer nachweisbar ist. Zum anderen sind die Auswirkungen auf geschützte Individuen, namentlich die prospektiven Eltern mittelbarer Natur; Kausalzusammenhänge auszumachen dürfte sich schwierig gestalten.<sup>101</sup> *Fateh-Moghadam* weist darauf hin, dass es eine „weitreichende Entmündigung von Personen“ bedeute, wenn man den sozialen Druck als „freiwilligkeitsausschließend“ deuten würde.<sup>102</sup>

## VI. Fazit

Sowohl für die somatische Anwendung in der Humanmedizin als auch für die Keimbahntherapie ist es Aufgabe für das Recht, jeweils eigene Spannungsfelder zu identifizieren. Die Regulation der somatischen Genomeditierung versucht dabei, die hinreichende Sicherheit und Wirksamkeit eines in seiner komplexen Wirkweise nicht gänzlich verstandenen Produktes in Einklang mit einem Zugang zu diesen neuartigen Therapieformen zu bringen. Dabei stellen sich besonders Herausforderungen in Anbetracht der Individualität der Therapie und dem z.T. geringem ökonomischen Interesse an ihrer Erforschung. Die rechtliche Bewertung der Keimbahnintervention hingegen steht bei der kontrafaktisch unterstellten Sicherheit und Wirksamkeit der Anwendung vor der Frage, ob fundamental-kategorische Einwände ein Verbot der Keimbahnintervention tragen. Überzeugende Einwände für ein absolutes Verbot der Keimbahnintervention im Bereich der therapeutischen Zwecksetzung lassen sich jedoch nicht finden. Eine restriktive Lockerung des § 5 ESchG könnte dabei Missbrauchspotenziale verringern. So wäre es denkbar, den Eingriff, wie auch andere Behandlungsmethoden, unter einen Ärztevorbehalt zu stellen und eine Genehmigung in ähnlich drastischen Fällen monogenetischer Erbkrankheiten wie bei der PID (§ 3a ESchG) vorzusehen.<sup>103</sup> Mit einer solchen restriktiven Öffnung der Keimbahntherapie würde nicht zuletzt einem Therapie-Tourismus in andere Staaten mit weniger restriktiven Regulierungen begegnet werden.<sup>104</sup> Gleichzeitig kann sie die nachhaltige Reflexion der Grenzziehung von Therapie und *Enhancement* katalysieren.<sup>105</sup>

<sup>98</sup> Braun (Fn. 56), KJ 2000, 332 (335f.).

<sup>99</sup> Empfindlicher dürfte bei der „Eugenik von oben“ reagiert werden, etwa der staatlichen Inzentivierung der Anwendung zur Verbesserung des populargenetischen Gesamtzustandes, vgl. dazu Aslan et al. (Fn. 13), S. 14; *Deutscher Ethikrat* (Fn. 12), S. 216.

<sup>100</sup> Krefß (Fn. 85), ZRP 2010, 201 (202).

<sup>101</sup> Braun (Fn. 56), KJ 2000, 332 (336).

<sup>102</sup> *Fateh-Moghadam* (Fn. 6), medstra 2017, 146 (155f.).

<sup>103</sup> Vgl. auch *Fateh-Moghadam* in: Fehse/Domatsch (Fn. 21), 151 (177).

<sup>104</sup> Dazu auch Eberbach (Fn. 50), MedR 2016, 758 (770).

<sup>105</sup> Vgl. auch *Deuring* (Fn. 52), S. 321ff.

## Die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO – ein wirkungsvolles verwaltungsprozessuales Instrument (nicht nur) in Zeiten der Pandemie

Dr. Patrick Christian Otto

Der Verfasser ist als Justiziar und Leiter der Rechtsabteilung bei der Zahnärztekammer Niedersachsen in Hannover tätig. Der Beitrag wurde nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt alleine die persönliche Sichtweise des Verfassers wieder.

### A. Zur Bedeutung der prinzipalen Normenkontrolle nach § 47 VwGO in juristischer Ausbildung und Praxis

Die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist als Verfahrensart des Verwaltungsprozesses Prüfungsstoff der Pflichtfachprüfung im Öffentlichen Recht (in Niedersachsen in § 16 Abs. 3 Nr. 11 lit. e) und g) NJAVO geregelt) und wesentlicher Gegenstand der juristischen Ausbildung. Sie gehört nach der Intention der Landesjustizministerien – jedenfalls in der Theorie – zum zwingend zu kennenden und zu beherrschenden Handwerkszeug von Nachwuchsjuristinnen und -juristen.<sup>1</sup>

Obschon die Prinzipalnormenkontrolle in jeder Grundlagenvorlesung zum Verwaltungsprozessrecht sowie in vertiefenden Lehrveranstaltungen (Übungen für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht sowie universitären Examensvorbereitungskursen) mit fortwährender Regelmäßigkeit behandelt und anhand von Übungsfällen exemplifiziert wird, fristet sie gleichwohl nach dem Eindruck des Verfassers in schriftlichen wie mündlichen Prüfungen während der juristischen Ausbildung in den Examina eher ein Schattendasein; der Fokus liegt stärker auf den gängigen verwaltungsprozessualen Klagearten, konkret der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO<sup>2</sup>, der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO<sup>3</sup>, der allgemeinen Leistungsklage (erwähnt in den §§ 43 Abs. 2 S. 1, 111 S. 1, 113 Abs. 4 VwGO)<sup>4</sup>, der allgemeinen Feststel-

lungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO<sup>5</sup> und der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (in direkter bzw. (doppelt) analoger Anwendung)<sup>6</sup> sowie dem zu den genannten Klagearten korrespondierenden vorläufigen Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Anträge nach §§ 80, 80a VwGO zur Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage und § 123 VwGO für den Erlass einer einstweiligen Anordnung in Gestalt der Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO und der Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO).<sup>7</sup>

Die juristische Ausbildung (sowohl das Studium als auch der Vorbereitungsdienst) wird damit derzeit von vielen Nachwuchsjuristinnen und -juristen durchlaufen, ohne sich in eigener (Klausur-)Anwendung vertieft mit der prinzipalen Normenkontrolle nach § 47 VwGO beschäftigt und auseinandergesetzt zu haben. Beim Übergang in die juristische (Beratungs-)Praxis, insbesondere dann, wenn als zukünftiges Betätigungsfeld das im vergangenen Kalenderjahr verstärkt in den Fokus gerückte Öffentliche Recht gewählt wird<sup>8</sup>, zeigt sich dann recht schnell, weshalb die Verordnungsgeber der Länder die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO in ihren jeweiligen Ausbildungsverordnungen vorsehen.

Denn die prinzipale Normenkontrolle ist bereits an sich, aber insbesondere in den derzeit noch fortwährenden

<sup>1</sup> Soweit im Einzelfall zur besseren Lesbarkeit die männliche Form verwendet wird, sind gleichwohl alle Geschlechter angesprochen.

<sup>2</sup> Grundlegend zur Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO: Frenz, Die Anfechtungsklage, JA 2011, 433ff.

<sup>3</sup> Grundlegend zur Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO: Frenz, Die Verpflichtungsklage, JA 2011, 917ff.

<sup>4</sup> Grundlegend zur allgemeinen Leistungsklage im Verwaltungsprozess: Frenz, Die allgemeine Leistungs(vornahme)klage, JA 2010, 328ff.; Geis/Meier, Grundfälle zur allgemeinen Leistungsklage, JuS 2013, 28ff.

<sup>5</sup> Grundlegend zur allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO, die im Gegensatz zur prinzipalen Normenkontrolle das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Nichtigkeit eines VA und nicht die Rechtsgültigkeit einer Norm als solcher zum Gegenstand hat: Geis/Schmidt, Grundfälle zur verwaltungsprozessualen Feststellungsklage (§ 43 VwGO), JuS 2012, 599ff.

<sup>6</sup> Grundlegend zur Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO: Decker, Die Fortsetzungsfeststellungsklage in der Situation der Verpflichtungsklage, JA 2016, 241ff.; Funke/Stocker, Die Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage bei vorprozessualer Erledigung, JuS 2019, 979ff.; Ingold, Die Fortsetzungsfeststellungsklage in der Fallbearbeitung, JA 2009, 711ff.

<sup>7</sup> Den vorläufigen Rechtsschutz in Verwaltungssachen instruktiv darstellend Gatz, Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO, ZAP 2019, 407ff.; ders., Vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO, ZAP 2019, 523ff.; Spitzlei, Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess im Überblick, Jura 2019, 600ff.

<sup>8</sup> In der Literatur wird bisweilen davon gesprochen, dass die COVID-19-Pandemie dem Öffentlichen Recht „großen Auftrieb“ gebracht habe, vgl. Klafki, Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie, JuS 2020, 511 (515).

Zeiten der Covid-19-Pandemie<sup>9</sup>, in denen Landesrechtsverordnungen ob der besonderen Eilbedürftigkeit neuer Maßnahmen zum - mit Abstand - am praktikabelsten befundenen und damit bevorzugten Handlungsinstrumentarium der unmittelbaren Staatsverwaltung werden, ein regelmäßig angewandtes und bei näherer Betrachtung sehr wirkungsvolles verwaltungsprozessuales Instrument. Kurzum: Der Erwerb von Kenntnissen der prinzipalen Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist mit Recht in der juristischen Ausbildung vorgesehen und in der juristischen Praxis – selbst dann, wenn das Öffentliche Recht nur als Randgebiet der eigenen Tätigkeit betrachtet wird – notwendig.

Dieser Beitrag steht – auch aufgrund der eigenen Erfahrungen des Verfassers – im Bestreben, die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO stärker in den Fokus der juristischen Ausbildung zu rücken, in der sie kennenzulernen und zu erlernen ist und – soweit ersichtlich – damit erstmalig im Rahmen eines Beitrags in einer Ausbildungszeitschrift<sup>10</sup> in ihren wesentlichen Grundzügen darzustellen.<sup>11</sup>

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen werden die Abgrenzung zwischen der prinzipalen und der in diesem Beitrag im Übrigen nicht näher behandelten inzidenten Normenkontrolle<sup>12</sup> (unter B.), die prinzipale Normenkontrolle in der Zulässigkeitsprüfung (unter C.) und der Begründetheitsprüfung (unter D.) sowie – als „hot topic“ der COVID-19-Pandemie – den Themenkreis prinzipale Normenkontrolle und einstweiliger Rechtsschutz mit den zu beachtenden Besonderheiten (unter E.) beinhalten. Abgerundet wird der Beitrag durch ein Resümee des Verfassers (unter F.).

## B. Abgrenzung zwischen prinzipaler und inzidenter Normenkontrolle

Bevor die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO en détail dargestellt werden kann, ist zunächst eine Abgrenzung zur inzidenten Normenkontrolle vonnöten.

Bei der *inzidenten Normenkontrolle* steht im Gegensatz zur prinzipalen Normenkontrolle nicht die Rechtsnorm als solche unmittelbar auf dem Prüfstand, sondern es wird – beispielsweise im Rahmen einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO – die Rechtmäßigkeit eines konkreten exekutiven Einzelaktes untersucht.

Erst im Rahmen der Prüfung des Einzelaktes in der Begründetheit (bei der Anfechtungsklage eines Verwaltungsaktes (VA) im geläufigen Aufbauschema getrennt nach den Prüfungspunkten Ermächtigungsgrundlage, formelle Rechtmäßigkeit, materielle Rechtmäßigkeit<sup>13</sup>) wird der dem Akt zugrundeliegende streitentscheidende Rechtsatz (die Ermächtigungsgrundlage des Einzelaktes) vom Verwaltungsgericht im ersten Prüfungsschritt ihrerseits auf ihre Rechtmäßigkeit, insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit, überprüft. Gelangt das Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass bereits die Ermächtigungsgrundlage ihrerseits rechtswidrig ist (etwa weil sie gegen Freiheits- oder Gleichheitsgrundrechte verstößt) und wird dies – soweit die Rechtsgrundlage in einem nachkonstitutionellen formellen Parlamentsgesetz zu sehen ist – vom im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80ff. BVerfGG angerufenen BVerfG bzw. in Ausnahmefällen dem jeweiligen Landesverfassungsgericht<sup>14</sup> bestätigt, kann der jeweilige VA als Einzelakt – soweit keine andere rechtmäßige Ermächtigungsgrundlage einschlägig ist – grundsätzlich nicht in rechtmäßiger Weise ergehen, da der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG verletzt ist.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Siehe zur Bedeutung von Pandemien für verwaltungsrechtliche Prüfungen und besondere verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle auch *Klafki* (Fn. 8), *JuS* 2020, 511ff.; *Marquardsen/Gerlach*, Die Corona-Pandemie in der verwaltungsrechtlichen Prüfung – Teil I, *JA* 2020, 721ff.; *dies.*, Die Corona-Pandemie in der verwaltungsrechtlichen Prüfung – Teil II, *JA* 2020, 801ff.

<sup>10</sup> Erwähnt seien insoweit die Beiträge älteren Datums in Fachzeitschriften von *Renck*, Zur Dogmatik der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, *BayVBl* 1979, 225ff. und *Wilken*, Rechtsschutz gegen Normen und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, *DVBl* 1969, 532ff.

<sup>11</sup> Die bislang zur prinzipalen Normenkontrolle nach § 47 VwGO vorhandenen Beiträge jüngerer Datums pars pro toto von *Hufen*, *JuS* 2020, 383ff., Anm. zu BVerwG, *Beschl. v. 17.07.2019 – 3 BN 2.18*; *ders.*, *JuS* 2018, 598ff., Anm. zu BVerwG, *Beschl. v. 30.11.2017 – 6 BN 2/17*; *Jeremias*, Beachtlichkeit von Gemeinschaftsrecht im Rahmen der prinzipalen Normenkontrolle nach § 47 VwGO, *NVwZ* 2014, 495ff. sowie *Schenke*, Antragsbefristung einer Normenkontrolle gem. § 47 II 1 VwGO auch bei nachträglich eingetretener Rechtswidrigkeit der Norm, *NVwZ* 2014, 341ff. sind entweder sehr kurz und kursorisch gehalten oder behandeln lediglich ausgewählte Spezialprobleme der Materie ohne den ganzheitlichen Blick. Am bislang umfassendsten sind wohl der jüngst erschienene Beitrag von *Wißmann/Fechter*, Die Rechtsverordnung und ihre Richter: Zur Einführung von § 109a JustizG NRW, *AL* 2020, 354ff. unter besonderer Akzentuierung des auf § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Bezug nehmenden § 109a JustizG NRW sowie die Beitragsserie von *Michael*, Normenkontrollen – Teil 5 Fragen der Zulässigkeit: Normenkontrolle zum Oberverwaltungsgericht, *ZJS* 2014, 621ff.

<sup>12</sup> Vertiefende Literaturhinweise zu den Rechtsbehelfen im Rahmen der inzidenten Normenkontrolle finden sich in den Fn. 2 – 7 dieses Beitrags.

<sup>13</sup> Näher hierzu: von *Kielmansegg*, Die Begründetheitsprüfung bei der Anfechtungsklage, *JuS* 2013, 312ff.

<sup>14</sup> Zur konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG: *Geis/Schmidt*, Grundfälle zur abstrakten und konkreten Normenkontrolle, *JuS* 2012, 121ff.

<sup>15</sup> Zum Vorbehalt des Gesetzes: *Vofskuhle*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, *JuS* 2007, 118f.

Das Gericht wird den VA dementsprechend aufheben, nicht jedoch die inzident geprüfte rechtswidrige Norm ihrerseits für rechtswidrig erklären und aufheben. Damit entfaltet der inzidente Rechtsschutz lediglich für die Beteiligten des konkreten Rechtsstreits Wirkung (*inter-partes-Wirkung*, lat. „zwischen den Parteien“).<sup>16</sup> Angewandt auf die Covid-19-Pandemie kann im Wege des inzidenten Rechtsschutzes beispielsweise die Quarantäne-Verfügung des Gesundheitsamtes eines Landkreises an einen Urlaubsrückkehrer aus einem Risikogebiet im Ausland aufgehoben, aber nicht zugleich die der Verfügung zugrundeliegende Ermächtigungsgrundlage in der Quarantäne-Verordnung (in Niedersachsen in der „Niedersächsischen Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus SARS-CoV 2“) aufgehoben werden.

Die *prinzipale Normenkontrolle* ermöglicht hingegen – soweit sie zulässig und begründet ist (hierzu sogleich unter C. und D.) – zur Vermeidung einer Vielzahl von Einzelprozessen mit bisweilen divergierenden Entscheidungen<sup>17</sup> und dadurch zugleich zur Entlastung der Verwaltungsgerichte<sup>18</sup> durch eine einzige Entscheidung die allgemeinverbindliche Feststellung der Unwirksamkeit einer Rechtsnorm über einen konkreten Einzelfall hinaus (*erga-omnes-Wirkung*, lat. „gegenüber allen“).<sup>19</sup> Mit ihr kann demnach – diametral entgegengesetzt zur inzidenten Normenkontrolle – nicht die eben genannte Quarantäne-Verfügung als Einzelmaßnahme, aber wiederum eine Regelung in der Quarantäne-Verordnung aufgehoben werden. Profiteure einer Entscheidung sind damit nicht nur die Parteien, sondern alle, die von der aufgehobenen Regelung betroffen waren. Mithin kann mit der prinzipalen Normenkontrolle eine objektive Rechtssicherheit geschaffen werden.<sup>20</sup>

(Nicht nur) für Vielurlauber kann es damit taktisch vorteilhafter sein, unmittelbar und ohne Durchführung eines Vorverfahrens<sup>21</sup> eine Regelung in der Quarantäne-Verordnung vor dem Oberverwaltungsgericht (in Baden-Württemberg, Bayern und Hessen Verwaltungsgerichtshof genannt) mit der prinzipalen Normenkontrolle gerichtlich anzugreifen als gegen nach jeder Urlaubsrückkehr neu ergehende Quarantäne-Verfügungen vor den Verwaltungsgerichten im Wege des inzidenten Rechtsschutzes in einer Art „Dauerschleife“ mit einer Anfechtungsklage vorzugehen. Denn aus prozessualer Sicht besteht kein Vorrang der inzidenten Normenkontrolle vor der prinzipalen Normenkontrolle.<sup>22</sup> Beide stehen vielmehr gleichberechtigt nebeneinander.<sup>23</sup>

### C. Die prinzipale Normenkontrolle in der Zulässigkeitsprüfung

In der Zulässigkeitsprüfung weist die prinzipale Normenkontrolle erörternswerte Besonderheiten insbesondere in der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (unter I.), der Statthaftigkeit und des Antragsgegenstands (unter II.), der Antragsbefugnis (unter III.) sowie der Antragsfrist (unter IV.) auf.<sup>24</sup>

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Am Anfang der Zulässigkeitsprüfung in der prinzipalen Normenkontrolle – oder nach auch vertretbarem Aufbau als separater Prüfungsschritt vor der Zulässigkeitsprüfung – steht die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs.<sup>25</sup> Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs richtet sich bekanntermaßen – soweit keine aufdrängende oder abdrängende Sonderzuweisung einschlägig ist<sup>26</sup> – grundsätzlich nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Jedenfalls in der Theorie erwägenswert ist es bei prinzipalen Normenkontrollen, in der Vorschrift des

<sup>16</sup> v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. 2018, § 47 Rn. 2.

<sup>17</sup> Siehe zum Telos der prinzipalen Normenkontrolle auch Michael (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (621) sowie LT NRW-Drs. 17/3580, S. 7.

<sup>18</sup> BT-Drs. 3/55, S. 33.

<sup>19</sup> v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll (Fn. 16), § 47 Rn. 2.

<sup>20</sup> Ob dieser zahlreichen positiven Aspekte die Kehrseite der Medaille beleuchtet: Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354 (358).

<sup>21</sup> Zur Entbehrlichkeit des Vorverfahrens bei der prinzipalen Normenkontrolle v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll (Fn. 16), § 47 Rn. 33.

<sup>22</sup> v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll (Fn. 16), § 47 Rn. 5. Gleichwohl ist die Zahl prinzipaler Normenkontrollverfahren über alle Bundesländer hinweg überschaubar und zahlenmäßig nicht ansatzweise vergleichbar mit den inzidenten Rechtsschutzverfahren, vgl. auch LT NRW-Drs. 17/3580, S. 7.

<sup>23</sup> So auch der Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 3/55, S. 33.

<sup>24</sup> Vertiefende Ausführungen zum in diesem Beitrag nicht näher behandelten Rechtsschutzbedürfnis finden sich bei Michael (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (626). Ergänzend zu den ebenfalls hier nicht näher vertieften Besonderheiten bei prinzipalen Normenkontrollen im Anwendungsbereich des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes Schenke/Schenke in: Kopp/Schenke, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 26. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2a.

<sup>25</sup> Vertiefende Ausführungen zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs finden sich exemplarisch auch bei Gödde, (Verwaltungs-)Rechtsweg – Ein Überblick zum Zwecke der Systematisierung des Rechts, DVP 2016, 91 ff. sowie Thiel/Garcia-Scholz, Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, JA 2001, 957ff.

<sup>26</sup> Siehe hierzu v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll (Fn. 16), § 40 Rn. 89ff.

§ 47 Abs. 1 VwGO eine zu § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO speziellere Regelung zu sehen, die letzterer als *lex specialis* vorgeht<sup>27</sup> oder jedenfalls unter wortlautgetreuer Anwendung von § 47 Abs. 1 VwGO („im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“) in der ersten Alternative eine Rückverweisung auf die Generalklausel oder aber in der zweiten Alternative umgekehrt eine Folgeverweisung von der Generalklausel auf § 47 Abs. 1 VwGO zu sehen und insoweit auch die Vorschrift des § 47 Abs. 1 VwGO in die Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs einzubetten respektive sie jedenfalls bei den anzuwendenden Normen mit zu erwähnen.<sup>28</sup>

Der vorstehende „Meinungsstreit“ dürfte – wie *Michael*<sup>29</sup> zutreffend betont – eher bei „Liebhaber[n] akademischer Spitzfindigkeiten“ auf Gegenliebe stoßen, in der Klausursituation beim Korrektor und in der Berufspraxis beim die Antragschrift lesenden Berichterstatter des Gerichts aber wohl eher als Darstellung überdrüssigen Wissens gewertet werden und kann – bei extensiver Darstellung – sogar zu misslungener Schwerpunktsetzung führen, da lediglich die dogmatische Anknüpfung divergiert, aber das Ergebnis nach allen Sichtweisen gleich ist. Im sicheren Fahrwasser dürfte derjenige verkehren, der schlicht die Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO durchprüft.<sup>30</sup> Nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO müsste demnach eine öffentliche-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit lässt sich unter Anwendung der in vielen Konstellationen einschlägigen modifizierten Subjektstheorie (auch Sonderrechtstheorie genannt) dann bejahen, wenn die streitentscheidende(n) Norm(en) – der angegriffene Rechtssatz/die angegriffenen Rechtssätze – zwingend Hoheitsträger berechtigen und verpflichten.<sup>31</sup> Eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt nach der geläufigen Lehrformel der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit dann vor, wenn nicht Verfassungsorgane (nach dem Grundgesetz sind dies der Bundespräsident, der Deutsche Bundestag, der Bundesrat, die Bundesre-

gierung, die Bundesversammlung, der Gemeinsame Ausschuss und das Bundesverfassungsgericht) über spezifisches Verfassungsrecht streiten.<sup>32</sup>

## II. Statthaftigkeit und Antragsgegenstand

Hinsichtlich der Statthaftigkeit und des Antragsgegenstands ist zunächst darzustellen, ab welchem Stadium eine Norm Gegenstand einer prinzipialen Normenkontrolle nach § 47 VwGO sein kann (unter 1.). Sodann ist zwischen zulässigen Antragsgegenständen nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (unter 2.) und § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO (unter 3.) zu differenzieren.

### 1. Die Zeitschiene

Zulässige Antragsgegenstände sind auf der zeitlichen Schiene nur bereits erlassene Normen.<sup>33</sup> Eine vorbeugende Normenkontrolle gegen noch nicht in Kraft gesetzte Regelungen kennt die VwGO nicht.<sup>34</sup> Demnach kann – angewandt auf die Geschehnisse im Rahmen der COVID-19-Pandemie – nach Bekanntgabe der Beschlüsse einer Bund-Länder-Schaltkonferenz eine (befürchtete) zukünftige Regelung in einer Landesrechtsverordnung noch nicht mit der prinzipialen Normenkontrolle angegriffen werden, zumal – dies hat das erste Pandemie-Jahr 2020 bereits deutlich gezeigt – von den Beschlüssen zwischen Bund und Ländern auch durch einzelne Bundesländer noch wesentlich abgewichen werden kann, da diesen nur eine politische aber keine rechtliche Verbindlichkeit innewohnt.

Die Antragstellung vor dem Oberverwaltungsgericht muss damit bis zur Bekanntmachung der Corona-Verordnung im jeweiligen Gesetz- und Verwaltungsblatt mit der neuen anzugreifenden Regelung abgewartet werden.<sup>35</sup> Denn es besteht – wie das BVerwG in seiner Rechtsprechung bereits Jahre vor der COVID-19-Pandemie klargestellt hat – keine Pflicht des Gerichts, die Bekanntmachung der angegriffenen Vorschrift abzuwarten, um die Begründetheit des Antrags prüfen zu können.<sup>36</sup> Soweit die Sache dem-

<sup>27</sup> Dagegen spricht nach der Sichtweise des Verfassers, dass der Gesetzgeber durch die Formulierung „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ in § 47 Abs. 1 VwGO lediglich betonen wollte, dass die Verwaltungsgerichte für Normenkontrollen so weit zuständig sind, als sie Streitigkeiten um die kontrollierende Norm im Einzelfall zu entscheiden haben, vgl. BT-Drs. 3/55, S. 33. Es deutet hier indes nicht darauf hin, dass hierdurch zugleich der Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eingeschränkt werden sollte.

<sup>28</sup> Vgl. zum Meinungsstand *Michael* (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (621).

<sup>29</sup> *Michael* (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (621).

<sup>30</sup> So wohl auch die Annahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung, vgl. nur BVerwG NVwZ-RR 2015, 69 (70) m.w.N.

<sup>31</sup> v. *Albedyll* in: *Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll* (Fn. 16), § 40 Rn. 76ff.

<sup>32</sup> Ebd. § 40 Rn. 88.

<sup>33</sup> Ebd. § 40 Rn. 9.

<sup>34</sup> BVerwG, Beschl. v. 23.12.2009 – 8 BN 1/09, Rn. 9 (juris); BVerwG NVwZ 1992, 1088 (1089), jeweils m.w.N. Ergänzend hierzu vgl. auch *Schenke/Schenke* in: *Kopp/Schenke* (Fn. 24), § 47 Rn. 15.

<sup>35</sup> Siehe hierzu zusätzlich v. *Albedyll* in: *Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll* (Fn. 16), § 40 Rn. 145.

<sup>36</sup> BVerwG, Beschl. v. 23.12.2009 – 8 BN 1/09, Rn. 12 (juris).

nach spruchreif ist, darf das Oberverwaltungsgericht – im Einklang mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG<sup>37</sup> – auch dann entscheiden, wenn eine fehlende Zulässigkeitsvoraussetzung (hier der nicht zulässige Antragsgegenstand) voraussichtlich später noch eintreten wird.<sup>38</sup>

## 2. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO können im Rahmen der prinzipalen Normenkontrolle Satzungen, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs (BauGB) erlassen worden sind sowie Rechtsverordnungen auf Grund von § 246 Abs. 2 BauGB überprüft werden. Prototypischer Antragsgegenstand von prinzipalen Normenkontrollen und – soweit ersichtlich – auch beliebiger Gegenstand von Übungsklausuren im Baurecht sind die auf kommunaler Ebene erlassenen Bebauungspläne nach §§ 8ff. BauGB, soweit diese nicht ausnahmsweise nicht als Satzung erlassen werden.<sup>39</sup> Grundsätzlich nicht zulässiger Antragsgegenstand sind mangels verbindlicher Außenwirkung Flächennutzungspläne nach §§ 5ff. BauGB, zumal die Bebauungspläne nach § 8 Abs. 2 BauGB aus den Flächennutzungsplänen zu entwickeln sind und damit dem Flächennutzungsplan aus Sicht des Antragstellers ein hieraus noch entwickelter vollständig der prinzipalen Normenkontrolle unterworfen. Der Bebauungsplan folgt, gegen den der Antragsteller seine Einwände vortragen kann.<sup>40</sup> Neben Bebauungsplänen kennt das BauGB mannigfaltige weitere Satzungen, die der prinzipalen Normenkontrolle zugänglich sind. Exemplarisch seien hier nur die – in der juristischen Ausbildung eher unterrepräsentiert behandelten, aber praktisch aus städtebaulicher Sicht in einem Höchstmaß bedeutenden – Erschließungsbeitragsatzungen nach § 132 BauGB, Sanierungssatzungen nach § 142 BauGB sowie städtebaulichen Entwicklungssatzungen nach § 172 BauGB genannt.

## 3. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO

§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO lenkt den Blick zum Landesrecht

hin. Denn demnach entscheidet das Oberverwaltungsgericht über anderen als nach Nr. 1 im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften nur, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Es bleibt damit landesgesetzgeberischer Entscheidung vorbehalten, wie extensiv die prinzipale Normenkontrolle im jeweiligen Bundesland ausgestaltet sein soll.<sup>41</sup>

Von der Option der Nr. 2 haben die Länder indes im Regelfall Gebrauch gemacht, in Niedersachsen durch § 75 NJG.<sup>42</sup> Die noch verbleibenden Ausnahmen stellen die beiden Stadtstaaten Berlin und Hamburg dar, in Bayern und Rheinland-Pfalz erfolgte die Umsetzung nur teilweise.<sup>43</sup> In Nordrhein-Westfalen wurde § 109a JustizG NRW 2019 eingeführt und damit der Weg zur Verwerfung gerichtlicher Rechtsverordnungen geebnet.<sup>44</sup>

Soweit wie in Berlin und Hamburg im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften (weiterhin) nicht für die Überprüfung im Rahmen der prinzipalen Normenkontrolle geöffnet wurden, verbleibt für Betroffene nur der Weg über den inzidenten Rechtsschutz. Statthaft sind (allgemeine und besondere) Feststellungsklagen mit erweitertem Anwendungsbereich.<sup>45</sup>

Haben die Länder hingegen § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO durch Landesrecht für anwendbar erklärt, bietet sich ein recht breites Panorama prinzipal überprüfbarer exekutiver Rechtsetzung. Aus dem eigenen Tätigkeitsgebiet des Verfassers seien beispielhaft sämtliche Satzungen und Ordnungen einer Kammer der Heilberufe in der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts erwähnt, wobei selbiges auch für die Kammern der gewerblichen Wirtschaft (Industrie- und Handelskammer, Handwerkskammer u.a.) gilt. Diese reichen von der Kammersatzung über Beitragsordnungen und Berufsordnungen bis hin zu Fort- und Weiterbildungsordnungen.<sup>46</sup> Je ausdifferenzierter eine Kammer demnach von ihrem aus dem Selbstverwal-

<sup>37</sup> Zur Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – am Beispiel des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess –: Voßkuhle/Wischmeyer, Grundwissen – Öffentliches Recht: Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, JuS 2016, 1079ff.

<sup>38</sup> BVerwG, Beschl. v. 23.12.2009 – 8 BN 1/09, Rn. 12 (juris).

<sup>39</sup> Hierzu Michael (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (622).

<sup>40</sup> Zur fehlenden Eigenschaft von Flächennutzungsplänen als Antragsgegenstand BVerwGE 68, 311 (313 f.). Zu möglichen Ausnahmen hiervon siehe primär BVerwG NVwZ 2007, 1081ff. sowie sekundär Michael (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (622).

<sup>41</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten im Rahmen der konkreten Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen exekutive Rechtsetzung Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354 (355).

<sup>42</sup> Eine Übersicht der jeweiligen Landesnormen in den einzelnen Bundesländern findet sich bei toto Schenke/Schenke in Kopp/Schenke (Fn. 24), § 47 Rn. 23.

<sup>43</sup> Hierzu näher Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354 (356).

<sup>44</sup> Instruktive Ausführungen hierzu, insbesondere auch zur rechtspolitischen Genese der Vorschrift des § 109a JustizG NRW, finden sich im Beitrag von Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354ff.

<sup>45</sup> Zu den hieraus folgenden rechtspolitischen Diskussionen und verfassungsrechtlichen Konsequenzen siehe Michael (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (622f.) sowie Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354 (355).

<sup>46</sup> Schenke/Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 24), § 47 Rn. 25.

tungsrecht resultierenden Normsetzungsrecht Gebrauch macht, desto mehr Einfallstore für prinzipale Normenkontrollen bietet sie.<sup>47</sup>

Besondere Beachtung haben in letzter Zeit die jeweiligen Landescoronarechtsverordnungen gefunden, die ebenfalls unter § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO fallen. Hier zeigt sich besonders deutlich, welch hoher Stellenwert der landesgesetzgeberischen Entscheidung zukommt, im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften der prinzipalen Normenkontrolle zu öffnen.

Eingeschränkt wird die gerichtliche Überprüfbarkeit dann, wenn die exekutive Rechtsnorm auf einer europarechtlichen Richtlinie beruht. Zur Sicherstellung des Effektivitätsgrundsatzes des Unionsrechts (*effet utile*) sind entsprechende Rechtsnormen dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vorzulegen.<sup>48</sup>

### III. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis für die prinzipale Normenkontrolle ist in § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO normiert.<sup>49</sup> Zu differenzieren ist – wie auch bei der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV<sup>50</sup> – zwischen natürlichen und juristischen Personen als nichtprivilegierten Antragstellern einerseits (unter 1.) sowie Behörden als privilegierten Antragstellern andererseits (unter 2.)

#### 1. Die Nichtprivilegierten: Natürliche und juristische Personen

Jede natürliche oder juristische Person kann einen Antrag zur Einleitung einer prinzipalen Normenkontrolle (nur) dann stellen, wenn sie geltend macht, durch die angegriffene Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Die *prima facie* rein objektiv ausgestaltete prinzipale Normenkontrolle folgt hinsichtlich

dieser Gruppe von Antragstellern somit über das Vehikel der Antragsbefugnis in der Zulässigkeit dem Konzept subjektiven Rechtsschutzes<sup>51</sup> und weist insoweit deutliche Parallelen zum inzidenten Rechtsschutz auf, in welchem die Geltendmachung der Verletzung in eigenen Rechten durch § 42 Abs. 2 VwGO (je nach Verfahrensart in direkter oder analoger Anwendung) verlangt wird.

#### 2. Die Privilegierten: Behörden

Das vorgenannte strenge Korsett der Antragsbefugnis gilt nicht für Behörden. Der Gesetzgeber hat vielmehr bei ihnen, da sie regelmäßig nicht Träger eigener Rechte sind<sup>52</sup>, darauf verzichtet, eine Verletzung in eigenen Rechten zu verlangen und folgt insoweit derselben Konzeption wie bei der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76ff. BVerfGG.<sup>53</sup>

Um behördlich eingeleitete prinzipale Normenkontrollverfahren nicht uferlos werden zu lassen, verlangt die Rechtsprechung ein objektives Klarstellungsinteresse respektive ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.<sup>54</sup> Es ist einer Behörde mithin verwehrt, beliebige Rechtsnormen einer anderen Behörde gerichtlich anzugreifen ohne das eigene Interesse hieran hinreichend darzulegen. Vielmehr muss eine Zuständigkeit der Behörde für den Vollzug der jeweiligen Norm vorliegen, denn dann muss es ihr auch gestattet sein, so sie diese für rechtswidrig hält, sie einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

#### IV. Antragsfrist

§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO legt für die prinzipale Normenkontrolle eine Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntgabe der Rechtsvorschrift fest.<sup>55</sup> Sie gilt für natürliche und juristische Personen wie für Behörden gleichermaßen und nach der Rechtsprechung des BVerwG selbst dann, wenn eine Rechtsnorm i.S.d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO infolge einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse erst nach Ablauf der Jahresfrist rechtswid-

<sup>47</sup> Zu weiteren Anwendungsbeispielen, aber auch zu der prinzipalen Normenkontrolle nicht zugänglichen Normen siehe *v. Albedyll* in: Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll (Fn. 16), § 40 Rn. 28f.

<sup>48</sup> Grundlegend zum Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV: Mächtle, Das Vorabentscheidungsverfahren, JuS 2015, 314ff.

<sup>49</sup> Zu den verschiedenen Entwicklungsphasen von § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO siehe Michael (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (623 ff.) sowie auch Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354 (355), dort insbesondere Fn. 7.

<sup>50</sup> Grundlegend zur Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV: Mächtle, Individualrechtsschutz in der Europäischen Union, JuS 2015, 28ff.

<sup>51</sup> Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354 (355) sprechen daher auch von einer Mischform zwischen den Klageverfahren des inzidenten Rechtsschutzes und den – von wenigen Ausnahmen abgesehen – im Regelfall unzulässigen Popularklagen.

<sup>52</sup> Wißmann/Fechter (Fn. 11), AL 2020, 354 (357) m.w.N.

<sup>53</sup> Grundlegend zur abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76ff. BVerfGG: Harder/Bruckert, Grundwissen Verfassungsprozessrecht: Die abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, §§ 76ff. BVerfGG, VR 2018, 160ff.

<sup>54</sup> BVerwG NVwZ 2017, 331 (332) m.w.N. im konkreten Anwendungsfall der prinzipalen Normenkontrolle der Studierendenschaft gegen Vorschriften einer hochschulrechtlichen Prüfungsordnung.

<sup>55</sup> Kritisch hierzu Michael (Fn. 11), ZJS 2014, 621 (625 f.) m.w.N.

rig wird.<sup>56</sup> Ob dies indes auch für Rechtsnormen nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (Satzungen und Rechtsverordnungen nach dem BauGB) gilt, hat das BVerwG offen gelassen. Vereinzelt Sichtweisen in der Literatur<sup>57</sup>, in einer solchen besonderen und seltenen Ausnahmesituation auf das Fristerfordernis zu verzichten, hat die Rechtsprechung negiert.

#### D. Die prinzipale Normenkontrolle in der Begründetheitsprüfung

Die prinzipale Normenkontrolle verläuft in der Begründetheit nach rein objektiv-rechtlichen Maßstäben und stellt damit ein objektives Beanstandungsverfahren dar.<sup>58</sup> Das Oberverwaltungsgericht prüft ausschließlich die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Rechtsnorm. Eine zusätzliche tatsächliche Verletzung des Antragstellers in eigenen Rechten – auf die es etwa bei der Anfechtungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO im inzidenten Rechtsschutz ankommt – kennt die prinzipale Normenkontrolle nicht. Demnach gilt es in der Klausursituation wie auch in der Formulierung der Antragschrift in der Rechtspraxis die Begründetheit dafür zu nutzen, die angegriffene Rechtsnorm unter allen (ernsthaft) in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten, zu denen auch das Recht der Europäischen Union zählen kann<sup>59</sup>, zu prüfen.

#### E. Prinzipale Normenkontrolle und einstweiliger Rechtsschutz

Mit § 47 Abs. 6 VwGO hat der Bundesgesetzgeber die prinzipale Normenkontrolle auch dem einstweiligen Rechtsschutz geöffnet.

Demnach kann das Oberverwaltungsgericht als Gericht der Hauptsache auf Antrag im Beschlusswege eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Der Wortlaut von § 47 Abs. 6 VwGO lehnt sich an § 32 BVerfGG an, die vom BVerfG hierzu entwickelten Grundsätze werden von den Oberver-

waltungsgerichten deshalb im Rahmen der Prüfung des § 47 Abs. 6 VwGO herangezogen.<sup>60</sup>

Während in der Vor-Corona-Zeit von der Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen der prinzipalen Normenkontrolle eher zaghaft Gebrauch gemacht wurde, hat sie in der Pandemiezeit einen bislang beinahe beispiellosen Höhenflug erlebt.<sup>61</sup> Gerade wegen der bisweilen äußerst kurzen Halbwertszeiten der befristeten Corona-Verordnungen und der fehlenden aufschiebenden Wirkung der prinzipalen Normenkontrolle<sup>62</sup> hat sich der einstweilige Rechtsschutz als probates Mittel erwiesen, einzelne Bestimmungen in kurzer Zeit bei gleichzeitig hoher Qualität prüfen zu lassen. Das Rechtsschutzziel des einstweiligen Rechtsschutzes ist auf die umgehende Außervollzugsetzen einzelner Rechtsnormen gerichtet. Ein typischer Anwendungsfall in Pandemiezeiten kann sein, das Fitnessstudio, das durch Landesrechtsverordnung schließen musste, wieder zu öffnen.

Prüfungsmaßstab im einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen.<sup>63</sup> Die Erfolgsaussichten erlangen eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Norm ergehen kann<sup>64</sup> – eine gerade prototypische Ausgangssituation in der Pandemie.

Gelangt das Gericht nach summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu der Einschätzung, dass der Antrag auf prinzipale Normenkontrolle *vorausichtlich* unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr

<sup>56</sup> BVerwG NVwZ 2013, 1547 (1548) unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Urt. v. 17.10.2002 – 1 S 2114/99, Rn. 53f. (juris).

<sup>57</sup> Pars pro toto *Schenke/Schenke* in: Kopp/Schenke (Fn. 24), § 47 Rn. 85.

<sup>58</sup> *Jeremias* (Fn. 11), NVwZ 2014, 495 (496).

<sup>59</sup> Siehe zur Beachtlichkeit von Gemeinschaftsrecht im Rahmen der prinzipalen Normenkontrolle nach § 47 VwGO *Jeremias* (Fn. 11), NVwZ 2014, 495f. mit eingehender Darstellung der hierzu vertretenen Auffassungen.

<sup>60</sup> Siehe hierzu statt vieler nur OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2020 – 3 B 438/20, Rn. 14 (juris) sowie OVG Magdeburg, Beschl. v. 26.03.2010 – 4 R 316/09, Rn. 3 (juris). Gleichwohl wird keine exakte Parallelität zwischen § 47 VwGO und § 32 BVerfGG hergestellt, da eine einstweilige Anordnung bei der prinzipalen Normenkontrolle nur auf Antrag und nicht von Amts wegen ergehen kann.

<sup>61</sup> Anschaulich insoweit die Pressemeldung des OVG Lüneburg vom 29.04.2020 mit Darstellung des Zahlenmaterials bereits in den ersten Wochen der COVID-19-Pandemie, vgl. Geschäftsbericht für das Jahr 2019 und aktuelle Situation in der Corona-Pandemie: Verwaltungsgerichtsbarkeit gelingt trotz hoher Eingänge Einstieg in den Abbau der Bestände | Nds. Oberverwaltungsgericht (niedersachsen.de) (Abruf v. 13.01.2021).

<sup>62</sup> §§ 80 Abs. 4, 5, 80a und 80b VwGO finden keine Anwendung, vgl. v. *Albedyll* in: Bader/Funke-Kaiser/v. Albedyll (Fn. 16), § 40 Rn. 34.

<sup>63</sup> VGH München, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 22 (juris).

<sup>64</sup> Ebd.

schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich der Antrag wiederum als zulässig und (voraussichtlich) begründet, so stellt dies nach Ansicht der Rechtsprechung<sup>65</sup> ein wesentliches Indiz dafür dar, den Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache zu suspendieren, denn es besteht im Regelfall kein Interesse am Vollzug einer wohl rechtswidrigen Norm.<sup>66</sup> Es kann in dieser Ausgangssituation eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug der Norm vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsachentscheidung unaufschiebbar ist.<sup>67</sup> Es gilt ein restriktiver Maßstab. Bloße finanzielle Verluste stellen keinen Nachteil dar, der den Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen könnte.<sup>68</sup>

Lassen sich die Erfolgsaussichten hingegen nicht (sicher) absehen, entscheidet das Gericht im Wege einer Folgenabwägung. Gegenübergestellt werden die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Antrag auf prinzipale Normenkontrolle aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe.<sup>69</sup> Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass sie – trotz offener Erfolgsaussichten – dringend geboten ist.<sup>70</sup> § 47 Abs. 6 VwGO stellt damit deutlich strengere Anforderungen als § 123 VwGO.<sup>71</sup>

Nach diesen engen Maßstäben ist eine eingehende Prüfung der betroffenen Grundrechte durchzuführen und

entsprechende Verstöße zu prüfen. Zunächst sind Freiheitsrechte und sodann Gleichheitsrechte zu prüfen, der besondere Schwerpunkt der Prüfung liegt auf der Verhältnismäßigkeit. Regelmäßig betroffene Grundrechte in Pandemiezeiten sind insbesondere (bei juristischen Personen im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 3 GG<sup>72</sup>) die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb), subsidiär die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Sbs. 1 GG sowie der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG<sup>73</sup>.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat die Rechtsprechung der vergangenen Monate im Lichte des legitimen Zwecks des Gesundheitsschutzes der Bürgerinnen und Bürger und der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitswesens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) bereits Corona-Regelungen die Geeignetheit abgesprochen, sie für nicht erforderlich oder jedenfalls für nicht angemessen (nicht verhältnismäßig im engeren Sinne) erachtet. Prüfungsschwerpunkte können damit in Klausursituationen auf allen Ebenen der Verhältnismäßigkeit liegen, ein vorschnelles Prüfen alleine der Angemessenheit verkürzt das verfassungsrechtliche Blickfeld.

Neben der Prüfung der Verhältnismäßigkeit können Schwerpunkte etwa im Rahmen des aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Bestimmtheitsgrundsatzes<sup>74</sup>, aber auch beim Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG liegen.<sup>75</sup>

## F. Resümee

„Wer nichts wagt, der darf nichts hoffen“ – dieses Zitat von Friedrich Schiller trifft auch auf die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO zu. Obgleich sie Studierenden wie Praktizierendem auf den ersten Blick als unbekanntes Wesen erscheinen mag und – gerade im einstweiligen Rechtsschutz – die Messlatte der Anforder-

<sup>65</sup> Ebd. Rn. 23 (juris).

<sup>66</sup> Hoppe in: Eyer mann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 107. Dies gilt nach Ansicht der Rechtsprechung insbesondere dann, wenn ein Verstoß gegen die angegriffene Norm als Ordnungswidrigkeit mit einem erheblichen Bußgeld besehen ist, vgl. nur VGH München, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 28 (juris).

<sup>67</sup> BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5.14, Rn. 12 (juris); VGH München, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 23 (juris).

<sup>68</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.12.2005 – 2 S 135.05, Rn. 10 (juris).

<sup>69</sup> VGH München, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 24 (juris).

<sup>70</sup> BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5.14, Rn. 12 (juris).

<sup>71</sup> Siehe hierzu auch OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2020 – 3 B 438/20, Rn. 14 (juris) sowie bereits BVerwG NVwZ 1998, 1065 (1066).

<sup>72</sup> Vertiefend zu Art. 19 Abs. 3 GG: Krausnick, Grundfälle zu Art. 19 III GG, JuS 2008, 869ff.

<sup>73</sup> Bei der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG steht die Rechtsprechung bisweilen auf dem Standpunkt, dass bei Regelungen eines dynamischen Infektionsgeschehens weniger strenge Maßstäbe anzulegen seien, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.04.2020 – 11 S 22/20, Rn. 25 (juris) sowie OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2020 – 3 B 438/20, Rn. 53 (juris).

<sup>74</sup> Ein anschauliches Beispiel hierzu findet sich beim OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2020 – 3 B 438/20, Rn. 30ff. (juris) bezogen auf die Schließung von Einkaufszentren, Einzel- und Großhandel sowie Ladengeschäften.

<sup>75</sup> Vertiefend zum Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG: *Werkmeister*, Das verfassungsrechtliche Zitiergebot, BRJ 2012, 41ff. und mit einem konkreten Anwendungsbeispiel OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.04.2020 – 11 S 22/20, Rn. 22 (juris).

derungen an die Begründetheit recht hoch legt, kann sie aus Sicht des Antragstellers doch ungeahnte Chancen bieten. Er erhält die Gelegenheit, mit ihr eine justiziable Norm mit *erga-omnes-Wirkung* von einem Obergericht für unwirksam erklären zu lassen. Mit Spannung darf daher beobachtet werden, ob die derzeit zu beobachtende Erfolgsgeschichte der prinzipalen Normenkontrolle beflügelt von den Entwicklungen der COVID-19-Pandemie auch nach ihr fort dauern wird.

## Anwachsung eines Gesellschaftsanteils unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs als ausgleichspflichtige Schenkung

stud. iur. Amani Hanna Mehdawi

BGH IV ZR 16/19

§ 2325 Abs. 1 BGB, §§ 516ff. BGB, §§ 2301, 518 BGB

### Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht)

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), bestehend aus E und B, erwarb eine Eigentumswohnung. Zur Finanzierung nahm sie ein durch eine Grundschuld gesichertes Darlehen auf; der restliche Kaufpreis wurde aus Eigenmitteln finanziert. Zins und Tilgung des Darlehens wurden aus den Mieteinnahmen der Wohnung gezahlt. Die Wohnung ist zu einem unter der ortsüblichen Miete liegenden Mietzins an den gemeinsamen Sohn Y vermietet. E und B schlossen privatschriftlich eine „Gesellschaftsrechtliche Vereinbarung“ für die GbR:

„Die Gesellschaft wird mit dem Tode eines Gesellschafters aufgelöst; der Anteil des verstorbenen Gesellschafters wächst dem Überlebenden an. Die Erben erhalten – soweit gesetzlich zulässig – keine Abfindung; [...]. Dieser wechselseitige Abfindungsausschluss beruht auf dem beiderseits etwa gleich hohen Risiko des Vorversterbens und ist im Interesse des jeweils überlebenden Gesellschafters vereinbart.“

Mit notariellem Testament setzte E seine derzeitige Ehefrau B als Alleinerbin und den gemeinsamen Sohn Y als Ersatzerben ein.

Hat X, als Sohn des E aus erster Ehe, einen Pflichtteilsergänzungsanspruch?

**Hinweis:** Es ist davon auszugehen, dass die GbR wirksam ist.

### EINORDNUNG

In dieser Entscheidung setzt sich der BGH an der Schnittstelle von Erb- und Gesellschaftsrecht mit der Frage auseinander, ob und inwiefern eine Nachfolgeklausel mit Abfindungsausschluss eine Schenkung sein und im Hinblick auf ihre Auswirkungen in das Pflichtteilsrecht ausstrahlen kann. Auch wenn diese Konstellation zunächst eher atypisch erscheint, ist sie für das Gesamtverständnis der Frage, wie die Nachfolge beim Tod eines GbR-Gesellschafters gestaltet werden kann, interessant.

Im Einzelnen greift das Urteil Fragen des Gesellschafts-, Schenkungs- und Erbrechts, u.a. der gesetzlichen Erbfolge, Pflichtteilsansprüchen und Formerfordernissen bei Schenkungen von Todes wegen auf und verknüpft sie miteinander. Sowohl Erb- als auch Gesellschaftsrecht sind in Grundzügen Gegenstand der ersten juristischen Prüfung.

### LEITSATZ

Die bei einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte Anwachsung seines Gesell-

schaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs kann eine Schenkung im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB sein.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. B als Anspruchsgegnerin

B. Schenkung gem. §§ 2325 Abs. 1, 516ff. BGB

I. Zulässigkeit einer Nachfolgeklausel mit Abfindungsausschluss

II. Schenkung gem. §§ 516ff. BGB

**1. Unentgeltlichkeit der Zuwendung**

a) Übernahme eines Haftungsrisikos

b) Risiko des abfindungsfreien Verlusts eigener Anteile

2. Zwischenergebnis

**III. Formwirksamkeit, §§ 2301, 2276 Abs. 1 S. 1 BGB**

1. Form, §§ 2301 Abs. 1, 2274ff. BGB

2. Heilung, §§ 2301 Abs. 2, 518 Abs. 2 BGB

3. Zwischenergebnis

C. Pflichtteilsberechtigung des X

**I. Gesetzlicher Erbteil des X**

II. Zwischenergebnis

D. Gesamtergebnis

X könnte einen Pflichtteilergänzungsanspruch gegen B aus § 2325 Abs. 1 BGB haben. Ein solcher setzt voraus, dass B Anspruchsgegnerin ist, E als Erblasser eine ausgleichspflichtige Schenkung an einen Dritten gemacht hat und X pflichtteilsberechtigt ist.

#### A. B als Anspruchsgegnerin

B müsste Schuldnerin eines etwaigen Anspruchs aus § 2325 Abs. 1 BGB sein. Anspruchsgegner sind vorrangig die Erben.<sup>1</sup> Während B Alleinerbin ist, §§ 1922, 1937 BGB, ist Y nur Ersatzerbe, § 2096 BGB, sodass B und Y keine Erben-gemeinschaft gem. § 2032 BGB bilden. Anspruchsgegnerin ist daher nur B.

#### B. Schenkung gem. §§ 2325 Abs. 1, 516ff. BGB

Die abfindungsfreie Anwachsung des GbR-Anteils zugunsten der B könnte eine Schenkung gem. § 516 Abs. 1 BGB sein. Dies ist der Fall, wenn Erblasser und Dritter sich einig sind, dass dem Dritten unentgeltlich etwas aus dem Erblasservermögen zugewendet werden soll, ohne dass er eine entsprechende Gegenleistung dafür erbringen muss.<sup>2</sup>

#### I. Zulässigkeit einer Nachfolgeklausel mit Abfindungsausschluss

Nachfolgeklauseln müssten grundsätzlich zulässig sein. Problematisch könnte sein, dass die Klausel dafür sorgt, dass der Gesellschaftsanteil des vorversterbenden Gesellschafters nicht in den Nachlass fällt und den Erben wegen des Abfindungsausschlusses wertmäßig nicht zur Verfügung steht. Dies wirft die Frage auf, ob das der Zulässigkeit eines Abfindungsausschlusses bereits im Grundsatz entgegensteht. Dem Erblasser stehen sowohl erbrechtliche Regelungen als auch Regelungen kraft Gesellschaftsvertrags in Form von Zuwendungen auf den Todesfall offen.<sup>3</sup> Ein Abfindungsausschluss bezweckt grundsätzlich den Erhalt des Gesellschaftsunternehmens und ist als Maßnahme zur Bestandssicherung nicht zu beanstanden.<sup>4</sup> E und B entschieden sich die Nachfolge durch die Satzung der GbR festzulegen. Weder die Entscheidung für eine gesellschaftliche Vereinbarung noch der Abfindungsausschluss führen demzufolge zur Unzulässigkeit.

#### II. Schenkung gem. §§ 516ff. BGB

Fraglich ist, ob durch die Vereinbarung ein Schenkungsvertrag begründet wird. In der Regel begründet der allseitige Ausschluss von Abfindungsansprüchen des ausscheidenden Gesellschafters bzw. der Erben keine – einen Anspruch nach § 2325 Abs. 1 BGB auslösende – Schenkung.<sup>5</sup> Entsprechende Klauseln in Gesellschaftsverträgen bezwecken üblicherweise weder primär eine Benachteiligung der Erben noch, dem Nachfolger schenkungsweise einen Vorteil zukommen zu lassen.<sup>6</sup> Ziel ist vielmehr, dem Interesse an der Fortführung von Gesellschaften hinreichend Rechnung zu tragen, indem die Fortsetzung nicht durch Belastung mit hohen Abfindungsansprüchen erschwert wird.<sup>7</sup>

Der Ausschluss gilt für jeden Gesellschafter, wodurch es sich um ein zufallsabhängiges Geschäft handelt, bei dem jeder das Risiko auf sich nimmt, vor dem anderen aus der Gesellschaft auszuschneiden und nicht in den Genuss der Anwachsung fremder Anteile zu kommen.<sup>8</sup> Dies könnte dafür sprechen, dass die in Rede stehende Vereinbarung nicht als Schenkung anzusehen ist.

Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn besondere Umstände vorlägen, die die Annahme stützen, dass E und B ausnahmsweise doch eine Schenkung gewollt haben.

Bei der Beurteilung, ob tatsächlich ein Schenkungsversprechen vorliegt, sind auch die Interessen der Nachlassbeteiligten zu berücksichtigen. Im Einzelfall kann sich daher, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, durchaus eine andere Bewertung ergeben.<sup>9</sup>

Im Gegensatz zum oben dargelegten Fall, in dem es maßgeblich auf die Fortführung der Gesellschaft ankommt, könnte die Situation hier anders zu beurteilen sein: Die Nachfolgeklausel mit Abfindungsausschluss sollte hauptsächlich den Zweck haben, B den GbR-Anteil des E zuzuwenden. Darauf deutet insbesondere der Umstand hin, dass B als Ehefrau des E mit notariellem Testament als dessen Alleinerbin eingesetzt war. Deutlich wird das auch daran, dass die GbR hier als alternatives Modell zur Bruch-

<sup>1</sup> Müller-Engels in: BeckOK BGB, 56. Edition Stand 01.08.2020, § 2325 Rn. 6.

<sup>2</sup> BGH NZG 2020, 947.

<sup>3</sup> BGH NZG 2020, 947; NJW 2015, 623 (625); Froning in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 23 Rn. 57.

<sup>4</sup> Götz, Abfindungsausschluss bei Tod eines Personengesellschafters, ZEV 2020, 342 (344); Kössinger in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 20 Rn. 11.

<sup>5</sup> BGH NJW 1981, 1956 (1957); Stenger in: Scherer (Fn. 3), § 22 Rn. 285.

<sup>6</sup> BGH NZG 2020, 947 (948).

<sup>7</sup> BGH BeckRS 1965, 105745 Rn. 8; Götz (Fn. 4), ZEV 2020, 342 (343).

<sup>8</sup> BGH NZG 2020, 947 (948); BeckRS 1965, 105745 Rn. 11; Götz (Fn. 4), ZEV 2020, 342 (343).

<sup>9</sup> BGH NZG 2020, 947 (948); NJW 1981, 1956 (1957).

teilsgemeinschaft gem. §§ 741ff. BGB gewählt wurde und E und B dazu diente, ihre Interessen als Eigentümer wahrzunehmen: Die Wohnung war an den Sohn Y zu einem unter der ortsüblichen Miete liegenden Mietzins vermietet. Der Zweck der Gesellschaft war also die private Vermögensverwaltung und keine wirtschaftliche Tätigkeit. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte könnte man somit zu der Annahme kommen, dass eine Schenkung vorliegt.

### 1. Unentgeltlichkeit der Zuwendung

Möglicherweise steht dem entgegen, dass B eine die Unentgeltlichkeit ausschließende Gegenleistung für die Zuwendung des Anteils erbracht hat. Die Zuwendung ist unentgeltlich, wenn sie nicht durch eine Gegenleistung aus dem Vermögen des Bedachten ausgeglichen werden soll.<sup>10</sup>

#### a) Übernahme eines Haftungsrisikos

Eine Gegenleistung könnte darin bestehen, dass B mit der Anteilsübernahme für die Verbindlichkeiten der GbR haftet, etwa durch Inanspruchnahme aus dem Darlehensvertrag, der zur Finanzierung der Wohnung aufgenommen wurde. Gem. § 128 Abs. 1 HGB analog haften die GbR-Gesellschafter persönlich, primär, unbeschränkt, unmittelbar und akzessorisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.<sup>11</sup> B ist bereits Mitgesellschafterin, weshalb sie ohnehin für den Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB einzustehen hat. Zudem ist das Darlehen durch eine Grundschuld gesichert und der restliche Kaufpreis wurde aus Eigenmitteln finanziert. Zins und Tilgung des Darlehens wurden aus den Mieteinnahmen gezahlt. Damit besteht kein relevantes Haftungsrisiko, das eine Gegenleistung darstellt.

#### b) Risiko des abfindungsfreien Verlusts eigener Anteile

Die Erklärung der B, ihr Anteil solle dem Vermögen des E im Fall ihres Vorversterbens abfindungsfrei anwachsen, könnte eine Gegenleistung sein.

Bei sog. *aleatorischen* – d. h. zufallsabhängigen – Geschäften, ist die Gegenleistung in der Übernahme des Risikos des Verlusts eigener Anteile ohne entsprechende Kompensation zu sehen.<sup>12</sup> Für das Vorliegen einer solchen Erklärung spricht die Formulierung, dass der wechselseitige Abfindungsausschluss auf einem gleich hohen Risiko des Vorversterbens beruht und im Interesse des Überlebenden

getroffen wird. Dies ist aber nicht zwingend dahingehend zu verstehen, dass diese Übereinkunft vor allem deshalb getroffen wird, um sich eine Chance auf die Anteile des anderen gegen den Preis des Risikos des eigenen Vorversterbens zu verschaffen,<sup>13</sup> §§ 133, 157 BGB.

Im Gegenteil: Wie oben dargelegt, ging es E und B vor allem darum sicherzustellen, dass dem Überlebenden der Anteil des Vorversterbenden anwächst, ohne dass der Überlebende mit Abfindungsansprüchen Dritter belastet wird. Dies stellt gerade den Zweck der Vereinbarung dar. Insoweit kann auch die Erbeinsetzung der Ehefrau B als Alleinerbin als Bekräftigung des Willens gesehen werden, X von erbrechtlichen Ansprüchen auszuschließen. Eine Gegenleistung der B liegt nicht vor.

### 2. Zwischenergebnis

Die Zuwendung war unentgeltlich. Somit liegt eine Schenkung des E zu Gunsten der B vor.

### III. Formwirksamkeit des Schenkungsversprechens, §§ 2301, 2276 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Schenkungsvertrag müsste formwirksam sein, vgl. § 2301 BGB. Die Überlebensbedingung i.S.v. § 2301 BGB setzt voraus, dass das Schenkungsversprechen unter der Bedingung abgegeben wird, dass der Versprechende stirbt und der Beschenkte den Schenker überlebt.<sup>14</sup> E hat seine Erklärung, die auf den Abschluss eines Schenkungsvertrags gerichtet war, unter der Bedingung abgegeben, dass B den E überlebt. Somit findet § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung und die Abrede müsste in der Form des § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB geschlossen worden sein.

#### 1. Form, §§ 2301 Abs. 1, 2274ff. BGB

Die Vereinbarung wurde privatschriftlich geschlossen. § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB fordert hingegen die notarielle Beurkundung, die nicht erfolgt ist. Damit ist das Schenkungsversprechen grundsätzlich unwirksam, § 125 S. 1 BGB.

#### 2. Heilung, §§ 2301 Abs. 2, 518 Abs. 2 BGB

Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn die Schenkung i.S.d. § 2301 Abs. 2 BGB bereits zu Lebzeiten vollzogen worden wäre. Dies ist der Fall, wenn der Erblasser zu Lebzeiten

<sup>10</sup> BGH NZG 2020, 947 (949); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II BT, 18. Aufl. 2018, § 21 Rn. 5.

<sup>11</sup> Roth in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 39. Aufl. 2020, § 128 Rn. 1.

<sup>12</sup> BGH NZG 2020, 947 (948); Koch in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 516 Rn. 97.

<sup>13</sup> BGH NZG 2020, 947 (948).

<sup>14</sup> *Litzenburger* in: BeckOK BGB, 56. Edition Stand 01.11.2020, § 2301 Rn. 4; *Musielak* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2301 Rn. 9.

alles seinerseits Erforderliche getan hat, um die Sache dem Vermögen des Begünstigten zuzuordnen.<sup>15</sup> Die Schenkung einer Beteiligung an einer Gesellschaft wird durch den Abschluss eines entsprechenden Gesellschaftsvertrags vollzogen.<sup>16</sup>

Indem die gesellschaftsrechtliche Vereinbarung zwischen E und B geschlossen wurde, ist ein Erwerbs- bzw. Anwartschaftsrecht der B begründet worden, welches mit dem Tod des E zum Vollrecht erstarkte. Somit hat E dafür gesorgt, dass die Schenkung schon vor seinem Tod gem. § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen und der Formmangel daher gem. § 518 Abs. 2 BGB geheilt worden war.

### 3. Zwischenergebnis

Die Schenkung ist wirksam.

#### C. Pflichtteilsberechtigung des X

X müsste pflichtteilsberechtigt sein. Pflichtteilsberechtigt ist, wer durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Höhe eines Pflichtteilsanspruchs richtet sich danach, inwieweit dem Anspruchsteller ein gesetzlicher Erbteil zustünde, vgl. § 2303 Abs. 1 BGB. Durch die Erbeinsetzung der B zur Alleinerbin i.S.v. § 1937 BGB, wird X von der Erbfolge ausgeschlossen.

#### I. Gesetzlicher Erbteil des X

Zu untersuchen ist, ob X ein gesetzlicher Erbteil zustünde. Dies wird nach Maßgabe der §§ 1924ff. BGB ermittelt. Als Sohn des E ist X gem. §§ 1924 Abs. 1, 1589 BGB Abkömmling und somit gesetzlicher Erbe erster Ordnung, sodass X und Y gem. § 1924 Abs. 4 BGB zu gleichen Teilen erben würden. Daneben bestünde das Ehegattenerbrecht gem. § 1931 BGB, sodass auch B zu berücksichtigen ist. Neben X und Y als Erben der ersten Ordnung erhielte B gem. § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB ein Viertel der Erbschaft. Mangels entgegenstehender Angaben lebten E und B im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, §§ 1363ff. BGB, sodass sich der Erbteil der B im Wege des pauschalierten Zugewinnausgleichs gem. §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB um ein weiteres Viertel erhöht, d.h. sich auf die Hälfte der Erbschaft beläuft. Folglich stünden X und Y je ein Viertel der Erbschaft zu. Der Pflichtteilsanspruch beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, d.h. er besteht hier in Höhe eines Achtels der Erbschaft, § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB.

#### II. Zwischenergebnis

Als Abkömmling des E ist X pflichtteilsberechtigt.

#### D. Gesamtergebnis

X hat gegen B einen Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB in der Höhe, in welcher der Gesellschaftsanteil, würde er zum Nachlass des E gehören, den Pflichtteilsanspruch des X erhöht hätte.

### FAZIT

Die grundsätzliche Struktur eines Anspruchs aus § 2325 Abs. 1 BGB lässt sich aus dem Gesetz ableiten.

Die Schwierigkeit besteht anschließend darin, die abfindungsfreie Anwachsung eines GbR-Anteils als möglichen Gegenstand einer Schenkung zu identifizieren und zu diskutieren, inwiefern eine die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ausschließende Gegenleistung in der Übernahme eines Haftungsrisikos oder dem Risiko des Verlusts eigener Anteile ohne Abfindungsanspruch zu sehen sein könnte.

Eine Zusammenstellung typischer Probleme zum Personengesellschaftsrecht findet sich zum Beispiel in *Steinbeck*, Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht, JuS 2012, 10ff., während für eine Übersicht zum Erbrecht beispielsweise auf *Zimmermann*, Erbrecht – Ein Examenscrashkurs (Teil 1), JURA 2018, 980ff. und *ders.*, Erbrecht – Ein Examenscrashkurs (Teil 2), JURA 2018, 1085ff. verwiesen werden kann.

<sup>15</sup> BGH NZG 2020, 947 (949); DNotZ 2012, 713 (714).

<sup>16</sup> BGH NZG 2020, 947 (949); DNotZ 2012, 713 (714f.); Litztenburger in: BeckOK BGB (Fn. 14), § 2301 Rn. 13.

## Der Jauchegrubenfall - ein Klassiker im Strafrecht

stud. iur. Yael Prantl

BGH 5 StR 77/60

§ 212 Abs. 1 StGB

### Sachverhalt (gekürzt)

A stopfte B während eines Wortgefechts mit bedingtem Tötungsvorsatz zwei Hände voll Sand in den Mund, um sie am Schreien zu hindern. B verlor daraufhin das Bewusstsein und blieb regungslos liegen. A war vom Tod der B fest überzeugt und warf die vermeintliche Leiche in eine Jauchegrube, in der B ertrank.

Hat sich A wegen vollendeten Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

### EINORDNUNG

Der Jauchegrubenfall greift die Problematik eines irrtümlich verspätet eingetretenen Taterfolgs auf. Die Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, ob der Täter auch dann vorsätzlich handelt, wenn er irrtümlich glaubt, sein Opfer schon durch eine Ersthandlung getötet zu haben, er es aber in Wirklichkeit erst durch eine Zweithandlung getötet hat.

Die Konstellation des Jauchegrubenfalls gilt als echter Klassiker im Strafrecht und war jüngst erst Gegenstand des Examensdurchgangs im Oktober 2020 in Niedersachsen. Die Entscheidung ist von besonderer Relevanz für alle Studierenden und begegnet ihnen bereits sehr früh im Studium. Es lohnt sich also durchaus, einen Blick auf die mittlerweile über 60 Jahre zurückliegende Rechtsprechung des BGH zu werfen.

### LEITSATZ

Ein vollendeter Mord oder Totschlag kann auch dann vorliegen, wenn der Täter das Opfer mit bedingtem Tötungsvorsatz angreift, später die vermeintliche Leiche beseitigt und erst dadurch den Tod verursacht, ohne jetzt noch an diese Möglichkeit zu denken.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Strafbarkeit der A gem. § 212 Abs. 1 StGB durch Werfen der B in die Jauchegrube

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Taterfolg
- b) Kausalität
- c) Objektive Zurechnung

**2. Subjektiver Tatbestand**

II. Ergebnis

B. Strafbarkeit der A gem. § 212 Abs. 1 StGB durch Stopfen von Sand in den Mund der B

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Taterfolg
- b) Kausalität

**c) Obj. Zurechnung**

**2. Subjektiver Tatbestand**

a) Vorsatz bzgl. Tathandlung und Taterfolg

**b) Vorsatz bzgl. Kausalverlauf**

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ergebnis

## A. Strafbarkeit der A gem. § 212 Abs. 1 StGB durch Werfen der B in die Jauchegrube

A könnte sich wegen Totschlags an B gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie B in die Jauchegrube warf.

**Hinweis:** Es ist zwischen beiden Tathandlungen zu differenzieren. Klausurtaktisch bietet es sich hier an, eine Ausnahme von der sonst chronologischen Prüfungsreihenfolge vorzunehmen und mit der Handlung zu beginnen, die unmittelbar zum Tod führt. So kann die Problematik des „*dolus generalis*“ klarer herausgearbeitet werden, da bei chronologischer Prüfungsreihenfolge die Prüfung der Zweithandlung sonst entfallen würde.

### I. Tatbestand

A müsste den Tatbestand jeweils in objektiver sowie subjektiver Weise erfüllt haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand verwirklicht worden sein.

##### a) Taterfolg: Tod eines anderen Menschen

Taterfolg des § 212 Abs. 1 StGB ist der Tod eines anderen Menschen. B ist in der Jauchegrube ertrunken. Der Taterfolg ist daher eingetreten.

##### b) Kausalität

Das Hineinwerfen der B in die Jauchegrube müsste kausal für den Tod gewesen sein. Nach der *conditio-sine-qua-non-Formel* ist jede Handlung für den Erfolg kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel.<sup>1</sup> Vorliegend kann das Werfen der B in die Jauchegrube nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod durch Ertrinken entfiel. Mithin ist die Handlung der A für den Tod der B kausal.

##### c) Objektive Zurechnung

Des Weiteren müsste der Taterfolg der A objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg dann, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr

geschaffen hat, welche sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.<sup>2</sup> Durch das Hineinwerfen der B in die Jauchegrube hat A eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, die sich im Tod der B durch Ertrinken niedergeschlagen hat. Folglich ist der Taterfolg der A auch objektiv zurechenbar.

##### d) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand wurde verwirklicht.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein.

#### a) Vorsatz

Fraglich ist, ob A vorsätzlich gehandelt hat. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsumstände zum Zeitpunkt der Tat.<sup>3</sup> A hatte zum Zeitpunkt der Beseitigung keine Kenntnis davon, dass B nur bewusstlos ist. Im Gegenteil – sie ging davon aus, dass die B bereits durch das Stopfen des Sandes in den Mund verstorben sei. Aus ihrer Sicht beseitigte sie eine Leiche – also keine noch lebende Person – in der Jauchegrube. Sie hatte keine Kenntnis davon, dass sie den Tod erst durch das Werfen der B in die Grube herbeiführte. Folglich handelte A bei der Beseitigung der B ohne Tötungsvorsatz. Allerdings wollte A mit dem Stopfen des Sandes in den Mund der B den Erfolg willentlich und wissentlich herbeiführen, sodass sie bezüglich ihrer ersten Handlung Tötungsvorsatz hatte. Zu klären ist daher, ob beide Akte als Vorgänge einer einheitlichen Tat angesehen werden können oder differenziert als einzelne Handlungsabschnitte zu betrachten sind.<sup>4</sup>

##### aa) Die Lehre vom „*dolus generalis*“

Nach der Lehre vom „*dolus generalis*“ können mehrere Vorgänge ein einheitliches Geschehen bilden.<sup>5</sup> Dadurch erstreckt sich der Vorsatz, den der Täter während der ersten Handlung aufweist, auch auf seine zweite Handlung.<sup>6</sup> So könnte im vorliegenden Sachverhalt das Beseitigen der vermeintlichen Leiche als lediglich unselbstständiger Teilakt eines Tötungsgeschehens im Gesamten bewertet werden. Mithin hätte A nach der Lehre vom „*dolus generalis*“ trotz zwischenzeitlicher Fehlvorstellung eine einzige, vollendete Vorsatztat begangen.

<sup>1</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 3.

<sup>2</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 43.

<sup>3</sup> Fischer, StGB Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 180.

<sup>4</sup> Valerius, Irrtum über den Kausalverlauf bei mehraktigem Tatgeschehen, JA 2006, 261 (262).

<sup>5</sup> Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 87; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 74.

<sup>6</sup> Valerius (Fn. 4), JA 2006, 261 (262).

**bb) Versuchslösung**

Im Gegensatz zur Lehre vom „*dolus generalis*“ betrachtet die Versuchslösung jeden Handlungsabschnitt gesondert.<sup>7</sup> Ein Tötungsvorsatz bzgl. der Zweithandlung würde demnach nach §§ 8, 16 StGB entfallen. Nach dieser Ansicht käme eine Strafbarkeit der A wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212, 22 StGB (Ersthandlung) und fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB (Zweithandlung) in Betracht; eine Strafbarkeit gem. § 212 Abs. 1 StGB durch Werfen in die Jauchegrube würde jedoch mangels Tötungsvorsatz in diesem Zeitpunkt ausscheiden.

**cc) Vollendungslösung**

Die Vollendungslösung des BGH knüpft bzgl. der Ersthandlung an einen möglichen Irrtum des Täters über den Kausalverlauf an.<sup>8</sup> Der Täter handelt demnach auch dann noch vorsätzlich, wenn lediglich eine unwesentliche Abweichung von dem geplanten Kausalverlauf gegeben ist.<sup>9</sup> Bzgl. der Zweithandlung kommt die Vollendungslösung wegen §§ 8, 16 StGB jedoch zu einem Vorsatzausschluss. Folglich scheidet nach dieser Ansicht ebenfalls eine Strafbarkeit der A gem. § 212 Abs. 1 StGB aus.

**dd) Stellungnahme**

Zur Bejahung des Vorsatzes kommt allein die Lehre vom „*dolus generalis*“. Fraglich ist jedoch, ob die Lehre vom „*dolus generalis*“ im Einklang mit dem Simultanitätsprinzip steht. Nach dem Simultanitätsprinzip muss Vorsatz stets zur Zeit der Tat, genauer gesagt zur Zeit der Tathandlung (§§ 8, 16 StGB) bestehen.<sup>10</sup> Ein vor oder nach der Handlung liegender Vorsatz reicht für den Vorwurf einer Vorsatztat nicht aus.<sup>11</sup> Der Tötungsvorsatz im Zeitpunkt des Stopfens des Sandes in den Mund kann also nicht auf die Beseitigungshandlung übertragen werden. Somit ist die Lehre vom „*dolus generalis*“ abzulehnen. Die Versuchs- und Vollendungslösung nehmen jeweils beide einen Vorsatzausschluss bzgl. der Zweithandlung nach §§ 8, 16 StGB an. Auf eine weitere Stellungnahme kommt es indes nicht mehr an.

**b) Zwischenergebnis**

Beide Handlungsakte können nicht als Vorgänge einer einheitlichen Tat angesehen werden. Der Vorsatz der ersten Handlung kann sich demnach nicht auf die zweite Handlung erstrecken. Vielmehr müssen die Handlungsabschnit-

te separat betrachtet werden, was zu einem Vorsatzausschluss der Zweithandlung nach §§ 8, 16 StGB führt. A hatte bei der Beseitigung der B keinen Tötungsvorsatz. Der subjektive Tatbestand liegt nicht vor.

**II. Ergebnis**

A hat sich beim Werfen der B in die Jauchegrube nicht wegen Totschlags an B gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit der A gem. § 212 Abs. 1 StGB durch Stopfen des Sandes in den Mund der B**

A könnte sich gem. § 212 Abs. 1 StGB zu Lasten der B strafbar gemacht haben, indem sie der B Sand in den Mund stopfte.

**I. Tatbestand**

Der objektive sowie subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein.

**1. Objektive Tatbestand**

Es müsste der objektive Tatbestand vorliegen.

**a) Taterfolg: Tod eines anderen Menschen**

Der Tod der B ist eingetreten, mithin liegt der Taterfolg vor.

**b) Kausalität**

Zwischen der Handlung (Stopfen des Sandes in den Mund) und dem eingetretenen Tod der B durch Ertrinken müsste ein Kausalzusammenhang bestehen. Das Stopfen des Sandes in den Mund kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod durch Ertrinken entfiel. Ohne diesen Akt wäre B nicht bewusstlos geworden und nicht als vermeintliche Leiche in die Jauchegrube geworfen worden, wo sie ertrank. Mithin hat A durch das Stopfen des Sandes in den Mund der B eine Ursache für den späteren Tod gesetzt. Beide Handlungen bauen aufeinander auf, sodass zwischen dem Stopfen des Sandes in den Mund und dem Tod durch Ertrinken ein Kausalzusammenhang besteht.

**c) Objektive Zurechnung**

Der Tod der B müsste der A auch objektiv zurechenbar sein. Das ist dann der Fall, wenn A eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten Erfolg rea-

<sup>7</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 1), § 15 Rn. 55.

<sup>8</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 265.

<sup>9</sup> Ebd., Rn. 258ff.

<sup>10</sup> Valerius (Fn. 4), JA 2006, 261 (262).

<sup>11</sup> BGHSt 14, 193 (193f.); Sternberg-Lieben, Der Tatumstandsirrtum (§ 16 I 1 StGB), JuS 2012, 289 (295).

liert hat. Das Stopfen von Sand in den Mund als Angriff auf Leib und Leben stellt eine rechtlich missbilligte Gefahr dar. Zwischen dem Stopfen des Sandes in den Mund und dem Ertrinken müsste ein erforderlicher Risikozusammenhang bestehen. Dieser Zusammenhang entfällt jedoch, wenn sich bei wertender Betrachtung im Erfolg nicht das vom Täter gesetzte Anfangsrisiko, sondern ein anderes Risiko realisiert.<sup>12</sup>

### aa) Atypischer Kausalverlauf

Auch wenn A eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, könnte der Erfolgseintritt dann nicht objektiv zurechenbar sein, wenn ein atypischer Kausalverlauf vorliegt. Dabei werden diejenigen Fälle aussortiert, bei denen der Erfolg rein zufällig eingetreten und eben nicht mehr als Werk des Täters zu klassifizieren ist<sup>13</sup> Nach der Adäquanztheorie liegt ein atypischer Kausalverlauf vor, wenn der eingetretene Erfolg außerhalb dessen liegt, was nach der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist.<sup>14</sup> Eine Verwechslung zwischen Bewusstlosigkeit und Tod ist unter Laien durchaus typisch.<sup>15</sup> Folglich liegt es keinesfalls völlig außerhalb der Lebenserfahrung, dass bei einer Tötung und anschließenden Beseitigung der Leiche der Tod letztlich erst durch die Beseitigungshandlung eintritt.<sup>16</sup> Der tatbestandsmäßige Erfolg ist also noch Werk des Täters und beruht nicht auf Zufall.

### bb) Realisierung einer anderen, neuen Gefahr

Es stellt sich die Frage, ob sich in dem Tod durch Ertrinken noch die Ausgangsgefahr der Erstickung durch den Sand oder bereits eine andere, neue Gefahr realisiert hat.

Realisiert sich durch ein Dazwischentreten des Täters nicht mehr die Ausgangsgefahr, sondern eine andere, neue Gefahr, gilt der Zurechnungszusammenhang zwischen Ersthandlung und Erfolg als unterbrochen.<sup>17</sup> Das ist dann der Fall, wenn zwischen beiden Handlungen eine Zäsur liegt und die Zweithandlung von einem völlig neu gefassten Willensentschluss getragen wird.<sup>18</sup> Knüpft eine Handlung jedoch ohne Zäsur an die vorherige Handlung an, wurde kein neuer Willensentschluss gefasst. In diesem Fall wird

die Ausgangsgefahr realisiert und es kommt nicht zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs.

A hat die Gefahr des Todes durch Ertrinken während der Beseitigungshandlung bereits durch die Aktion mit dem Sand geschaffen. Schließlich wurde A dadurch erst bewusstlos und war weiteren Aktionen hilflos ausgeliefert. Die Zweithandlung ist als bloße Beschleunigung der Ersthandlung anzusehen und beruht nicht auf einem völlig neu gefassten Willensentschluss. Vielmehr ordnet sich die zweite Handlung der ersten unter. Die Tatsache, dass sich hier nicht die der fraglichen Handlung typischerweise anhaftende Gefahr des Erstickens verwirklicht hat, ist unerheblich. § 212 StGB schützt vor jeder beliebigen Todesherbeiführung und ist jedenfalls nicht auf bestimmte Todesarten beschränkt.<sup>19</sup> Es kommt allein darauf an, dass der Taterfolg – Tod eines anderen Menschen – eintritt. Stellt man lediglich auf Gefahren ab, die dem jeweils vom Täter gewählten Mittel anhaften<sup>20</sup>, würde dies zu einer Verengung des Risikozusammenhangs führen und den Täter sogar noch dafür honorieren, dass der Tod auf andere als die ursprünglich geplante Art und Weise eingetreten ist.<sup>21</sup> Demnach hat sich im Tod der B durch Ertrinken noch die in der bereits konkret erfolgstauglichen Ersthandlung angelegte Ausgangsgefahr realisiert, sodass der Zurechnungszusammenhang nicht als unterbrochen gilt.

### cc) Zwischenergebnis

A hat durch das Stopfen des Sandes in den Mund ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen, welches sich im konkreten Taterfolg realisiert hat. Zwischen der Ersthandlung und dem Ertrinken besteht somit ein Risikozusammenhang. Folglich ist der Tod der B durch Ertrinken der A objektiv zurechenbar.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob A mit Vorsatz gehandelt hat. Der Vorsatz bezieht sich auf alle objektiven Tatumstände. Dazu zählt auch der Umstand über den Kausalverlauf.<sup>22</sup> Zu beachten ist, dass nach § 8 StGB der Vorsatz stets bei „Begehung der Tat“ vorliegen muss, also bei Vornahme der Tathandlung.

<sup>12</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 1), § 13 Rn. 60.

<sup>13</sup> Ebd., § 13 Rn. 62.

<sup>14</sup> Ebd., § 13 Rn. 9.

<sup>15</sup> Murmann, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 24 Rn. 72.

<sup>16</sup> Sternberg-Lieben (Fn. 11), JuS 2012, 291 (295).

<sup>17</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 1), § 13 Rn. 97, § 15 Rn. 55, 59; Murmann, Grundkurs Strafr (Fn. 15), § 24 Rn. 75.

<sup>18</sup> Murmann, Grundkurs Strafr (Fn. 15), § 24 Rn. 75.

<sup>19</sup> Schneider in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage 2017, § 212 Rn. 1.

<sup>20</sup> Ebd.

<sup>21</sup> Ebd.

<sup>22</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 1), § 15 Rn. 11.

**a) Vorsatz bzgl. Tathandlung und Taterfolg**

Im Zeitpunkt des Stopfens des Sandes in den Mund setzte A, ihrer Vorstellung nach, unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an. Dabei besaß sie Tötungswillen. Vorsatz bzgl. Tathandlung und Taterfolg lag mithin vor.

**b) Vorsatz bzgl. Kausalverlauf**

Der Tod der B trat nicht – wie geplant – durch das Stopfen des Sandes in den Mund, sondern erst durch das Werfen in die Jauchegrube ein. A unterlag dadurch einem Irrtum über den Kausalverlauf, wodurch der Vorsatz nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeschlossen sein könnte.

**aa) Vollendungslösung**

Nach der Vollendungslösung handelt der Täter jedoch auch dann noch vorsätzlich, wenn lediglich eine unwesentliche Abweichung von dem geplanten Kausalverlauf gegeben ist.<sup>23</sup> Abweichungen zwischen dem vorgestellten und tatsächlichen Kausalverlauf sind dann unwesentlich, wenn sie sich noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen.<sup>24</sup>

Der Irrtum der A über die Herbeiführung des Todes der B durch Erstickten und die erst dann anschließende Tötung beim Beseitigen der vermeintlichen Leiche liegt nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung. Es kommt durchaus vor, dass das Opfer erst bewusstlos wird, bevor es schließlich erstickt. Zudem unterscheiden sich der Erstickungs- und Ertrinkungstod nur unerheblich. Sowohl beim Erstickungs- als auch beim Ertrinkungstod stirbt das Opfer letztendlich an unzureichender Sauerstoffzufuhr. Beide Handlungen der A tragen also das Risiko eines Todeseintritts durch Sauerstoffmangel mit sich. Auch die Art und Weise beider Todesarten sind in ihrer Intensität durchaus vergleichbar und führen beide zum Taterfolg. Zwar stellt der Umstand, dass der Tod erst durch das Werfen in die Grube eintrat, eine Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf dar, doch ist die Abweichung gering und somit unwesentlich. Folglich wird ein vorsatz-ausschließender Irrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB aufgrund der unwesentlichen Abweichung zwischen dem vorgestellten und tatsächlichen Kausalverlauf abgelehnt.

**bb) Versuchslösung**

Nach Anhängern der Versuchslösung liegen dagegen zwei selbstständige Teilakte vor, die strikt voneinander getrennt zu betrachten sind.<sup>25</sup> Durch die erste Handlung wird der Erfolg gerade noch nicht herbeigeführt, während bei der zweiten Handlung der Tötungsvorsatz bereits erloschen ist. Die Annahme einer vollendeten Tat vermischt beide Teilakte in unzulässiger Weise.<sup>26</sup> Vielmehr sei hinsichtlich der Ersthandlung eine versuchte Tat gem. §§ 212, 22 StGB anzunehmen.

**cc) Stellungnahme**

Die Versuchslösung bewertet die beiden Handlungsabschnitte isoliert und nimmt im Gegensatz zur Vollendungslösung lediglich versuchten Totschlag gem. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB an. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die beiden Handlungen nicht beziehungslos nebeneinanderstehen, sondern aufeinander aufbauen. Zudem verkennt die Versuchslösung, dass ein Vorsatz zum Zeitpunkt des Erfolgseintritts nicht mehr vorliegen muss, sondern lediglich bei der Tathandlung.<sup>27</sup> Somit kann die Versuchslösung kein zufriedenstellendes Ergebnis liefern und ist abzulehnen. Folglich ist sich der Vollendungslösung anzuschließen.

**c) Zwischenergebnis**

A handelte trotz Irrtums über den Kausalverlauf vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand liegt vor.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Die Tat war sowohl rechtswidrig als auch schuldhaft.

**III. Ergebnis**

A hat sich durch das Stopfen des Sandes in den Mund der B gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**FAZIT**

Der Jauchegrubenfall zeichnet sich dadurch aus, dass die Täterin annimmt, ihr Opfer bereits durch Erstickten getötet zu haben, während der Tod tatsächlich erst durch das Versenken des vermeintlich leblosen Körpers in einer Jauchegrube eintrat. Problematisch ist dabei, dass der Täter beim

<sup>23</sup> BGHSt 14, 193 (193).

<sup>24</sup> BGHSt 7, 325 (329); BGHSt 14, 193 (193).

<sup>25</sup> Valerius (Fn. 4.), JA 2006, 261 (263).

<sup>26</sup> Sternberg-Lieben (Fn. 11), JuS 2012, 291 (295).

<sup>27</sup> Valerius (Fn. 4.), JA 2006, 261 (263); Roxin, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 179.

späteren Versenken keinen Tötungsvorsatz hatte. Der BGH umgeht dieses Problem, indem er nicht an die eigentliche Tathandlung des Versenkens anknüpft, sondern an das vorangegangene Stopfen des Sandes in den Mund, bei dem die Täterin wiederum mit Vorsatz handelte. Die einzelnen Handlungsabschnitte sind deswegen jeweils einzeln zu prüfen. Im Gutachten ist dabei zu empfehlen, mit der erfolgsnächsten Handlung (Versenken in der Jauchegrube) zu beginnen, da sonst die Ausführungen zum *dolus generalis* im Rahmen der Zweithandlung entfallen würden.

Die Entscheidung behandelt schwerpunktmäßig die objektive Zurechnung und den subjektiven Tatbestand. Die objektive Zurechnung bereitet insoweit Schwierigkeiten, als dass der Risikozusammenhang zwischen dem Stopfen des Sandes in den Mund und dem Tod durch Ertrinken auf den ersten Blick zu fehlen scheint.

Die Rechtsprechung verzichtet jedoch auf eine Prüfung der objektiven Zurechnung und löst die Zurechnungsproblematik allein über die wesentliche Abweichung des Kausalverlaufs im subjektiven Tatbestand. Der BGH lehnt dabei die Ansicht vom *dolus generalis* strikt ab und thematisiert direkt den vorsatzausschließenden Irrtum gem. § 16 Abs. 1 StGB. Es wird eine unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf angenommen, weshalb A ein vollendeter Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB vorzuwerfen war.

Ähnliche Probleme stellen sich auch im umgekehrten Fall, bei dem der Täter den Erfolg früher als gewollt erreicht. Auch in dieser Konstellation stützt man sich auf die Lehre von der (un)wesentlichen Abweichung im Kausalverlauf, kommt jedoch nach h.M zu einem anderen Ergebnis. Hierzu siehe das Urteil des BGH zum Scheunenmord-Fall vom 03.12.2015: BGH 4 StR 223/15. Zur weiteren Vertiefung der Problematik ist besonders der Aufsatz von Valerius, Irrtum über den Kausalverlauf bei mehraktigem Tatgeschehen, JA 2006, 261 zu empfehlen.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

**BGH VI ZR 158/19**

Für die Zurechnung der Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeugs im Rahmen des § 7 Abs. 1 StVG kommt es maßgeblich darauf an, dass die Schadensursache in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht. Defekte Betriebseinrichtungen des Kraftfahrzeugs müssen dabei nicht für die Transport- und Fortbewegungsfunktion zwingend erforderliche Bauteile sein, um nach der Schutzrichtung des § 7 StVG die Gefährdungshaftung zu begründen.

**BGH IX ZR 133/19**

Ein Rechtsanwalt, der einen Anwaltsvertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen hat, muss darlegen und beweisen, dass seine Vertragsschlüsse nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems im Sinne des § 312c Abs. 1 BGB erfolgen. Ist ein auf ein begrenztes Rechtsgebiet spezialisierter Rechtsanwalt deutschlandweit tätig, vertritt er Mandanten aus allen Bundesländern und erhält er bis zu 200 Neuanfragen für Mandate pro Monat aus ganz Deutschland, kann dies bei einer über die Homepage erfolgenden deutschlandweiten Werbung im Zusammenhang mit dem Inhalt seines Internetauftritts für ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem sprechen.

**BGH IX ZR 212/19**

Ein im Außenverhältnis erlaubtes, aber internen Beschränkungen widersprechendes Inschlaggeschäft ist nur dann unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam, wenn es für den Vertretenen nachteilig ist. Bei Fehlen einer wirksamen Anweisung richtet sich der Bereicherungsanspruch des Zuwendenden gegen den vermeintlich Anweisenden, wenn der Fehler der Anweisung darauf beruht, dass für den vermeintlich Anweisenden ein Vertreter handelt, der dem Zuwendungsempfänger unbekannt interne Beschränkungen seiner im Außenverhältnis unbeschränkten Vertretungsmacht missachtet.

**OLG Nürnberg 4 U 47/20**

Straßenbaulastträger trifft zwar in Bezug auf die öffentlichen Straßen eine Verkehrssicherungspflicht, diese ist aber nicht grenzenlos. Jeder Verkehrsteilnehmer muss zunächst selbst die erforderliche Sorgfalt walten lassen, der Baulastträger muss nur solche Gefahren ausräumen und gegebenenfalls vor ihnen warnen, die für hinreichend aufmerksame Verkehrsteilnehmer nicht oder nicht rechtzeitig erkennbar sind.

**OLG Oldenburg 1 W 17/20**

Wer auf einem Friedhofsgelände Wertsachen entdeckt, die den Umständen nach erst vor kurzem dort versteckt wurden, ist nicht Finder im Sinne der §§ 965ff. BGB; ebenso wenig handelt es sich um einen Schatzfund gemäß § 984 BGB. Gleiches gilt, wenn ein Mitarbeiter des dort tätig gewordenen Gartenbauunternehmens einen Teil der Wertsachen in Grünabfällen entdeckt, die von dem Friedhof auf das Betriebsgelände verbracht worden waren. Ein Eigentumserwerb des Entdeckers scheidet in solchen Fällen selbst dann aus, wenn sich ein Empfangsberechtigter nicht ermitteln lässt; eine analoge Anwendung der §§ 973, 984 BGB kommt hier nicht in Betracht.

Ein Anspruch auf Finderlohn ist ebenfalls zu verneinen; § 971 Abs. 1 sowie § 978 Abs. 2 BGB und § 978 Abs. 3 BGB sind weder unmittelbar einschlägig noch analog anwendbar.

**OLG Oldenburg 11 UF 100/20**

Schenken Schwiegereltern ihrem Schwiegersohn eine Immobilie als Renditeobjekt und nicht als Familienheim für die Ehegatten, so fehlt es an einem direkten Zusammenhang zwischen der Schenkung und der langfristigen Lebens- und Beziehungsgestaltung der Ehegatten. Eine spätere Auflösung der Ehe stellt daher keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB dar.

---

**LG Frankfurt 2-15 O 23/20**

In der staatlich verordneten Schließung der Verkaufsstätten des Einzelhandels im Zuge der Corona-Epidemie liegt kein Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB.

Durch die staatlich verordnete Schließung der Verkaufsstätten des Einzelhandels wird dem Gewerberaumvermieter die Gebrauchsgewährung auch nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Die staatlich verordnete Schließung der Verkaufsstätten des Einzelhandels im Zuge der Corona-Epidemie kann außerdem erst dann zu einem Anspruch auf Anpassung des Vertrags unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB führen, wenn es aufgrund dessen für den Gewerberaummieter zu existentiell bedeutsamen Folgen kommt.

---

**LG Köln 36 O 95/19**

Eine „color to sample“ historische Originallackierung in Sonderanfertigung hat eine erhebliche wertsteigernde Wirkung beim Kauf eines Oldtimers. Wird ein solcher Oldtimer als im Originalzustand betitelt verkauft, obwohl eine Neulackierung in eine dem Originalton ähnlichen Farbe stattgefunden hat, stellt dies einen Sachmangel dar, der zum Rücktritt berechtigt.

---

**AG Bremen 8 C 358/20**

Der Kläger hat bei Absage des gebuchten Konzerts aufgrund der Covid-19-Pandemie keinen Anspruch gegen den Ticketzwischenhändler auf Rückzahlung des vereinnahmten Kaufpreises. Bereits vor Absage der Veranstaltung ist im Verhältnis Kunde zu Ticketzwischenhändler Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB eingetreten, sodass kein Rücktrittsrecht aufgrund von Unmöglichkeit besteht.

Ein Widerrufsrecht gegenüber dem Ticketzwischenhändler ist nach § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB ausgeschlossen.

---

**AG München 161 C 20762/19**

Durch die Teilnahme an Sportarten, bei denen Körpereinsatz gegen den Mitspieler in gewissen Grenzen zur Eigenart des Sports gehört, setzt sich der jeweilige Teilnehmer der spieltypischen Verletzungsgefahr bewusst aus. Auch bei leichten Regelverstößen, die nicht auf einem unsportlichen Verhalten eines Teilnehmers beruhen, stellen Verletzungen anderer Teilnehmer dabei die Verwirklichung eines Risikos dar, das der sportliche Wettkampf der Sportart mit sich bringt. Erleidet ein anderer Teilnehmer in Folge solcher Regelverstöße einen Schaden, besteht daher kein Anspruch auf Schadensersatz.

---

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

**BVerfG 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19, NJW 2020, 2953 m. Anm. Hoven (Strafbarkeit des Containers verfassungsgemäß)**

Das BVerfG entschied, dass die rechtspolitisch höchst umstrittene Strafbarkeit des „Containers“ verfassungsgemäß ist. Der Entscheidung des BayObLG (s.o.) stünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Zum einen sei die zivilrechtliche Wertung im Rahmen des § 242 StGB nicht willkürlich, sondern beruhe auf sachgemäßen, nachvollziehbaren Erwägungen. Zum anderen sei gegen die strafrechtliche Beweiswürdigung nichts einzuwenden. Insbesondere würden der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Ultima Ratio-Prinzip keine verfassungsrechtlichen Einschränkungen gebieten. Im Rahmen der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG sei zu akzeptieren, dass der Eigentümer die Lebensmittel bewusst vernichten wollte, da der Gesetzgeber die Verfügungsbefugnis nicht eingegrenzt habe.

**BGH 4 StR 448/19, JuS 2020, 696 m. Anm. Hecker (Dolus subsequens; zeitlicher Anknüpfungspunkt für Tötungsvorsatz)**

Der Angeklagte und zwei weitere Mittäter schlugen ein Ehepaar mehrmals heftig gegen den Kopf, würgten und fesselten es mit Kabelbindern um Hand- und Fußgelenke. Nachdem die Opfer aus Angst um ihr Leben den Aufbewahrungsort ihres Tresorschlüssels verraten hatten, knebelten die Mittäter die Eheleute durch Umwicklung des Mundbereiches mit Klebeband. Nachdem sie Bargeld und andere Wertsachen aus dem Tresor entfernt hatten, ließen die Mittäter die Eheleute in der von ihnen erkannten lebensgefährlichen Lage zurück. Dass die Opfer nicht rechtzeitig gefunden werden könnten, nahmen sie billigend in Kauf. Die Verurteilung wegen versuchten Mordes durch die Vorinstanz konnte nach Ansicht des BGH nicht bestehen bleiben. Die Urteilsgründe enthielten unklare und teils widersprüchliche Sachverhaltsfeststellungen zum Zeitpunkt des Tötungsvorsatzes. Der Täter müsse nach dem Koinzidenz- oder Simultaneitätsprinzip zum Zeitpunkt der objektiven Tatbestandsverwirklichung den darauf bezogenen Vorsatz haben. Ein nachfolgender Vorsatz (*dolus subsequens*) sei bedeutungslos. Dem Angeklagten und seinen Mittätern seien die lebensgefährlichen Verletzungen erst bewusst geworden, als sie die Opfer in der hilflosen Lage zurückließen. Bei der letzten aktiven Handlung (Knebelung) habe noch kein Tötungsvorsatz vorgelegen. Die getroffenen Feststellungen ließen allenfalls die Annahme einer versuchten Tötung durch Unterlassen zu.

**BGH 4 StR 166/19, JuS 2020, 985 m. Anm. Eisele (Erlaubnistatbestandsirrtum und § 32 StGB)**

Der Beschluss behandelt einen Klassiker des Allgemeinen Teils. Die Freundin des Angeklagten wurde in aufdringlicher Art von B belästigt. B ging mit anliegenden Armen auf den Angeklagten zu. Als sich auch ein Zeuge der Gruppe näherte, entschloss sich der Begleiter C, schlichtend einzugreifen. Der Angeklagte ging in der Folge irrtümlich davon aus, der Angriff werde durch die Personen intensiviert. Deshalb schlug er mit einem Messer in der Hand um sich und verletzte dabei B und C lebensgefährlich.

Der BGH hob das Urteil des LG auf und verwies die Sache zurück. Die Abwehrhandlungen des Angeklagten müssten nach den Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums beurteilt werden. Es sei auch von einem Erlaubnistatbestandsirrtum auszugehen, wenn ein objektiv nicht erforderliches Verteidigungsmittel ergriffen werde, weil der Täter irrig annimmt, der Angriff werde durch weitere Angreifer verstärkt.

**BGH 1 StR 113/19, JuS 2020, 895 m. Anm. Hecker (Betrug und Wucher für Schlüsseldienstleistungen)**

Dem Urteil liegt eine allseits bekannte Situation zugrunde: das Aussperren aus der eigenen Wohnung. Die Angeklagten verlangten für den Schlüsseldienst ein deutlich über der üblichen Vergütung liegendes Entgelt. Die Kunden gingen irrtümlich davon aus, die Monteure werden ortsüblich sowie angemessen abrechnen. Tatsächlich verlangten die Monteure, die erst nach dem Öffnen der Türen den Preis in die Formulare eintrugen, einen Aufschlag von über 100%.

Der BGH bestätigte die Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs. Dabei wurde das Tatbestandsmerkmal der

Täuschung ausführlich erörtert. Grundsätzlich sei eine konkludente Täuschung über die Angemessenheit und Üblichkeit des Preises mangels Aufklärungspflicht abzulehnen. Es sei dem Kunden überlassen, ob er die geforderte Vergütung für die Leistung aufwenden will. Dennoch liege eine konkludente Täuschung vor, da der Wert der Leistung tax- oder listenmäßig festgelegt ist und der Werkunternehmer daher konkludent erklärt, das geforderte Entgelt entspreche dem üblichen Preis. Neben den Ausführungen zu § 263 Abs. 1 StGB werden diejenigen Passagen des Urteils empfohlen, in denen der nicht zum Prüfungsstoff gehörende Wuchertatbestand des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB erörtert wird.

---

**BayObLG 206 StRR 1013/19, JuS 2020, 85 m. Anm. Jahn (= HanLR 1/2020, 40) (Containern als Diebstahl)**

Der Beschluss behandelt mit dem „Containern“ das Entwenden von Lebensmitteln aus einem verschlossenen Abfallcontainer eines Supermarktes. Das Gericht entschied, dass das Entwenden der Lebensmittel einen Gewahrsamsbruch und damit eine Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB begründet. Bei den Lebensmitteln handele es sich um fremde und nicht um herrenlose Sachen, da der Eigentümer das Eigentum an den Lebensmitteln nicht aufgegeben habe. Eine Dereliktion gem. § 959 BGB komme nicht in Betracht, da der Wille, sich der Sache ungezielt zu entledigen, nicht vorgeherrscht habe. Durch die Absperrung der Container habe der Eigentümer deutlich erkennbar gemacht, dass die Firma die Lebensmittel nicht dem Zugriff beliebiger Dritter hingeben wollte. Zudem seien die Lebensmittel zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitgestellt worden.

---

**OLG Stuttgart 4 Rv 28 Ss 103/19, NJW 2019, 2787 m. Anm. Zopfs (Polizeiflucht als verbotenes Kraftfahrzeugrennen)**

Der ersten obergerichtlichen Entscheidung über die subjektiven Voraussetzungen des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt eine Polizeiflucht wie im Bilderbuche zugrunde. Der Angeklagte flüchtete mitten in der Nacht vor der ihn mit Blaulicht und Martinshorn verfolgenden Polizei, indem er mit „voll Stoff“ die Gegenfahrbahn befuhr, rote Ampeln überquerte und zahlreiche Kurven schnitt. Das OLG Stuttgart hatte zu entscheiden, ob bei der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, das Rasen das Hauptziel des Täters darstellen muss oder ob es ausreicht, dass das Rasen ein Zwischenziel zur Erreichung eines anderen Ziels, etwa die Flucht vor der Polizei, ist. Das Gericht entschied sich für die zweite Variante und machte vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Vorschrift deutlich, dass auch die „Polizeiflucht“ von einem spezifischen Renncharakter mit abstraktem Gefährdungspotenzial geprägt sei, dem nach der Gesetzesbegründung mit der Norm entgegengetreten werde sollte. Eine Abgrenzung danach, welche Motive die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, letztlich ausgelöst hätten oder begleiten würden, sei kaum vertretbar.

---

**LG München II 1 Ks 21 Js 5718/18, JuS 2020, 987 m. Anm. Jahn (Stromschlag)**

Die Entscheidung des LG München II führt die Grundsätze des bekannten Sirius-Falls fort. Der Angeklagte gab sich als Arzt aus und nahm unter dem Vorwand der Durchführung einer Studie Kontakt zu jungen Mädchen auf. Während eines Videochats forderte er die Probandinnen auf, sich über das Hausstromnetz Stromschlägen auszusetzen. Der Angeklagte verharmloste die Situation, indem er die Durchführung als gesundheitlich unbedenklich deklarierte.

Zentraler Aspekt der Entscheidung war die Abgrenzung einer Tötungstäterschaft von der Selbsttötungsteilnahme. Nach Ansicht des Gerichts handele es sich bei den Taten nicht um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung, sondern um eine einverständliche Fremdgefährdung kraft mittelbarer Täterschaft. Der Angeklagte habe kraft überlegenden Wissens gehandelt, indem er eine Ursache für den eigenen Tod verschleierte. Er habe damit die Irrenden zum Werkzeug gegen sich selbst gemacht.

---

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

**EuGH C-336/19, Urt. v. 17.12.2020**

Art. 26 Abs. 2 Unterabs. 1 lit. c der Verordnung (EG) Nr. 1099/2009 des Rates vom 24. September 2009 über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung ist im Licht von Art. 13 AEUV und Art. 10 Abs. 1 der EU-GRCharta dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats, die im Rahmen der rituellen Schlachtung ein Verfahren einer Betäubung vorschreibt, die umkehrbar und nicht geeignet ist, den Tod des Tieres herbeizuführen, nicht entgegensteht.

**BVerfG 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, Beschl. v. 22.12.2020**

Angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erscheint eine Verletzung der durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Rundfunkfreiheit durch das Unterlassen der Zustimmung zum Ersten Medienänderungsstaatsvertrag (1. MÄStV) zumindest möglich. Die Beschwerdeführer legen jedoch nicht näher dar, dass eine verfassungswidrige Verzögerung des Inkrafttretens der Änderung des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrags irreversibel zu schweren Nachteilen führte.

**BVerfG 1 BvQ 116/20, Beschl. v. 22.10.2020**

Eine hinreichend substantiierte Begründung für einen Antrag nach § 32 BVerfGG auf Außervollzugsetzung eines zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erlassenen landesrechtlichen Beherbergungsverbots setzt voraus, dass sich der Antragsteller mit den Zielen der angegriffenen Regelungen (neben Infektionsrisiken in den Beherbergungsbetrieben Risiken durch erhöhte Mobilität und neue soziale Kontakte) sowie den fachgerichtlich geäußerten rechtlichen Zweifeln an dem Verbot (etwa Ermächtigungsgrundlage, Zitiergebot, Bestimmtheit) auseinandersetzt und die eigenen schweren Nachteile unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Ausnahmen vom Beherbergungsverbot hinreichend darlegt.

**BVerfG 2 BvR 477/17, Beschl. v. 18.11.2020**

Ob in einem bewaffneten Konflikt eine Amtspflichtverletzung deutscher Soldaten vorliegt, bemisst sich nach der Verfassung und dem Soldatengesetz sowie vor allem nach den gewaltbegrenzenden Regeln des humanitären Völkerrechts. Vor diesem Hintergrund stellt - wie auch Art. 115a GG zu entnehmen ist - nicht jede Tötung einer Zivilperson im Rahmen kriegerischer Auseinandersetzungen auch einen Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht dar.

**StGH Niedersachsen StGH 6/19, Urt. v. 24.01.2020**

Der auch in Niedersachsen als unmittelbares Verfassungsrecht geltende und damit zu den Prüfungsmaßstäben des Staatsgerichtshofs zählende Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG schützt das Recht aller auf dem Gebiet des Landes Niedersachsen wirkenden Regierungs- und Oppositionsparteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb in seiner Gesamtheit. Im Rahmen der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Landesregierung gelten daher ihnen gegenüber das Neutralitäts- und das Sachlichkeitsgebot. Eine parteiergreifende Äußerung eines Regierungsmitglieds im politischen Meinungskampf verstößt gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien, wenn sie entweder unter Einsatz der mit dem Regierungsamt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder Gewichtung zu verleihen. Amtsautorität wird auch bei Aktivitäten von Regierungsmitgliedern in sozialen Netzwerken oder beim Einsatz von Mikrobloggingdiensten in Anspruch genommen, wenn diese Aktivitäten unter Nutzeradressen stattfinden, die auf das Amt hinweisen. Aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG folgt nicht, dass die Landesregierung und ihre Mitglieder gehindert wären, verfassungs-

feindliche Bestrebungen politischer Parteien als solche zu bezeichnen und darauf in angemessener Weise zu reagieren. Die Landesregierung und ihre Mitglieder sind insbesondere berechtigt und verpflichtet, das freiheitlich-demokratische Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Niedersachsen zu bewahren und die Bevölkerung für demokratiegefährdende Entwicklungen zu sensibilisieren sowie das bürgerschaftliche Engagement hiergegen zu stärken. Das schließt die Befugnis ein, Angriffe auf die Pressefreiheit und die Intuition der Freien Presse im Rahmen der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit entschieden zurückzuweisen und die bürgerschaftlichen Kräfte zur Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Grundwerte zu ermutigen.

---

#### **BayVGH 20 NE 20.2461, Beschl. v. 08.12.2020**

Der Senat erkennt schwerwiegende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 28a IfSG nicht an. Zwar sind die Befugnisse der Infektionsschutzbehörden und damit vor allem des Ordnungsgebers nach § 32 IfSG Untersagungs- und Beschränkungsmaßnahmen für ganze Bereiche des gesellschaftlichen Lebens sowie allgemeine Verhaltenspflichten für jedermann zur Bekämpfung von COVID-19 zu erlassen, zum Teil sehr weitgehend und in die Grundrechte der Betroffenen tief eingreifend. Auf der anderen Seite muss jedoch berücksichtigt werden, dass diese Befugnisse allein auf das Ereignis der Corona-Pandemie zugeschnitten sind und jedenfalls flächendeckend nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag erlassen werden können. Dadurch hat der Bundestag eine Gefährdungseinschätzung durch die Corona-Pandemie, welche sowohl Gefahrenabwehrelemente als auch Gefahrenprognoseelemente (vgl. hierzu BVerwG, Urteil v. 28.6.2004 - 6 C 21.02 - BeckRS 2004, 25030) enthält, zum Ausdruck gebracht, welche grundsätzlich solch einschneidende Maßnahmen voraussichtlich rechtfertigen kann. Dass der Bundestag hier seinen weiten Gestaltungsspielraum überschritten hätte, ist nicht ersichtlich.

---

#### **OVG NRW 8 A 1161/18, Urt. v. 23.09.2020**

Der Gebetsruf des Muezzins für das Freitagsgebet mittels eines Lautsprechers ist von der Religionsausübungsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG geschützt. Diese Wertentscheidung wirkt in das einfache Recht und damit auch in die Beurteilung einer erheblichen Belästigung i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG hinein. Die negative Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG, Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 4 WRV) vermittelt grundsätzlich kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben.

---

#### **OVG NRW 13 B 1899/20.NE**

Das Gebot zur Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 Metern (§ 2 Abs. 1b, Abs. 2 CoronaSchVO) sowie die in diesem Zusammenhang verordneten Kontaktbeschränkungen im öffentlichen Raum (§ 2 Abs. 1a CoronaSchVO) dürften von der Verordnungsermächtigung in §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 und 2, 28a Abs. 1 Nr. 1 und 3 IfSG gedeckt sein. Die streitigen Maßnahmen halten sich bei summarischer Prüfung auch im Übrigen an die gesetzlichen Vorgaben aus § 28a IfSG und verstoßen voraussichtlich weder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, noch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

---

#### **Nds. OVG 13 MN 569/20, Beschl. v. 23.12.2020**

Die konkret getroffenen Kontaktbeschränkungen in § 6 Abs. 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung (Verbot von Zusammenkünften und Feiern mit den Personen des eigenen Hausstandes und bis zu vier weiteren Personen des engsten Familienkreises, wobei Kinder bis einschließlich 14 Jahren nicht einzurechnen sind) stellen nach der hier nur gebotenen summarischen Prüfung einen angemessenen Ausgleich zwischen den Grundrechten der Betroffenen und den legitimen Zielen des Ordnungsgebers dar.

---

## Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benotungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen, eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden - echte Bedingungen eben.

**Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.**

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung,

gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?

- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?

- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?

- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?

- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: „Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!“ trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in „falsch“ und „richtig“, „vertretbar“ oder „unvertretbar“ gibt es nicht, von einigen Extremfällen abgesehen.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind „weiche“ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser, bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung mit mind. 12 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

Ähnliches gilt für die sogenannten “Studienklausuren”. Nach unserem ersten Jahr haben wir uns entschieden, umfangreiche Klausuren und deren Lösungen selbst zu erstellen, zu lektorieren und abzdrukken.

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte) Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

*Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.*

## Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht I

stud. iur. Sirin Al Hakim, 14 Punkte

Die Hausarbeit ist in der Veranstaltung Grundkurs Strafrecht I im Wintersemester 2017/2018 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Dr. Manuel Ladiges, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

**Teil 1:** A will dem D eine Lehre erteilen, da D ihm seine Freundin ausgespannt hat. A kommt auf die Idee, den D zur Mittagszeit, wenn Ds Mitarbeiter Pause machen, in seiner Autotuning-Werkstatt zu überfallen und einzuschüchtern. Zusätzlich will er noch Ds Firmen-PC, auf dem sämtliche Kundendaten und wichtige geschäftliche Informationen gespeichert sind, zerstören. Zur Absicherung seines Plans gewinnt A den B, der auf dem Gehweg vor der Werkstatt warten und A informieren soll, falls Mitarbeiter des D wider Erwarten früher von der Mittagspause zurückkehren. A stürmt in das Büro des D, schlägt dem D die Faust ins Gesicht, schwingt dann einen Hammer und brüllt zu D: „Leg´ dich mit dem Gesicht auf den Boden, rühr´ dich nicht und zähl´ langsam bis 100, sonst zertrümmere ich dein Gesicht!“ D ist völlig verängstigt und kommt den Forderungen von A nach. Währenddessen zerschlägt A den PC mit dem Hammer in viele Einzelteile und läuft dann gemeinsam mit B, der draußen aufgepasst hatte, vom Tatort weg. Durch den Faustschlag erleidet D ein schmerzhaftes Veilchen.

**Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit des A nach dem StGB!**

**Teil 2:** Auf dem Heimweg ruft B sich das Taxi des befreundeten Taxifahrers T. T erscheint, ist aber mittlerweile sichtlich genervt davon, dass B seit Monaten sein Taxi gerufen hatte, um sich auf Ts Kosten durch die Gegend kutschieren zu lassen. B verspricht T nun hoch und heilig, dass er ihn unverzüglich in voller Höhe bezahlen werde, wenn er zu Hause ist, da er dort einen größeren Bargeldbetrag habe. T fährt B im Glauben an dieses Versprechen nach Hause und parkt das Taxi vor Bs Haus. Nun rückt B mit der Wahrheit raus und erklärt T, dass er leider doch kein Geld hat. Jetzt hat T die Ausflüchte des B endgültig satt und sagt: „Entweder du zahlst endlich deine Schulden oder ich fahre dich zur Polizei, die sich um einen Betrüger wie dich kümmern wird!“ B gerät unter diesem Druck in einen affektiven Erregungszustand, zieht ein Küchenmesser (Länge 6 cm), das er immer dabei hat, um seinen Willen durchzusetzen, und sticht mehrfach auf den völlig überraschten T ein, da er Angst vor der Polizei hat. Hierbei nimmt er dessen Tod billigend in Kauf. T stirbt wenig später, da ein Messerstich eine wichtige Arterie verletzt hat.

Der Taxifahrer F sieht, wie B blutverschmiert aus dem Taxi steigt und wegläuft. F geht zutreffend davon aus, dass B seinen Kollegen angegriffen hat. F fährt hinter B her, der schnell in einen Park läuft, damit F ihm nicht mit dem Taxi folgen kann. F ist jedoch ein guter Läufer und hat B etwas später zu Fuß eingeholt. F gelingt es, B am Arm zu packen und ruft: „Halt, du Verbrecher!“ Nachdem F die Polizei gerufen und B etwa zwei Minuten festgehalten hat, erinnert sich B an sein Küchenmesser. B sticht es dem F – ohne Tötungsvorsatz – in den Nacken und verletzt F erheblich. Bevor B noch einmal zustechen kann, entreißt F geistesgegenwärtig einem dabeistehenden älteren Herrn den Spazierstock und schlägt B damit mit voller Kraft auf die Schulter. B lässt das Messer fallen und wird dann von der eintreffenden Polizei festgenommen. Durch Fs Schlag zerbricht der Spazierstock (Wert EUR 100,-). Dabei war F klar, dass es durch den heftigen Schlag zu einer solchen Konsequenz kommen könnte.

**Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit von B und F nach dem StGB!**

**Bearbeitervermerk (für beide Teile):** Versuchte Delikte, § 185 StGB, § 242 StGB, § 263 StGB und § 316a StGB sind nicht zu prüfen, ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**Tatkomplex 1: Teil 1**

A könnte sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3<sup>1</sup> wegen gefährlicher Körperverletzung, gem. § 240 Abs. 1, 2 wegen Nötigung, gem. § 303b Abs. 1 Nrn. 1, 3, Abs. 2 wegen Computersabotage sowie wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 strafbar gemacht haben.

**A. Strafbarkeit des A wegen Hausfriedensbruch**

A könnte sich gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben, indem er in das Büro des D gestürmt ist.

**I. Tatbestand**

A müsste objektiv und subjektiv tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Der objektive Tatbestand müsste erfüllt sein.

**a) Tatobjekt**

A müsste in einen Geschäftsraum eingedrungen sein. Jener ist ein Raum, der seiner Bestimmung nach dem Betreiben gewerblicher, wissenschaftlicher oder ähnlicher Tätigkeiten dient.<sup>2</sup> Das Büro des D ist ein abgeschlossener Raum, der zum Betreiben gewerblicher oder ähnlicher Tätigkeiten dient. Ein Geschäftsraum liegt somit vor.

**b) Tathandlung**

A müsste in Ds Büro eingedrungen sein. Eindringen bedeutet das körperliche Betreten gegen den Willen des Berechtigten.<sup>3</sup> A stürmt ohne Vorwarnung in Ds Büro. D hatte diesem zuvor nicht eingewilligt. Demnach hat A ohne den Willen Ds dessen Geschäftsraum betreten.

**2. Subjektiver Tatbestand**

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz bedeutet das Wissen und Wollen der Merkmale des objektiven Tatbestandes.<sup>4</sup> A wollte das Büro des D stürmen. Er hat es geplant, um D eine Lehre zu erteilen. A handelte somit vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

**II. Rechtswidrigkeit**

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Folglich handelte A rechtswidrig.

**III. Schuld**

A müsste schuldhaft gehandelt haben. Schuldaußschließungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte schuldhaft.

**IV. Strafantrag § 123 Abs. 2**

Erforderliche Strafanträge gelten als gestellt.

**V. Ergebnis**

A hat sich wegen Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 strafbar gemacht, indem er in Ds Büro hineingestürmt ist, ohne dessen Erlaubnis.

**B. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung**

A könnte sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nrn. 3, 4 wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben, indem er Ds Büro stürmte, ihm mit der Faust in dessen Gesicht schlug und B zur Absicherung seines Planes als Aufsicht nutzte.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Grundtatbestand gem. § 223 Abs. 1**

Es müsste zunächst der Grundtatbestand erfüllt sein.

**aa) Körperliche Misshandlung**

A könnte D körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist eine üble, unangemessene Handlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>5</sup> Der Faustschlag des A in das Gesicht Ds stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar, durch die D mit einem schmerzhaften Veilchen verletzt wird. Das körperliche Wohlbefinden Ds wird dadurch nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Folglich liegt eine körperliche Misshandlung vor.

<sup>1</sup> Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> OLG Köln NJW 1982, 2740 (2740); Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Aufl. 2017, Rn. 662.

<sup>3</sup> OLG Jena NJW 2006, 1892 (1892); Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I, 8. Aufl. 2017, § 33 Rn. 13.

<sup>4</sup> Krey/Esler, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, § 12 Rn. 377.

<sup>5</sup> Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 18. Aufl. 2017, § 13 Rn. 7.

**bb) Gesundheitsschädigung**

A könnte D an seiner Gesundheit geschädigt haben. Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, vom Normalzustand abweichenden Zustandes.<sup>6</sup> Ein schmerzhaftes Veilchen stellt einen vom Normalzustand abweichenden Zustand dar. Diesen hat A hervorgerufen. Eine Gesundheitsschädigung liegt somit vor.

**cc) Kausalität**

Die Handlung As müsste auch kausal für den Taterfolg sein. Nach der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.<sup>7</sup> Hätte A mit der Faust nicht in Ds Gesicht geschlagen, hätte D kein schmerzhaftes Veilchen. As Handlung ist somit kausal für den Erfolg.

**dd) Objektive Zurechnung**

Der Erfolg müsste A auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg dann, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat und diese sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.<sup>8</sup> A hat durch seine Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr der Verletzung eines anderen Menschen geschaffen. Diese hat sich auch im konkreten Erfolg, dem schmerzhaften Veilchen des D, realisiert. Der Erfolg ist dem A folglich objektiv zurechenbar.

**b) Qualifikation gem. § 224 Abs. 1****aa) Hinterlistiger Überfall, gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3**

A könnte D mittels eines hinterlistigen Überfalls körperlich verletzt haben. Jener bezeichnet einen für das Opfer überraschenden und unerwarteten Angriff.<sup>9</sup> Dieser ist, nach ständiger Rspr. des BGH, nicht schon dann hinterlistig, wenn der Täter für den Angriff das Überraschungsmoment ausnutzt.<sup>10</sup> Hinterlist setzt vielmehr voraus, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht gerichteten Weise vorgeht, um dem Opfer so die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und

eine Vorbereitung auf die Verteidigung auszuschließen.<sup>11</sup> A stürmt in Ds Büro. Dieser weiß nichts von dem Angriff, jener ist somit unerwartet. Indem A den Überfall in die Mittagspause legt und B beauftragt ihn zu informieren, falls Mitarbeiter des D kommen sollten, plant er seinen Angriff und erschwert D die Abwehr. A schließt so eine mögliche Vorbereitung auf eine Verteidigung für D aus. Ein hinterlistiger Überfall liegt somit vor.

**bb) Gemeinschaftlich, § 224 Abs. 1 Nr.**

A könnte D mit einem anderen Beteiligten, dem B, gemeinschaftlich körperlich verletzt haben. Dies ist der Fall, wenn mindestens zwei Personen einverständlich zusammenwirken und dem Opfer im Tatortbereich unmittelbar gegenüberstehen.<sup>12</sup> Fraglich ist, was unter dem Begriff gemeinschaftlich i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 zu verstehen ist.

**(a) Eine Ansicht**

Nach einer Ansicht wird unter dem Tatbestandsmerkmal gemeinschaftlich verlangt, dass beide Beteiligten mittäterschaftlich handeln müssen.<sup>13</sup> Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 verlangt, dass mindestens zwei Täter eine Tat gemeinsam begehen, das Opfer verletzen oder dies zumindest versuchen und sich auch zusammen am Tatort befinden. Beide sind gleichsam an der Tat beteiligt und stehen auf gleicher Ebene.<sup>14</sup> Vorliegend hat B nur aufgepasst, dass keine Mitarbeiter kommen, während A den D im Büro körperlich verletzt hat. A und B sind somit nicht gleichsam an der Tat beteiligt. Nach dieser Ansicht liegt folglich keine gemeinschaftlich begangene Körperverletzung vor.

**(b) Andere Ansicht**

Die h.M. vertritt, dass unter der gemeinschaftlichen Körperverletzung kein mittäterschaftliches Handeln notwendig sei, sondern lediglich ein Zusammenwirken eines Teilnehmers und des Täters am Tatort.<sup>15</sup> Fraglich ist jedoch, was unter dem Zusammenwirken zu verstehen ist. Der BGH hat die Beschränkung gemeinschaftlicher Begehung auf mittäterschaftliche Begehung aufgehoben.<sup>16</sup> Demnach

<sup>6</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, 41. Aufl. 2017, Rn. 281.

<sup>7</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 218.

<sup>8</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 43; Wessels et al., Strafr AT (Fn. 7), Rn. 251.

<sup>9</sup> Rengier, Strafr BT II (Fn. 5), § 14 Rn. 44.

<sup>10</sup> BGH NStZ-RR 2009, 77 (77); Eschelbach in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online Kommentar StGB, 37. Edition 2018, § 224 Rn. 35.

<sup>11</sup> BGH NStZ 2012, 698 (698); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl. 2018, § 224 Rn. 22.

<sup>12</sup> Rengier, Strafr BT II (Fn. 5), § 14 Rn. 46.

<sup>13</sup> Paeffgen/Böse in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 24; Schroth, Zentrale Interpretationsprobleme des 6. Strafrechtsreformgesetzes, NJW 1998, 2861 (2862).

<sup>14</sup> Krey/Esser, Deutsches Strafr AT (Fn. 4), Rn. 941.

<sup>15</sup> Hardtung in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB/Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 224 Rn. 35; Hörnle, Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, JURA 1998, 178 (178).

<sup>16</sup> BGH NStZ-RR 2009, 10 (10); BGH NJW 2002, 3788 (3789).

soll eine Begehung mittels Zusammenwirkens eines Täters und eines Gehilfen ausreichen, wenn der Gehilfe am Tatort anwesend ist und durch seine Hilfe die Tragweite der Körperverletzung des Täters bewusst so verstärkt, dass sie dazu förderlich ist, die Lage des Opfers zu verschlechtern.<sup>17</sup> B könnte hier als Gehilfe agiert haben. Nach § 27 Abs. 1 ist ein Gehilfe, wer dem Täter untergeordnet Hilfe geleistet hat und ihn bei der vorsätzlich begangenen Tat vor Ort unterstützt.<sup>18</sup> B hat vor der Werkstatt für A aufgepasst und war bereit diesen zu informieren, wenn Mitarbeiter des D auftauchen sollten. B hat dem A Hilfe geleistet und vor Ort unterstützt. B hat auch dazu beigetragen, dass D keine Unterstützung durch Mitarbeiter bekommen kann. B hat mithin die Lage Ds verschlechtert, sodass B als Gehilfe agiert hat. Somit liegt eine gemeinschaftlich begangene Körperverletzung durch A und B vor.

### (c) Streitentscheid/ Stellungnahme

Die Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen, der Streit ist zu entscheiden. Gegen die erste Ansicht spricht, dass das Merkmal „gemeinschaftlich“ nicht für Mittäterschaft spricht.<sup>19</sup> Es bezieht sich ausschließlich auf die Notwendigkeit eines einstimmigen Zusammenwirkens des Täters samt eines Beteiligten am Tatort.<sup>20</sup> Für die zweite Ansicht spricht auch, dass nach der Legaldefinition des § 28 Abs. 2 Beteiligte auch bloße Teilnehmer sind. Folglich ist der h.M., der zweiten Ansicht, zu folgen, sodass eine gemeinschaftlich begangene gefährliche Körperverletzung durch A und B i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 vorliegt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. A wollte D mit der Faust ins Gesicht schlagen und nahm dabei eine Verletzung, das Veilchen, billigend in Kauf. Folglich handelte er vorsätzlich bezüglich der kausalen und objektiv zu-rechenbaren Herbeiführung der Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1. A müsste auch vorsätzlich bezüglich des hinterlistigen Überfalls gehandelt haben. A wollte den D bewusst überfallen und einschüchtern. Er nutzte außerdem die Mittagspause, in der D alleine im Büro ist. Er hat D durch das Aufstellen Bs auch die Abwehrmöglichkeiten erschwert, somit handelte er vorsätzlich. Weiterhin müsste A vorsätzlich bezüglich der gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung gehandelt haben. Dass D durch die

Hilfe Bs als Aufpasser eine verringerte Abwehrmöglichkeit hat, ist A bewusst, er stellt den B mit der Absicht der Absicherung seines Planes auf. Er handelte auch vorsätzlich bezüglich der Voraussetzungen von § 224 Abs. 1 Nrn. 3, 4.

## II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte rechtswidrig.

## III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründe ersichtlich. A handelte mithin schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A hat sich gem. § 224 Abs. 1 Nrn. 3, 4 wegen gefährlicher Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls, indem er wider Erwarten des D in dessen Büro stürmte und ihm mit der Faust in sein Gesicht schlug und dieser ein schmerzhaftes Veilchen erlitt, und wegen Begehung der gefährlichen Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich, indem A B als Gehilfe hinzuzog, strafbar gemacht.

## C. Strafbarkeit des A wegen Nötigung des D

A könnte sich gem. § 240 Abs. 1 wegen Nötigung strafbar gemacht haben, indem er B drohte, sich auf den Boden zu legen, und dass er bei Nichterfolgen dieser Anweisungen sein Gesicht zertrümmern werde.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

Um den objektiven Tatbestand zu erfüllen müsste A durch ein geeignetes Nötigungsmittel den Nötigungserfolg kausal bewirkt haben.

#### a) Nötigungsmittel

A müsste entweder Gewalt angewendet oder mit einem empfindlichen Übel gedroht haben.

#### aa) Nötigung mit Gewalt

A könnte D mit Gewalt genötigt haben. Jene liegt nach enger Auslegung des Gewaltbegriffs vor, wenn wegen einer körperlichen Kraftentfaltung psychischer oder körperlicher Zwang ausgeübt wird, welcher sich aber körperlich

<sup>17</sup> Hardtung, Die Körperverletzungsdelikte, JuS 2008, 960 (965); Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 269.

<sup>18</sup> Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 135.

<sup>19</sup> Krey et al., StraFR BT, Bd. 1 (Fn. 17), Rn. 264.

<sup>20</sup> BGH NJW 2002, 3788 (3789); Hardtung in: Joecks/Miebach, MüKo StGB (Fn. 15), § 224 Rn. 35.

auswirken muss.<sup>21</sup> A droht D zum Zeitpunkt der Nötigung und wendet keine Gewalt an. Gewalt liegt hier nicht vor.

### bb) Drohung mit einem empfindlichem Übel

A könnte dem D mit einem empfindlichen Übel gedroht haben. Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben glaubt.<sup>22</sup> Empfindlich ist ein Übel, wenn der in Aussicht gestellte Nachteil von solcher Erheblichkeit ist, dass seine Ankündigung geeignet ist, das bezweckte Verhalten zu veranlassen.<sup>23</sup> Durch die Äußerung As scheint D, er müsse den Anweisungen Bs folgen. D befürchtet, er könne den Eintritt des Übels, dem Zertrümmern seines Gesichts, mit dem Verfolgen der Anweisungen As beeinflussen. Die Ankündigung As war somit geeignet, um B das gewünschte Verhalten ausführen zu lassen. Eine Drohung mit einem empfindlichen Übel liegt mithin vor.

### b) Nötigungserfolg

Es müsste außerdem ein Nötigungserfolg eingetreten sein. Dieser umfasst jedes Tun, Dulden und Unterlassen des Genötigten.<sup>24</sup> Vorliegend wurde D angeordnet, sich auf den Boden zu legen und bis 100 zu zählen. Somit liegt ein Nötigungserfolg zu einem aktiven Handeln vor.

### c) Nötigungsspezifischer Zusammenhang

Weiterhin müssten Nötigungsmittel und -erfolg in kausalem Zusammenhang stehen. Hätte A dem D nicht gedroht, hätte D sich nicht auf den Boden gelegt und bis 100 gezählt. Das Verhalten Ds ist die spezifische Folge der Drohung. Ein Kausalzusammenhang liegt mithin vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. A wollte D mit seiner Drohung einschüchtern und dessen Werkstatt überfallen, er hielt dies auch für möglich. Folglich liegt Vorsatz vor.

## II. Rechtswidrigkeit

### 1. Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen

Die Tat des A müsste auch rechtswidrig sein. Allgemeine Rechtfertigungsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

### 2. Verwerflichkeit gem. § 240 Abs. 2

A müsste verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 gehandelt haben. Rechtlich verwerflich ist, was sozial unerträglich und wegen seines grob anstößigen Charakters sozialetisch in besonders hohem Maße zu missbilligen ist.<sup>25</sup> Hierbei ist auf das Nötigungsmittel, den Nötigungszweck oder die jeweilige Zweck-Mittel-Relation abzustellen. Das Nötigungsmittel könnte verwerflich sein. Das Androhen von Gewalt ist sozialetisch nicht zu billigen und steht in der Verbindung mit einer Bedingung unter Strafe.<sup>26</sup> Folglich ist das angewandte Mittel bereits verwerflich. Die Handlung des A ist mithin rechtswidrig.

## III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründe ersichtlich. A handelte mithin schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A hat sich somit gem. § 240 Abs. 1 wegen Nötigung strafbar gemacht, indem er D befahl, sich auf den Boden zu legen und bis 100 zu zählen.

## D. Strafbarkeit des A wegen Computersabotage

A könnte sich wegen Computersabotage gem. § 303b Abs. 1 Nrn. 1, 3, Abs. 2 strafbar gemacht haben, indem er Ds Firmen-PC samt Kundendaten und wichtiger geschäftlicher Informationen zerschlagen hat.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a. Grundtatbestand gem. § 303b Abs. 1 Nrn. 1, 3

##### aa) Tatobjekt: Datenverarbeitung von wesentlicher Bedeutung

Bei dem Firmen-PC müsste es sich um eine Datenverarbeitung handeln, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist. Datenverarbeitung umfasst den Verarbeitungsvorgang und den weiteren Umgang und die Verwendung von Daten.<sup>27</sup> Auf dem PC werden wichtige Informationen sowie sämtliche Kundendaten gespeichert, sodass es sich um Datenverarbeitungen handelt. Diese müssten auch von wesentlicher Bedeutung für einen anderen sein. Bei Betrieben ist dies der Fall, wenn die Funktionsfähigkeit

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2007, 1669 (1670).

<sup>22</sup> Kindhäuser, StrafR BT I (Fn. 3), § 13 Rn. 14; Küpper/Börner, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 51.

<sup>23</sup> BGH NStZ 1982, 287 (287); Wessels et al., StrafR BT I (Fn. 6), Rn. 454.

<sup>24</sup> Kindhäuser, StrafR BT I (Fn. 3), § 13 Rn. 27.

<sup>25</sup> BGH NJW 1962, 1923 (1924); BGH NJW 2014, 401 (403); Rengier, StrafR BT II (Fn. 5), § 23 Rn. 60.

<sup>26</sup> Kindhäuser, StrafR BT I (Fn. 3), § 13 Rn. 34; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 19. Aufl. 2017, § 26 Rn. 12.

<sup>27</sup> Hecker in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 303b Rn. 3.

der jeweiligen Einrichtung im Ganzen von einem ungestörten Ablauf der Datenverarbeitung ganz oder überwiegend abhängig ist.<sup>28</sup> Sämtliche Informationen und Daten der Kunden werden notiert und gespeichert, sodass die Bedürfnisse von der Autotuning Werkstatt erfasst werden können. Die Funktionsfähigkeit der Werkstatt ist von diesen Daten beeinflusst, demnach sind sie von wesentlicher Bedeutung.

**bb) Tathandlung: Einwirkung auf eine Datenverarbeitung**

A müsste auf die Datenverarbeitung eingewirkt haben. Durch das Zerstören des Firmen-PCs sind sämtliche darauf gespeicherte Kundendaten sowie wichtige geschäftliche Informationen gelöscht worden.

**(1) § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB: Tat gem. § 303a**

In Betracht kommt zunächst gem. § 303b Abs. 1 Nr. 1 eine Tat nach § 303a Abs. 1 Var. 1. Dafür müssten die Voraussetzungen des § 303a StGB vorliegen.

**(a) Daten gem. § 202a Abs. 2**

Bei den Kundendaten und den geschäftlichen Informationen muss es sich um Daten gem. § 202a Abs. 2 handeln. Die Kundeninformationen sowie die wichtigen geschäftlichen Informationen sind Daten i.S.d. § 202a Abs. 2. Ein Tatobjekt liegt folglich vor.

**(b) Löschen gem. § 303a Abs. 1 Var. 1**

A müsste die Daten gelöscht haben. Löschen bezeichnet das vollständige und unwiederbringliche Unkenntlichmachen der Speicherung.<sup>29</sup> A hat Ds PC in viele Einzelteile zerschlagen. Die Daten sind unwiederbringlich unkenntlich gemacht worden. Somit hat A diese gelöscht.

**(2) § 303b Abs. 1 Nr. 3: Zerstören einer Datenverarbeitungsanlage**

A könnte Ds PC zerstört haben. Der PC müsste eine Datenverarbeitungsanlage sein. Jene ist eine Funktionseinheit technischer Geräte, die die Verarbeitung elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeicherter Daten ermöglicht.<sup>30</sup> Der PC speichert Kundendaten und geschäftliche Informationen und ist damit

eine Datenverarbeitungsanlage. A müsste den PC zerstört haben. Zerstören ist die Existenzvernichtung oder Aufhebung bestimmungsgemäßer Brauchbarkeit.<sup>31</sup> A hat den PC in viele Einzelteile zerschlagen, er ist nicht mehr bestimmungsgemäß brauchbar. A hat Ds PC somit zerstört.

**cc) Taterfolg: Erhebliche Störung**

Die Daten müssten erheblich gestört, also deren reibungsloser Ablauf nicht unerheblich beeinträchtigt worden sein.<sup>32</sup> Unerheblich ist die Beeinträchtigung, wenn sie ohne großen Zeit-, Mühe- und Kostenaufwand behebbar ist.<sup>33</sup> A hat Ds PC zerstört. Es sind sämtliche Kundendaten sowie geschäftliche Informationen gelöscht worden, die nicht ohne große Mühe und zeitlichen Aufwand behebbar sind. Eine erhebliche Störung liegt mithin vor. Der Taterfolg ist eingetreten.

**dd) Kausalität**

Die Handlung des A müsste auch kausal für den Erfolg sein. Hätte A den Computer nicht zerschlagen, wären die Kundendaten sowie die geschäftlichen Informationen nicht abhanden gekommen. Somit ist die Handlung des A kausal für den Erfolg, der Störung des PCs.

**ee) Objektive Zurechnung**

Der Erfolg müsste A auch objektiv zurechenbar sein. A hat durch das Zerschlagen des PCs eine rechtlich missbilligte Gefahr der Störung einer Datenverarbeitungsanlage, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, geschaffen. Diese hat sich im konkreten Erfolg, der Störung der Kundendaten und der wichtigen geschäftlichen Informationen, realisiert. Der Erfolg ist A demnach zurechenbar.

**ff) Zwischenergebnis**

Der Grundtatbestand ist erfüllt.

**b) Qualifikation gem. § 303b Abs. 2**

Bei der Autotuning Werkstatt könnte es sich um einen fremden Betrieb handeln. Ein Betrieb ist eine auf Dauer angelegte räumlich-organisatorische Einheit von Personen und Sachmitteln zur Verfolgung arbeitstechnischer

<sup>28</sup> Weidemann in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB (Fn. 10), § 303b Rn. 6.

<sup>29</sup> Fischer, StGB (Fn. 11), § 303a Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 40. Aufl. 2017, Rn. 60.

<sup>30</sup> Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II – Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte, 4. Aufl. 2017, Rn. 512; Wessels/Hillenkamp, StrafR BT 2 (Fn. 29), Rn. 63.

<sup>31</sup> Rengier, StrafR BT I (Fn. 26), § 24 Rn. 7; Wessels/Hillenkamp, StrafR BT 2 (Fn. 29), Rn. 36.

<sup>32</sup> Eisele, StrafR BT II (Fn. 30), Rn. 513; Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 27), § 303b Rn. 9.

<sup>33</sup> Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 27), § 303b Rn. 9; Schumann, Das 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, NSTz 2007, 675 (679).

Zwecke unter einheitlicher Leitung.<sup>34</sup> Ein Betrieb ist fremd, soweit er nicht oder nicht ausschließlich dem Tätervermögen zuzuordnen ist.<sup>35</sup> Die Werkstatt ist auf Dauer angelegt. Sie verfolgt den Zweck, Autos zu tunen. Sie ist mithin ein Betrieb. D ist nicht Inhaber der Werkstatt. Sie ist somit fremd. Die Datenverarbeitung müsste von wesentlicher Bedeutung für die Werkstatt sein. Vorliegend ist das der Fall.<sup>36</sup> Die Qualifikation des § 303b Abs. 2 liegt somit vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. A wollte von Beginn an den Firmen-PC samt der Daten zerstören, um D eine Lehre zu erteilen. Er hielt dies auch für möglich. Er handelte somit vorsätzlich bezüglich des § 303b Abs. 1 Nrn. 1, 3. A müsste auch vorsätzlich bezüglich § 303b Abs. 2 gehandelt haben. A wusste, dass es sich um den Firmen-PC der Auto-tuning Werkstatt des D handelte. Er wusste, dass es sich um einen betriebseigenen Gegenstand handelte. Er handelte mithin vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte rechtswidrig.

## III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründe ersichtlich. A handelte mithin schuldhaft.

## IV. Strafantrag gem. § 303c

Laut Sachverhalt sind erforderliche Strafanträge gestellt.

## V. Ergebnis

A hat sich gem. § 303b Abs. 1 Nrn. 1, 3, Abs. 2 wegen Computersabotage eines fremden Betriebes strafbar gemacht, indem er den Firmen-PC zertrümmerte und dieser so in viele Einzelteile zerbrach.

## Tatkomplex 2: Teil 2

B könnte sich wegen Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 1, Gr. 3 Var. 2 sowie wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 strafbar gemacht haben. F könnte sich gem. § 239 Abs. 1 wegen Freiheitsberaubung, wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2

und wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 strafbar gemacht haben.

## A. Strafbarkeit des B wegen Mordes/ Totschlag

B könnte sich wegen Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 1, Gr. 3 Var. 2 strafbar gemacht haben, indem B mit dem Küchenmesser auf T einsticht und dieser durch die Verletzungen verstirbt.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Tötung eines anderen Menschen

B müsste einen anderen Menschen getötet haben. B sticht mit seinem Messer mehrfach auf T ein. Dabei verletzt er eine wichtige Arterie. T stirbt wenig später daran. Also hat B einen anderen Menschen getötet.

#### b) Kausalität und objektive Zurechnung

Der Messerstich des B müsste ursächlich für den Tod Ts sein. Der von B geführte Messerstich kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod Ts entfiel. Somit war der Messerstich kausal für den Tod Ts.

B müsste der Tod des T objektiv zurechenbar sein. Durch den Messerstich wird eine wichtige Arterie des T verletzt und in die körperliche Integrität des T eingegriffen, was eine rechtlich missbilligte Gefahr darstellt. Diese hat sich auch im konkreten Erfolg, dem Tod des T, realisiert. Folglich ist B der Erfolg auch objektiv zurechenbar.

#### c) Heimtücke

B könnte T heimtückisch getötet haben. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.<sup>37</sup>

#### aa) Arglosigkeit

T müsste arglos sein. Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit oder sein Leben versieht.<sup>38</sup> T warnte B, er solle seine Schulden begleichen, sonst schicke er ihn zur Polizei. T rechnet zu dem Zeitpunkt mit keinem Angriff auf sein Leben, er ist überrascht, als B auf ihn zusticht. Somit ist T arglos.

<sup>34</sup> Heger in: Lackner/Kühl, Strafrechtbuch Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 11 Rn. 15.

<sup>35</sup> Eisele, StrafR BT II (Fn. 30), Rn. 516; Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 27), § 303b Rn. 13.

<sup>36</sup> Begründung siehe Tatkomplex 1, D. I. 1. a) aa).

<sup>37</sup> BGHSt 32, 382 (388); Krey et al., StrafR BT, Bd. 1 (Fn. 17), Rn. 29.

<sup>38</sup> BGH NStZ 1993, 341 (341); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil - Teilband 1, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 43.

**bb) Wehrlosigkeit**

T müsste wehrlos sein. Wehrlos ist, wer aufgrund seiner Arglosigkeit in der Verteidigung erheblich eingeschränkt war.<sup>39</sup> T hat mit keinem Angriff seitens B gerechnet und war zum Zeitpunkt des Einstechens völlig überrascht. Er war infolge seiner Arglosigkeit nicht fähig, sich rechtzeitig gegen die Messerstiche zu wehren. T war somit wehrlos.

**cc) Einschränkung des Mordmerkmals Heimtücke**

Die h.L. sowie die Rspr. fordern eine restriktive Auslegung des Mordmerkmals Heimtücke auf Tatbestandsebene.<sup>40</sup>

**(1) Besonders verwerflicher Vertrauensbruch**

Nach einer Ansicht wird ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch erfordert, d.h. den Missbrauch des in der Tatsituation entgegengebrachten Vertrauens.<sup>41</sup> B und T sind befreundet, ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch liegt mithin vor.

**(2) Feindselige Willensrichtung**

Eine andere Ansicht fordert ein Handeln in feindseliger Willensrichtung.<sup>42</sup> Tatbestandlich sollen Fälle herausfallen, in denen der Täter in großer Verzweiflung oder aus tiefem Mitgefühl mit dem Opfer handelt.<sup>43</sup> B handelt hier nicht aus tiefem Mitgefühl mit T, sondern aus Angst vor der Polizei. B handelte somit in feindseliger Willensrichtung, sodass nach dieser Ansicht Heimtücke gegeben ist.

**2. Subjektiver Tatbestand****a) Vorsatz bezüglich § 212 Abs. 1**

B müsste vorsätzlich getötet haben. B befand sich vorliegend in einem affektiven Erregungszustand. Hierbei genügt bedingter Vorsatz.<sup>44</sup> B hat den Tod des T billigend in Kauf. Er handelt mithin vorsätzlich.

**b) Vorsatz bezüglich der Heimtücke**

B müsste T auch vorsätzlich heimtückisch getötet haben. Hierfür müsste er die Arg- und Wehrlosigkeit Ts bewusst

zur Tötung ausgenutzt haben.<sup>45</sup> Hierfür reicht es aus, wenn der Täter die äußerlichen Umstände sowie deren Bedeutung für die Tat erfasst hat.<sup>46</sup> Der affektive Erregungszustand des B kann das Ausnutzungsbewusstsein ausschließen, jedoch kommt es spezifisch auf den vorliegenden affektiven Erregungszustand an, somit ist maßgebend, ob B fähig war, den Bedeutungsgehalt der Tat realistisch für das Opfer zu werten und wahrzunehmen.<sup>47</sup> Vorliegend hat B sich unter Druck gesetzt gefühlt und daraufhin sein Küchenmesser gegriffen. B befand sich zum Tatzeitpunkt in einer affektiven Erregung. In einem solchen Zustand kann es zur Verengung seelischer Prozesse sowie des Wahrnehmungsfeldes kommen, die dazu führen könnten, dass der Betroffene Begleiterscheinungen seiner Tat nicht vollständig wahrnehmen kann.<sup>48</sup> Jedoch kann laut des BGH die Spontanität des Tatentschlusses in Verbindung mit der Vorgeschichte der Tat und der psychischen Verfassung des Täters ein Beweiszeichen für ein Ausbleiben des Ausnutzungsbewusstseins sein.<sup>49</sup> B hat das Messer aus Angst vor der Polizei aus der Tasche gezogen und auf T eingestochen, ohne groß darüber nachzudenken. Er handelte primär um ein Treffen mit der Polizei zu verhindern. Bewusst hat B die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers T folglich nicht ausgenutzt. Folglich handelte B nicht heimtückisch.

**c) Subjektives Mordmerkmal: Verdeckungsabsicht**

B könnte aus Verdeckungsabsicht gehandelt haben. Die Tötung müsste also das Streben sein, das Bekanntwerden einer eigenen oder fremden Vortat oder ihres Täters zu verhindern oder die Aufklärung zu erschweren.<sup>50</sup> Voraussetzung dafür ist, dass die Straftat nach der Vorstellung des Täters noch verheimlicht werden kann.<sup>51</sup> Laut des BGH schließt ein affektiver Erregungszustand eine Verdeckungsabsicht nicht aus.<sup>52</sup> Fraglich ist außerdem, ob ein bedingter Tötungsvorsatz die Verdeckungsabsicht ausschließt. Laut des BGH ist die Verdeckungsabsicht auch bei bedingtem Vorsatz annehmbar.<sup>53</sup> Vorliegend ist anzuführen, dass B und T befreundet sind. In derartigen Fäl-

<sup>39</sup> BGH NStZ 2006, 502 (503); Kindhäuser, Strafr BT I (Fn. 3), § 2 Rn. 24.

<sup>40</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 27), § 211 Rn. 9.

<sup>41</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 27), § 211 Rn. 26; Krey et al., Strafr BT, Bd. 1 (Fn. 17), Rn. 65.

<sup>42</sup> Fischer, StGB (Fn. 11), § 211 Rn. 44a; Maurach et al., Strafr BT I (Fn. 38), § 2 Rn. 45.

<sup>43</sup> BGH NStZ 2008, 93 (93); Fischer, StGB (Fn. 11), § 211 Rn. 44a.

<sup>44</sup> Kühl in: Lackner/Kühl, StGB (Fn. 34), § 212 Rn. 3; Puppe, Tötungsvorsatz und Affekt – Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlichen lebensgefährlichen Gewalthandlungen, NStZ 2014, 183 (187).

<sup>45</sup> BGH NStZ 2015, 214 (214); Schneider in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, Bd. 4 (Fn. 15), § 211 Rn. 187.

<sup>46</sup> BGH NStZ 2013, 232 (233); Fischer, StGB (Fn. 11), § 211 Rn. 44.

<sup>47</sup> BGH NStZ-RR 2010, 175 (176); BGH NStZ 2014, 639 (640).

<sup>48</sup> BGH NStZ-RR 2017, 278 (279).

<sup>49</sup> BGH NStZ-RR 2018, 45 (47).

<sup>50</sup> Eisele, Strafr BT I (Fn. 2), Rn. 120; Rengier, Strafr BT II (Fn. 5), § 4 Rn. 53.

<sup>51</sup> Eisele, Strafr BT I (Fn. 2), Rn. 121.

<sup>52</sup> BGH NStZ 2018, 93 (94).

<sup>53</sup> BGH NJW 1958, 836 (837); Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. 2018, § 211 Rn. 70.

len, in denen der Täter dem Opfer bekannt ist und ihm mit einer Anzeige der Vortat und der Aufdeckung dessen Tat droht, soll ein Handeln mit bedingtem Vorsatz nicht genügen.<sup>54</sup> Der Täter muss in derartigen Angelegenheiten sicher sein, dass das Opfer sterben wird, er muss mit seiner Tat eindeutig auf den Tod des Opfers abzielen.<sup>55</sup> Für Verdeckungsabsicht ist also Absicht oder direkter Vorsatz erforderlich.<sup>56</sup> Vorliegend hat B den Tod des T billigend in Kauf genommen, sodass Eventualvorsatz vorliegt. Folglich handelt B nicht aus Verdeckungsabsicht.

## II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. B handelte rechtswidrig.

## III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründe ersichtlich. B handelte mithin schuldhaft.

## IV. Ergebnis

B hat sich demnach wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 strafbar gemacht, indem er mehrfach auf T einstach und dieser daran verstarb.

### B. Strafbarkeit des F wegen Freiheitsberaubung (an B)

F könnte sich gem. § 239 Abs. 1 wegen Freiheitsberaubung an B strafbar gemacht haben, indem er ihn für zwei Minuten festhielt.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Taugliches Tatobjekt

B müsste taugliches Tatobjekt sein. Jenes kann jede Person sein, die fähig ist, willkürlich ihren Aufenthaltsort zu ändern.<sup>57</sup> B ist generell fähig, seinen Aufenthaltsort zu verändern und so taugliches Tatobjekt.

###### b) Tathandlung

###### aa) Einsperren

F könnte den B durch Einsperren seiner Freiheit beraubt haben. Einsperren ist das Verhindern des Verlassens eines Raumes durch äußere Vorrichtungen oder sonstige Vorkehrungen.<sup>58</sup> Vorliegend hat F keine äußeren Vorrichtun-

gen genutzt, um B in einem bestimmten Raum zu halten. Demnach hat F den B nicht eingesperrt.

###### bb) In sonstiger Weise der Freiheit beraubt

F könnte B in sonstiger Weise der Freiheit beraubt haben. Dafür genügt jedes Tun oder Unterlassen, durch das ein Mensch unter Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit gehindert wird, seinen Aufenthaltsort zu verlassen. F hält B für zwei Minuten fest. Somit hat F die Freiheit Bs in sonstiger Weise beraubt. Es muss eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten werden. Kurzfristige Beeinträchtigungen werden nicht erfasst. Die Formel des Reichsgerichts dient als Anhaltspunkt. Sie richtet sich nach der Zeit des „Vaterunser“, also maximal eine Minute.<sup>59</sup> F hält B zwei Minuten fest. Die Erheblichkeitsschwelle ist überschritten.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

F müsste vorsätzlich gehandelt haben. F kam es darauf an den B festzuhalten und am Standort zu fixieren, er handelte also vorsätzlich.

#### II. Rechtswidrigkeit

##### 1. Notwehr

F könnte durch Notwehr gerechtfertigt gehandelt haben. Hierfür müsste ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorliegen. Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter individueller Güter oder Interessen.<sup>60</sup> B greift F nicht an, er steigt lediglich aus dem Taxi und läuft weg, sodass kein Angriff vorliegt. F hat folglich nicht in Notwehr gerechtfertigt gehandelt.

##### 2. Festnahmerecht, § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

Das Handeln von F könnte gem. § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt sein.

###### a) Festnahmelage

###### aa) Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat

B müsste auf frischer Tat betroffen oder verfolgt sein. Es müsste zunächst eine Tat i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vorliegen. B steigt blutverschmiert aus dem Taxi und läuft weg. F nimmt an, B habe seinen Kollegen angegriffen. Es ist um-

<sup>54</sup> Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 53), § 211 Rn. 71; Schneider in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, Bd. 4 (Fn. 15), § 211 Rn. 247.

<sup>55</sup> Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 53), § 211 Rn. 71; Schneider in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, Bd. 4 (Fn. 15), § 211 Rn. 247.

<sup>56</sup> Joecks/Jäger, StUKo StGB (Fn. 53), § 211 Rn. 71.

<sup>57</sup> Hohmann/Sander, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 2; Maurach et al., StraFR BT 1 (Fn. 38), § 14 Rn. 4.

<sup>58</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 26; Krey et al., StraFR BT, Bd. 1 (Fn. 17), Rn. 351.

<sup>59</sup> BGH NStZ 2005, 507 (508); Rengier, StraFR BT II (Fn. 5), § 22 Rn. 14.

<sup>60</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 18 Rn. 6; Stratenweth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 64.

stritten, ob es auf das tatsächliche Vorliegen einer Straftat ankommt oder ob bereits ein Tatverdacht ausreicht.

### (1) Eine Ansicht: Materiellrechtliche Lösung

Eine Ansicht beruht auf den unterschiedlichen Wortlauten der § 127 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 StPO und fordert, dass tatsächlich eine Straftat begangen worden sein muss.<sup>61</sup> Eine Strafbarkeit des B wegen Totschlags liegt, wie oben geprüft, vor. Somit ist dieser Ansicht nach eine Tat gegeben.

### (2) Andere Ansicht: Prozessuale Lösung

Nach anderer Ansicht genügt dringender Tatverdacht, dieser liegt vor, wenn der Festnehmende aufgrund der ihm erkennbaren äußeren Gegebenheiten bei pflichtgemäßer Prüfung eine Straftat annehmen durfte.<sup>62</sup> Hierbei kommt es darauf an, ob die äußeren Gegebenheiten nach der Lebenserfahrung, ohne vernünftige Zweifel, auf eine rechtswidrige Handlung schließen lassen.<sup>63</sup> B steigt blutverschmiert aus dem Auto und versucht zu flüchten. Nach der Lebenserfahrung lässt sich für F hieraus auf eine rechtswidrige Handlung schließen. Nach dieser Ansicht liegt somit ein dringender Tatverdacht vor.

### (3) Zwischenergebnis

Folglich liegt eine Tat i.S.d. § 127 Abs. 1 StPO vor. B müsste auch betroffen oder verfolgt sein. Verfolgt ist der Täter, wenn er sich bereits vom Tatort entfernt hat, sichere Anhaltspunkte aber auf ihn als Täter hinweisen und seine Verfolgung zum Zweck seiner Ergreifung aufgenommen wird.<sup>64</sup> F hat gesehen, wie B blutverschmiert aus dem Auto stieg und in einen Park lief. Folglich war B auf frischer Tat verfolgt.

### bb) Festnahmegrund

Es müsste ein hinreichender Festnahmegrund vorliegen. Dieser könnte in Form des Fluchtverdachts gegeben sein. Fluchtverdacht liegt vor, wenn auf Grund des Verhaltens des Täters vernünftigerweise davon auszugehen ist, dass er sich dem Verfahren durch Flucht entziehen wird.<sup>65</sup> B ist aus dem Taxi gestiegen und direkt in den Park gelaufen. Vernünftigerweise war davon auszugehen, dass sich B jeg-

lichen Konsequenzen, etwa der Strafverfolgung, entziehen wollte. Fluchtverdacht lag demnach vor. Daneben könnte auch der Festnahmegrund der Identitätsfeststellung vorliegen. Dieser ist gegeben, wenn der Täter nicht in einer Weise, die ernstliche Zweifel ausschließt, ohne Vernehmung oder weitere Nachforschungen identifiziert werden kann.<sup>66</sup> F kannte B nicht. Es lagen keine Hinweise auf die Person des B vor, sodass der Festnahmegrund der Gefährdung der Identitätsfeststellung ebenso gegeben ist. Ein hinreichender Festnahmegrund ist mithin gegeben.

### b) Festnahmehandlung

Die Festnahmehandlung muss erforderlich und verhältnismäßig sein. Erforderlich ist sie, wenn sie geeignet und bei mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln das mildeste Mittel ist.<sup>67</sup> Das Packen am Arm war sichtlich geeignet, B festzunehmen. B ist weggelaufen und konnte bis zum Eintreffen der Polizei vor der Flucht gestoppt werden, es war somit das mildeste für F zur Verfügung stehende Mittel. Die Festnahmehandlung war erforderlich. Das angewendete Mittel muss in angemessenem Verhältnis zum Festnahmezweck stehen. Verhältnismäßig sind die Mittel, die zwangsläufig mit einer Festnahme verbunden sind.<sup>68</sup> Das Packen Bs Arm ist eine normale Handlung, die ohne Festnahme nicht regelmäßig durchzuführen ist. B erlitt keine schwerwiegenden Verletzungen, sodass Verhältnismäßigkeit gegeben ist.

### c) Subjektives Rechtfertigungselement

Der Täter muss die Festnahmelage kennen, wissen, dass seine Handlung der Festnahme dient, und die Absicht haben, den Festgenommenen der Strafverfolgung zuzuführen.<sup>69</sup> F kannte die Festnahmesituation und aufgrund seines Rufes, B solle halten, denn er sei ein Verbrecher, ist erkennbar, dass er in der Absicht handelte, B der Strafverfolgung zuzuführen. Das subjektive Rechtfertigungselement liegt vor.

## III. Ergebnis

F hat somit gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt und nicht rechtswidrig gehandelt. F hat sich nicht gem. § 239

<sup>61</sup> OLG Hamm NJW 1972, 1826 (1827); Schmitt in: Meyer-Gofßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Band 6, 59. Aufl. 2016, § 127 Rn. 4.

<sup>62</sup> BGH NJW 1981, 745 (745); Rengier, StrafR AT (Fn. 60), § 22 Rn. 7.

<sup>63</sup> OLG Hamm NSTZ 1998, 370 (370).

<sup>64</sup> Schmitt in: Meyer-Gofßner/Schmitt, StPO (Fn. 61), § 127 Rn. 6.

<sup>65</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 236; Joecks, Studienkommentar StPO, 4. Aufl. 2015, § 127 Rn. 7.

<sup>66</sup> Joecks, StuKo StPO (Fn. 65), § 127 Rn. 7; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 11.

<sup>67</sup> Posthoff in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 127 Rn. 16.

<sup>68</sup> Posthoff in: Gercke et al., StPO (Fn. 67), § 127 Rn. 16.

<sup>69</sup> Joecks, StuKo StPO (Fn. 65), § 127 Rn. 8; Schmitt in: Meyer-Gofßner/Schmitt, StPO (Fn. 61), § 127 Rn. 12.

Abs. 1 strafbar gemacht, indem er B am Arm packte und ihn zwei Minuten festhielt.

### **C. Strafbarkeit des B wegen gefährlicher Körperverletzung**

B könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 strafbar gemacht haben, indem er dem F mit einem Messer in den Nacken stach.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

###### **a) Grundtatbestand gem. § 223 Abs. 1**

###### **aa) Körperliche Misshandlung**

B könnte F körperlich misshandelt haben. Das Stechen des B mittels des Küchenmessers in Fs Nacken stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar. F wird durch diese Handlung erheblich verletzt. Das körperliche Wohlbefinden Fs wird dadurch nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Folglich liegt eine körperliche Misshandlung vor.

###### **bb) Gesundheitsschädigung**

B könnte den F auch an seiner Gesundheit geschädigt haben. Die erheblichen Verletzungen stellen einen vom Normalzustand abweichenden Zustand dar. Dieser ist durch B hervorgerufen worden. Eine Gesundheitsschädigung liegt demnach auch vor.

###### **cc) Kausalität und objektive Zurechnung**

As Handlung müsste auch kausal und ihm objektiv zurechenbar sein. Hätte B den F nicht mit dem Messer in den Nacken gestochen, hätte F keine erheblichen Verletzungen erlitten. Bs Handlung ist somit kausal für den Erfolg. B hat durch seine Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr der Verletzung eines anderen Menschen geschaffen. Diese hat sich im konkreten Erfolg realisiert. Dieser ist B objektiv zurechenbar.

###### **b) Qualifikation gem. § 224 Abs. 1**

###### **aa) Mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2**

B könnte F mittels eines gefährlichen Werkzeugs körperlich verletzt haben. Jenes ist jeder Gegenstand, der nach

seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.<sup>70</sup> Bs Küchenmesser stellt wegen seiner Beschaffenheit und Schärfe ein gefährliches Werkzeug dar.

###### **bb) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5**

B könnte den F außerdem mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung körperlich verletzt haben. Dies ist der Fall, wenn die Verletzungshandlung objektiv geeignet ist, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen.<sup>71</sup> Ob hierbei die Lebensgefahr konkret eingetreten sein muss oder eine abstrakte Lebensgefahr ausreicht, ist strittig.

###### **(1) Eine Ansicht: abstrakte (h.M)**

Nach der h.M. reicht eine abstrakte Lebensgefahr aus, eine tatsächliche Lebensgefahr muss also nicht eingetreten sein.<sup>72</sup> Bs Handlung müsste also eine abstrakte Lebensgefahr für F herbeigeführt haben. Sticht man mit einem Küchenmesser in den Nacken einer Person, so kann es sein, dass man wichtige Nerven trifft und es so zu lebensgefährlichen Verletzungen kommen kann. B hätte somit eine wichtige Arterie Fs treffen können, woran dieser hätte sterben können. Dieser Ansicht nach liegt somit eine das Leben gefährdende Behandlung vor.

###### **(2) Andere Ansicht**

Nach a.A. ist nur eine konkret eingetretene Lebensgefahr genügend, also wenn die Körperverletzung an sich lebensbedrohlich ist und nicht erst die dadurch ausgelöste Gefahr; die Gefährlichkeit der Behandlung und nicht die der erfolgten Verletzung ist von Bedeutung.<sup>73</sup> Hier erlitt F erhebliche Verletzungen, die keine Lebensgefahr darstellten. Nach dieser Ansicht stellt der Messerstich des B in den Nacken des F keine das Leben gefährdende Behandlung dar.

###### **(3) Streitentscheid**

Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden. Für die erste Ansicht spricht, dass bei Vorliegen einer konkreten Lebensgefahr ohnehin schon die §§ 212, 222 angewendet werden.<sup>74</sup> Die Annahme einer konkreten Lebensgefahr würde gegen den Wortlaut sprechen, der nicht das Hervorrufen einer

<sup>70</sup> BGHSt 22, 235 (235); Wessels et al., StrafR BT 1 (Fn. 6), Rn. 274.

<sup>71</sup> BGHSt 2, 160 (163); Wessels et al., StrafR BT 1 (Fn. 6), Rn. 282.

<sup>72</sup> BGH NJW 1989, 781 (781); BGH NStZ 2013, 345 (345); Jesse, Das Pfefferspray als alltägliches gefährliches Werkzeug, NStZ 2009, 364 (366); Rengier, StrafR BT II (Fn. 5), § 14 Rn. 50.

<sup>73</sup> BGH NStZ 2007, 34 (35); Fischer, StGB (Fn. 11), § 224 Rn. 28; Lilie in: Lilie/Jähne, Leipziger Kommentar StGB/Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 224 Rn. 36.

<sup>74</sup> Rengier, StrafR BT II (Fn. 5), § 14 Rn. 50.

Lebensgefahr, sondern lediglich eine lebensgefährliche Behandlung erfordere.<sup>75</sup> Folglich ist der h.M. zu folgen die eine abstrakte Lebensgefahr erfordert, sodass eine lebensgefährdende Behandlung vorliegt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

B müsste vorsätzlich gehandelt haben. B wollte F durch den Stich verletzen. Er handelte vorsätzlich bezüglich der Herbeiführung der Körperverletzung. B hat das Messer bewusst für den Stich verwendet, lebensgefährliche Verletzungen musste B zumindest für möglich gehalten haben. B handelte vorsätzlich bezüglich der Verletzung Fs mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer lebensgefährdenden Behandlung.

## II. Rechtswidrigkeit

### 1. Notwehr

B könnte durch Notwehr gerechtfertigt gehandelt haben.

### 2. Notwehrlage

Hierfür müsste ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorliegen. F hält B fest. B kann sich nicht frei bewegen. Ein Angriff liegt vor. Dieser müsste auch gegenwärtig sein. Gegenwärtig ist er dann, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert.<sup>76</sup> F hält B noch während des Zustechens fest. Der Angriff findet gerade statt und ist mithin gegenwärtig. Der Angriff müsste rechtswidrig sein, also objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.<sup>77</sup> F ist durch das Festnahmerecht gem. § 127 StPO gerechtfertigt. Fs Angriff war nicht rechtswidrig. Bs Handeln ist somit nicht durch Notwehr gerechtfertigt.

## III. Schuld

Es sind keine Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründe ersichtlich. B handelte mithin schuldhaft.

## IV. Ergebnis

Folglich hat B sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5, wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht, indem er F mit einem Messer in dessen Nacken gestochen hat und ihn erheblich verletzte.

## D. Strafbarkeit des F wegen gefährlicher Körperverletzung

F könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem.

§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 strafbar gemacht haben, indem er dem B mit einem Spazierstock gegen die Schulter geschlagen hat.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Grundtatbestand gem. § 223 Abs. 1

##### aa) Körperliche Misshandlung

F hat B mit einem Spazierstock mit voller Kraft gegen die Schulter geschlagen, dies stellt eine körperliche Misshandlung dar.

##### bb) Gesundheitsschädigung

F könnte B an der Gesundheit geschädigt haben. Mangels Angaben im Sachverhalt ist eine Gesundheitsschädigung zu verneinen.

##### cc) Kausalität und objektive Zurechnung

Das Handeln Fs müsste kausal gewesen sein. Hätte F den Spazierstock nicht gegen die Schulter des B geschlagen, hätte er seine körperliche Unversehrtheit nicht beeinträchtigt und B das Messer nicht dadurch fallen lassen. Die Handlung des F war damit kausal für den Erfolg. Der Taterfolg müsste F auch objektiv zurechenbar sein. Indem F dem B mit dem Spazierstock auf die Schulter schlug, schuf F eine rechtlich missbilligte Gefahr, die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Betroffenen. Diese Gefahr hat sich, wie es aus dem Sachverhalt zu entnehmen ist, im tatbestandlichen Erfolg auch realisiert. Der Taterfolg ist F damit objektiv zurechenbar.

#### b) Qualifikation gem. § 224 Abs. 1

##### aa) Mittels eines gefährlichen Werkzeugs, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2

F könnte den B mit einem gefährlichen Werkzeug verletzt haben. Der Spazierstock ist ein beweglicher Gegenstand, der im vorliegenden Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Der Spazierstock ist folglich ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2.

##### bb) Zwischenergebnis

Folglich hat F den B mittels eines gefährlichen Werkzeugs verletzt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

F müsste vorsätzlich gehandelt haben. F hat den Stock zu-

<sup>75</sup> BGH NStZ 2009, 339 (340); Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 53), § 224 Rn. 49.

<sup>76</sup> Eggert, Chantage – Ein Fall der Beschränkung des Notwehrrechts?, NStZ 2001, 225 (226); Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 17.

<sup>77</sup> Wessels et al., Strafr AT (Fn. 7), Rn. 493.

vor dem Herrn entrissen, um B damit auf dessen Schulter zu schlagen. F handelt folglich vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit

### 1. Notwehr

F könnte durch Notwehr gem. § 32 gerechtfertigt sein.

#### a) Notwehrlage

Hierfür müsste ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorliegen. Vorliegend hat B dem F bereits einmal mit dem Messer in den Nacken gestochen. Durch den Messerstich bedrohte B Fs Leben und Leib, sodass ein Angriff vorliegt. Der Angriff müsste gegenwärtig sein. Als F den B mit dem Spazierstock geschlagen hat, war er kurz davor erneut auf F einzustechen. Der Angriff ist somit gegenwärtig i.S.d. § 32. Der Angriff müsste rechtswidrig sein. B war seinerseits durch keinen Rechtfertigungsgrund gedeckt, sodass sein Angriff im Widerspruch zur Rechtsordnung stand. Eine Notwehrlage des F lag somit vor.

#### b) Notwehrhandlung

Die Handlung des F müsste sich gegen den Angreifer richten, objektiv erforderlich und normativ geboten sein. Die Handlung des F richtet sich gegen den auf ihn einstechenden B, somit gegen den Angreifer.

#### aa) Erforderlichkeit

Erforderlich ist die Notwehrhandlung, wenn sie zur Abwendung des Angriffs geeignet, aber auch das relativ mildeste Mittel ist.<sup>78</sup> Geeignet ist sie, wenn sie objektiv dazu in der Lage ist, den Angriff sofort ganz zu beenden oder ihn zumindest abzuschwächen.<sup>79</sup> Ein Schlag mit dem Spazierstock war objektiv adäquat, Bs Einstechen zu beenden. Die Handlung war damit geeignet. Das relativ mildeste Mittel ist eine für den Angreifer am wenigsten gefährliche Handlungsalternative bei gleich effektiver Abwehr.<sup>80</sup> F hält B bis zum Eintreffen der Polizei fest. Der Spazierstock war als einzig greifbares Mittel vor Ort verfügbar. F war kein milderes, aber zugleich gleich effektives Mittel zur Abwehr ersichtlich. Damit war die Notwehrhandlung erforderlich.

#### bb) Gebotenheit

Der Schlag mit dem Spazierstock müsste geboten gewe-

sen sein. Grundsätzlich kennt die Notwehr nach § 32 keine Güterabwägung, somit ist die Notwehrhandlung in der Regel auch immer geboten, wenn sie erforderlich ist.<sup>81</sup> Vorliegend ist dies der Fall.

#### c) Subjektives Rechtfertigungselement

F handelte in Kenntnis der Sachlage und mit Verteidigungswillen.

## 2. Zwischenergebnis

Folglich hat F durch Notwehr nach § 32 gerechtfertigt gehandelt

## III. Ergebnis

F hat sich folglich nicht gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 strafbar gemacht, indem er B mit einem Spazierstock auf die Schulter geschlagen hat.

## E. Strafbarkeit des F wegen Sachbeschädigung

F könnte sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem er den Spazierstock eines älteren Herren zerbrochen hat.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Fremde Sache

Es müsste eine Sache nach § 90 BGB, also ein körperlicher Gegenstand, vorliegen.<sup>82</sup> Ein Spazierstock ist ein körperlicher Gegenstand. Eine Sache liegt vor. Die Sache müsste für F auch fremd sein, also weder herrenlos sein noch ausschließlich dem Täter selbst gehören.<sup>83</sup> F hat den Spazierstock einem älteren Herrn entrissen, so ist dieser Eigentümer dessen. Jener ist somit fremd für F, eine fremde Sache liegt vor.

##### b) Tathandlung: Zerstören

Der Spazierstock könnte zerstört worden sein. Eine Sache ist zerstört, wenn sie vollständig vernichtet oder weitgehend beschädigt ist, so dass sie ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit verliert.<sup>84</sup> Der Spazierstock ist zerbrochen und kann nicht mehr zweckentsprechend als Gehhilfe benutzt werden. Der Spazierstock ist mithin zerstört worden.

<sup>78</sup> BGH NStZ 2015, 151 (152); OLG Karlsruhe NJW 1974, 806 (807); Kindhäuser, Strafr AT (Fn. 76), § 16 Rn. 29.

<sup>79</sup> Rengier, Strafr AT (Fn. 60), § 18 Rn. 33.

<sup>80</sup> BGHSt 3, 217 (217); Wessels et al., Strafr AT (Fn. 7), Rn. 500.

<sup>81</sup> Wessels et al., Strafr AT (Fn. 7), Rn. 507.

<sup>82</sup> Eisele, Strafr BT II (Fn. 30), Rn. 456; Hohmann/Sander, Strafr BT II (Fn. 57), § 1 Rn. 4.

<sup>83</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafr BT 2 (Fn. 29), Rn. 20.

<sup>84</sup> Hohmann/Sander, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 7.

### c) **Kausalität und objektive Zurechnung**

Die Handlung Fs müsste kausal sein. Hätte F den Spazierstock nicht auf Bs Schulter geschlagen, wäre dieser nicht zerbrochen. Der Schlag kann also nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Bruch des Stockes in seiner konkreten Gestalt entfiel. Fs Handlung ist somit kausal für den Erfolg. Jener müsste F objektiv zurechenbar sein. Durch den Schlag hat F eine rechtlich missbilligte Gefahr für die Substanz des Spazierstocks geschaffen, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat. Dieser ist F somit objektiv zurechenbar.

## 2. **Subjektiver Tatbestand**

F müsste vorsätzlich gehandelt haben. F war bewusst, dass es durch seinen heftigen Schlag zu derartigen Konsequenzen kommen könnte. Er handelte mithin vorsätzlich.

## II. **Rechtswidrigkeit**

F müsste rechtswidrig gehandelt haben. Er könnte durch einen Aggressivnotstand gem. § 904 BGB gerechtfertigt gehandelt haben.

### 1. **Notstandslage**

Hierfür müsste eine Notstandslage, also eine gegenwärtige Gefahr für ein beliebiges Rechtsgut, vorliegen.<sup>85</sup> Jenes muss also objektiv bedroht sein bzw. die Entstehung eines Schadens muss drohen, wenn nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.<sup>86</sup> B sticht in Fs Nacken, woraufhin dieser erheblich verletzt wird. Eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit Fs liegt somit vor. B wollte ein weiteres Mal zustechen. F müsste so noch erheblichere Verletzungen befürchten. Die Gefahr ist somit gegenwärtig.

### 2. **Notstandshandlung**

#### a) **Einwirkung auf Sache, von der Gefahr nicht ausgeht**

F müsste in eine fremde Sache eingegriffen haben, von der die Gefahr nicht ausgeht. Von dem Spazierstock des älteren Herrn ging vorliegend keine Gefahr aus, sondern vielmehr von dem Küchenmesser des B. Somit liegt eine Einwirkung auf eine fremde Sache vor, von der keine Gefahr ausgeht.

#### b) **Erforderlichkeit**

Der Eingriff in die Sache müsste außerdem erforderlich

zur Gefahrenabwehr gewesen sein. Dies ist er, wenn er zur Gefahrenabwehr geeignet und das mildeste zur Verfügung stehende Gegenmittel ist.<sup>87</sup> Mithilfe des Stocks konnte F dem B auf die Schulter schlagen. B ließ das Küchenmesser daraufhin los. Der Spazierstock war somit zur Gefahrenabwehr geeignet. Ein anderes Mittel stand F zum Zeitpunkt des Angriffs nicht zur Verfügung. Folglich war der Eingriff erforderlich.

### 3. **Interessenabwägung**

Das geschützte Rechtsgut muss das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegen.<sup>88</sup> Dem F drohen durch Bs Einstechen mit dem Küchenmesser erhebliche Verletzungen. F könnte davon bleibende Schäden tragen. Der Spazierstock hingegen ist zerbrochen, kann jedoch ersetzt werden. Der drohende Schaden am körperlichen Leib des F ist somit unverhältnismäßig höher als die Zerstörung des Spazierstocks.

### 4. **Subjektive Rechtfertigungselemente**

F müsste auch mit Rettungswillen gehandelt haben.<sup>89</sup> F schlägt B auf die Schulter, sodass dieser das Messer fallen lässt und nicht auf ihn einstechen kann. F schützt sich somit vor weiteren Verletzungen. Der Rettungswille lag hier daher ebenfalls vor.

## III. **Ergebnis**

Folglich greift der Rechtfertigungsgrund des § 904 BGB hier ein. F handelte nicht rechtswidrig. F hat sich nicht wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 bezüglich des Spazierstocks strafbar gemacht.

## ANMERKUNGEN

### Zu Teil 1:

Im Rahmen der Prüfung der Strafbarkeit des A wurde die Prüfung des § 239 Abs. 1 StGB bemängelt, da dieser hinter § 240 StGB zurücktritt, wodurch eine Prüfung dessen nicht erforderlich gewesen wäre. Die Prüfung des § 303b Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB gelingt gut, jedoch fehlen die Konkurrenzen. Es wurde zudem das fehlende Gesamtergebnis zu Teil 1 bemängelt.

<sup>85</sup> Lakkis in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck-online.Grosskommentar BGB, 1.2.2018, § 904 Rn. 13.

<sup>86</sup> Lakkis in: Gsell et al., BeckOGK BGB (Fn. 85), § 904 Rn. 5, 7; Brückner in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Bd. 7, 7. Aufl. 2017, § 904 Rn. 4.

<sup>87</sup> Lakkis in: Gsell et al., BeckOGK BGB (Fn. 85), § 904 Rn. 29.

<sup>88</sup> Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 493.

<sup>89</sup> Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 258.

**Zu Teil 2:**

Im Rahmen der Prüfung der Strafbarkeit des B wurde das Problembewusstsein sowie der Aufbau positiv hervorgehoben. Allerdings wurde kritisiert, dass eine Erörterung, inwieweit eine Verdeckung noch möglich ist oder ob die Tat bereits vollständig aufgedeckt wurde, fehlt.

Im Rahmen der Prüfung der gefährlichen Körperverletzung durch B wurde die gelungene Differenzierung im Rahmen des Streits über das Vorliegen einer konkreten oder abstrakten Lebensgefahr gut bewertet, jedoch wären an der Stelle getrennte Oberpunkte für den Grundtatbestand und die Qualifikationen angemessen gewesen.

Insgesamt wurden die überwiegende Vollständigkeit sowie die Struktur und die Schlüssigkeit der Prüfungsabfolge, vor allem im zweiten Teil der Arbeit, hervorgehoben.

## Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht, 14 Punkte

stud. iur. Sina John, 14 Punkte

Die Klausur wurde als „Take-Home-Exam“ in der Fortgeschrittenenübung im Zivilrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Sommersemester 2020 bei Professor Dr. Roland Schwarze geschrieben, ihm gebührt herzlicher Dank für das Einverständnis zur Veröffentlichung des Sachverhaltes und für die Anmerkungen hinsichtlich der Klausurlösung. Die Formalien entsprechen den Anforderungen an die Klausur.

Die Eheleute Gisbert (G) und Anneliese (A) Möller bewohnen ein Einfamilienhaus im beschaulichen Kleinstädtchen Penzberg im oberbayerischen Landkreis Weilheim-Schongau. Das zugehörige Grundstück ist Eigentum der Eheleute Möller. G ist darüber hinaus Eigentümer eines seit jeher in Familienbesitz befindlichen landwirtschaftlich genutzten Grundstücks im Außenbereich des Kleinstädtchens (Flurstück 32). Dieses plant er eines Tages entsprechend der Tradition unverehrt an seine beiden Kinder Helen (6 Jahre) und Klaus (4 Jahre) zu vermachen. Auf dem Grundstück (Flurstück 32) befindet sich eine kleine Windenergieanlage im Wert von 80.000 €, die die Klimaschutzbegeisterte A im Februar 2018 dort hatte errichten lassen. G, der von dem Klimaaktivismus seiner Frau nur mäßig begeistert ist und sich um die Fortführung seiner Familientradition sorgte, hatte dem Vorhaben nur nach Vereinbarung einer Pacht des betroffenen Grundstücksteils durch die A zugestimmt. Nach damaliger Absprache der Eheleute Möller soll die Windenergieanlage im Eigentum der A verbleiben und nach Ablauf der Pachtzeit von ihr vollständig beseitigt werden. Als Pachtzeit haben die Eheleute eine Zeitspanne von 20 Jahren vereinbart, da dies der üblichen Nutzungsdauer einer Windenergieanlage entspricht.

Norbert (N), der betagte Nachbar der Eheleute Möller, ist leidenschaftlicher Spaziergänger. Seit Jahren führt seine „Lieblingsstrecke“ an dem Grundstück (Flurstück 32) des G im Außenbereich der Stadt Penzberg vorbei. Die Errichtung der Windenergieanlage ist ihm ein Dorn im Auge - auch nach zwei Jahren ereifert sich N noch bei jedem Spaziergang über diese grässliche „Verspargelung“ der Landschaft. Da ihm zudem die tägliche laute Bolzerei von Helen und Klaus im nachbarlichen Garten auf den „Geist“ geht, spielt er mit dem Gedanken sein Grundstück zu verkaufen, um etwas Abstand von dem ihm verhassten Ehepaar Möller zu gewinnen. Aus diesem Grund nimmt N Einsicht in das Grundbuch und entdeckt dabei zufällig, dass er dort fälschlicherweise auch als Eigentümer des Grundstücks (Flurstück 32) des G eingetragen ist. Spontan kommt ihm der Einfall, den Eheleuten Möller einen Denkmittel zu verpassen. Kurzerhand schaltet er eine Anzeige zum Verkauf des Grundstücks (Flurstück 32), auf die sich der interessierte Journalist Egon (E) meldet. E hält den sich charmant gebenden N bei der Besichtigung des Grundstücks am 05.04.2020 für dessen Eigentümer. Man wird sich einig, ohne ein Wort über die Windenergieanlage zu verlieren. Als Kaufpreis vereinbaren sie eine Summe von 500.000 €, die dem üblichen Wert landwirtschaftlich genutzter Grundstücke im Außenbereich von Penzberg entspricht. N und E lassen den Kaufvertrag über das Grundstück sowie die Auflassung notariell beurkunden und stellen einen Antrag auf Eintragung des E als Eigentümer im Grundbuch.

Noch bevor E als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird, brüstet er sich in einem Zeitungsartikel über Klimaschutz damit, stolzer Eigentümer der einzigen Windenergieanlage in Penzberg zu sein. Als A den Artikel liest, wird sie stutzig und kontaktiert den E, woraufhin die Ereignisse ans Licht kommen. Zwei Tage später (04.05.2020) erfolgt die Eintragung des E im Grundbuch. A ist der Meinung, die Windenergieanlage gehöre selbstverständlich ihr, schließlich sei sie dem E nicht verkauft worden. Er hätte sonst ja wohl deutlich mehr zahlen müssen. Abgesehen davon habe N gar kein Recht gehabt, E einfach das Grundstück des G zu übereignen. Die Anlage gehöre auch gar nicht zum Grundstück - sie habe die Anlage nach Ablauf ihrer Nutzungsdauer nämlich wieder abbauen und eben nicht dauerhaft mit dem Grundstück verbinden wollen. E entgegnet, die Anlage sei außerhalb des Grundstücks sowieso nicht zu gebrauchen. Außerdem sei die Windenergieanlage ja wohl fester Bestandteil des Grundstücks. Schließlich habe sie für ihre gesamte Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben sollen. Jedenfalls diene sie aber wirtschaftlichen Zwecken des Grundstücks. Er habe überdies nicht wissen können, dass N sich bloß als Eigentümer ausbebe.

**Beantworten Sie folgende Rechtsfragen in einem Gutachten und gehen Sie hierbei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. auch hilfsgutachterlich, ein:**

**Ist E Eigentümer des Grundstücks (Flurstück 32)?**

**Ist E Eigentümer der Windenergieanlage?**

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**Frage 1:** E könnte Eigentümer gem. § 903 BGB<sup>1</sup> des Grundstücks „Flurstück 32 (FS 32)“ in Penzberg geworden sein. Eigentum ist das umfassende Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache. Dies wäre der Fall, wenn E wirksam das Eigentum an dem Flurstück 32 nach §§ 873, 925 erworben hat und G sein Eigentum verloren hat.

#### A. Verlust des Eigentums von G an A

Ursprünglicher Eigentümer des Grundstücks war G. Dieser könnte das Eigentum jedoch an A gem. §§ 873, 925 verloren haben.

E und A haben nur einen Pachtvertrag über einen Teil des Flurstücks geschlossen, welcher nur ein Besitzrecht beinhaltet. E und A haben sich nicht über einen Eigentumsübergang geeinigt. E hat das Eigentum nicht an A verloren.

#### B. Verlust des Eigentums des G durch die Veräußerung von N an E

G könnte sein Eigentum durch die Veräußerung von N an E verloren haben.

#### I. Erwerb nach §§ 873, 925 von N an E

##### 1. Auflassung, § 925 Abs. 1 S. 1

E und N müssten dazu die Auflassung über das FS 32 erklärt haben. Eine Auflassung besteht aus zwei dinglichen Willenserklärungen gem. § 145ff. mit dem Ziel, das Eigentum übergehen zu lassen. N und E waren sich einig, das Eigentum am FS 32 auf E übergehen zu lassen. Folglich liegt eine Auflassung zwischen N und E vor. Diese Auflassung erfolgte auch formgerecht gem. § 925 Abs. 1 S. 2.

##### 2. Eintrag ins Grundbuch

Weiterhin müsste E als Eigentümer des FS 32 im Grundbuch eingetragen worden sein, § 873 Abs. 1. E wurde nach dem Antrag in das Grundbuch des Amtsgerichtes Weilheim als Eigentümer des FS 32 in Penzberg eingetragen.

##### 3. Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung, § 873

Von einem Einigsein des N und E im Zeitpunkt der Eintragung wird ausgegangen.

##### 4. Berechtigung des N

Weiterhin müsste N zur Veräußerung berechtigt gewesen sein. Berechtigt ist regelmäßig der Eigentümer gem.

§ 903. Eigentümer ist G und nicht N. G hat die Verfügung des N auch nicht nach § 185 nachträglich genehmigt. Folglich war N Nichtberechtigter. Wäre N Berechtigter, wäre er zudem nur Miteigentümer. Je nach Ausgestaltung des Miteigentums mit G als Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft, hätte N nur seinen Anteil veräußern können, § 747, oder hätte nur mit G das gesamte Grundstück veräußern können.

#### 5. Zwischenergebnis

Ein Eigentumserwerb des E von N nach §§ 873, 925 liegt nicht vor. G hat das Eigentum nicht an E verloren.

#### II. Verlust des Eigentums des G durch gutgläubigen Erwerb des E von N

E könnte das FS 32 gutgläubig von N nach §§ 873, 925, 892 erworben haben. Die Voraussetzungen bis auf eine Berechtigung des N liegen vor.

##### 1. Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts.

E und N sind nicht personenidentisch. Auf der Veräußererseite steht somit eine Person, welche nicht Erwerber ist. Ein Verkehrsgeschäft liegt damit vor.

##### 2. Rechtsschein des N

N müsste ein Rechtsschein seines Eigentums gesetzt haben, worauf E vertrauen konnte. Gem. § 891 Abs. 1 wird vermutet, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht demjenigen zusteht für den es eingetragen ist. Im Grundbuch steht N als Eigentümer des FS 32. Die wahre Eigentumslage kannte E zu der Zeit nicht. Folglich durfte E durch die Vermutung des § 891 Abs. 1 glauben, dass N Berechtigter ist. Ein Rechtsschein des N liegt vor.

##### 3. Gutglauben des E

E müsste gutgläubig sein, § 892 Abs. 1 S. 1. Dies ist er, wenn er keine vorsätzliche Kenntnis von seinem Nichteigentum hat. Hierfür ist gem. § 892 Abs. 2 der Zeitpunkt des Stelkens des Antrages auf Grundbucheintragung maßgebend. E wurde von A erst nach der Antragstellung über die wahre Eigentumslage aufgeklärt. Zum Zeitpunkt der Stellung des Antrages hatte E keine Kenntnis von dem Nichteigentum des N.

E wäre aber auch nicht gutgläubig, wenn bei der Eintragung seines Rechts im Grundbuch dieses einen Widerspruch aufweist, § 892 Abs. 1 S. 1. Das Grundbuch weist keinen Widerspruch auf. Folglich war E gutgläubig.

<sup>1</sup> Alle nicht abweichend bezeichneten §§ sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

**III. Zwischenergebnis**

Folglich hat E das Flurstück 32 gutgläubig von N nach §§ 873, 925, 892 erworben. G hat somit das Eigentum an seinem Grundstück verloren.

**C. Ergebnis**

G hat das Eigentum an seinem Grundstück „FS 32“ in Penzberg, durch einen gutgläubigen Erwerb des E von N verloren. Dies ändert jedoch nichts daran, dass A weiterhin Pächterin eines Teils bleibt.

**Frage 2:**

E könnte Eigentümer gem. § 903 der Windenergieanlage (WEAn) auf Grundstück „FS 32“ in Penzberg geworden sein. Dies wäre der Fall, wenn er wirksam das Eigentum an der WEAn erworben hat und A ihr Eigentum verloren hat.

**I. Verlust der A durch die Veräußerung des Grundstücks von N an E gem. §§ 873, 925, 892, 926****1. Einigung über Zubehör, § 926 Abs. 1 S. 1**

N und E müssten sich bei der Auflassung des Grundstücks darüber geeinigt haben, dass auch das Zubehör des FS 32 mitübergehen soll, § 926 Abs. 1 S. 1. Eine Einigung besteht aus zwei dinglichen Willenserklärungen §§ 145ff. N und E haben über die WEAn nicht gesprochen. Somit ist der Inhalt der Auflassung durch Auslegung nach §§ 133, 157 zu ermitteln. §§ 133, 157 sind auch bei dinglichen Willenserklärungen anwendbar. Gem. § 926 Abs. 1 S. 2 ist anzunehmen, dass sich die Auflassung auch auf Zubehör erstrecken soll. Der Kaufpreis betrug 500.000 €. Dieser Preis ist für das Grundstück ohne WEAn marktüblich. Ein Grundstück mit WEAn ist auf dem Markt mehr wert. Der Preis spricht also für eine Auflassung ohne Zubehör. Jedoch können Grundstücke auch billiger verkauft werden. Bei solch einem Wertgegenstand von 80.000 € ist jedoch davon auszugehen, dass ein Mitverkauf extra hätte vereinbart werden müssen. Somit ist nach Auslegung von einer Auflassung ohne Zubehör auszugehen.

**Hilfsweise für diesen Eigentumsübergang****2. Zubehöreigenschaft der WEAn****a. Bewegliche Sache**

Die WEAn müsste gem. 926 Abs. 1 S. 1 Zubehör des FS 32 nach § 97 sein. Gem. § 97 sind WEAn bewegliche Sachen. Die WEAn ist eine Sache nach § 90. Fraglich ist aber, ob sie auch beweglich ist. Beweglich ist eine Sache, wenn sie fortgeschafft werden kann. Die WEAn ist von dem Grundstück wieder entfernbar. Dass dieses mit aufwendigen

Abbauarbeiten verbunden ist, ist nicht schädlich. Auch ist hierfür nicht schädlich, dass die WEAn 20 Jahre dort stehen soll. Folglich ist die WEAn eine bewegliche Sache.

**b. Dem wirtschaftlichen Zweck dienlich**

Die WEAn müsste dem wirtschaftlichen Zweck des FS 32 dienlich sein, § 97 S. 1. Das tut sie, wenn sie den Zweck des FS 32, die Landwirtschaft, ermöglicht oder fördert und dieser gewidmet ist. Die WEAn ermöglicht den Klimaschutz und die Erzeugung von Windenergie. Die WEAn hat mit dem Zweck der Landwirtschaft nichts zu tun. Sie fördert sie nicht. Dies wollten A und G auch nie. Folglich ist die WEAn nicht der Landwirtschaft dienlich. Die WEAn dient nicht dem wirtschaftlichen Zweck.

**3. Zwischenergebnis**

Die WEAn ist kein Zubehör im Sinn des § 97 des FS 32 in Penzberg. Sie ist also nicht von der Auflassung und Einigung des N an E umfasst. Folglich hat A das Eigentum nicht an E verloren.

**II. Eigentumserwerb des E gem. §§ 946, 94**

A könnte ihr Eigentum durch einen Eigentumserwerb des E nach §§ 946, 94 verloren haben, indem sie die WEAn auf das FS 32 baute und so die WEAn mit dem FS 32 verbunden haben könnte, welches E gutgläubig erwarb.

**1. Bewegliche Sache, 946 Abs. 1**

Die WEAn ist eine bewegliche Sache im Sinn des § 90.

**2. Fester Bestandteil eines Grundstücks**

Die WEAn müsste fester Bestandteil des FS 32 geworden sein, § 946. Dies richtet sich nach § 94. Gem. § 94 Abs. 1 S. 1 müsste die WEAn dazu mit dem Grundstück fest verbunden sein. Dies richtet sich nach der Verkehrsanschauung. Die WEAn ist von dem Grundstück entfernbar. Dadurch wird auch der Zweck des Grundstücks nicht vereitelt. Die WEAn wird auch nicht zerstört. Eine feste Verbindung wird jedoch auch dann schon angenommen, wenn die Trennung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Eine WEAn hat eine gewisse Höhe. Sie ist im Boden verankert und soll dort 20 Jahre stehen. Folglich muss sie zur Standsicherheit fest und aufwendig verankert sein. Es ist also anzunehmen, dass ihre Entfernung zwar ohne Zerstörung möglich ist, dies aber sehr aufwendig ist. Somit ist hier ein unverhältnismäßiger Aufwand zur Entfernung anzunehmen. Folglich ist die WEAn mit dem Grundstück fest verbunden und so ein fester Bestandteil von diesem.

### 3. Kein vorübergehender Zweck des § 95

Stören an der Eigenschaft als fester Bestandteil könnte jedoch die Tatsache, dass A die WEAn nach 20 Jahren wieder entfernen muss. Eventuell könnte die WEAn daher ein Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 sein.

#### a. Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 S. 2

A könnte die WEAn nur auf Grund der Ausübung ihres Besitzrechtes an einem Teil des FS 32 auf das FS 32 gebaut haben. Ein Recht im Sinn des § 95 Abs. 1 S. 2 meint jedoch nur dingliche Rechte wie ein Nießbrauchrecht. A baute die WEAn auf Grund ihres Besitzrechtes aus dem Pachtvertrag mit G auf das FS. Ein Pachtvertrag vermittelt zwar den Besitz, ist jedoch ein schuldrechtlicher Vertrag und vermittelt kein dingliches Recht in diesem Sinn. Folglich ist das Recht aus dem Pachtvertrag hier nicht anzubringen. Die WEAn ist also kein Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 S. 2.

#### b. Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 S. 1

Die WEAn könnte ein Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 S. 1 darstellen. Dazu dürfte sie nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet worden sein. Dieser liegt vor, wenn der Wegfall der Anlage von Anfang an beabsichtigt ist. Die Anlage darf nicht dauerhaft bestehen bleiben. Der innere Wille des Errichters zum Zeitpunkt der Errichtung ist maßgebend. Zudem muss dieser durch den Sachverhalt nach außen treten. A hat das FS 32 von G gepachtet. Es wurde in dem Pachtvertrag vereinbart, dass A die WEAn nach 20 Jahren wieder abbauen muss. Dies ist A auch gewillt zu tun. Er wollte und wusste dies bei der Errichtung. Durch den Pachtvertrag ist diese vorübergehende Dauer auch nach außen sichtbar. Bei einem Pachtvertrag ist davon auszugehen, dass der Pächter nur in seinem Eigeninteresse handelt und die Sache danach nicht in das Eigentum des Verpächters übergehen soll. Somit lässt sich eine vorübergehende Verwendung der WEAn für 20 Jahre erst einmal annehmen.

Problematisch könnte aber sein, dass diese 20 Jahre der Nutzungsdauer einer WEAn entsprechen. Die WEAn muss nach 20 Jahren ersetzt werden. Sie hält im Durchschnitt nicht länger. A muss also die WEAn nach 20 Jahren zwangsläufig abbauen und nicht, weil sie die WEAn nur vorübergehend nutzen will. § 95 Abs. 1 S. 1 ist für Fälle gedacht, wo der Nutzer freiwillig die Sache nur eine Zeitlang nutzen will und den Nutzen dann freiwillig, zumindest an dieser Stelle, einstellt. Dass der Nutzen zwangsweise wegen der Nutzungsdauer aufgegeben werden muss, entspricht nicht dem Sinn des § 95 Abs. 1 S. 1. Ob A die WEAn auch

nach den 20 Jahren noch weiter nutzen würde, wenn sie könnte, ist unklar. Es lässt sich nicht nachweisen, dass A ohne solch eine begrenzte Nutzungsdauer die WEAn nach 20 Jahren nicht mehr benutzt hätte. Ob solche Motive und die zwangsweise Aufgabe einer Nutzung von § 95 Abs. 1 S. 1 umfasst sind, ist umstritten:

Eine Ansicht bezieht solche externen Motive und zwangsweise Aufgaben der Nutzungen nicht in den Geltungsbereich des § 95 Abs. 1 S. 1 mit ein. Der Wortlaut des § 95 Abs. 1 S. 1 spreche von einem „vorübergehenden Zweck“. A möchte die WEAn mit dem FS verbinden, um diese dort aufstellen zu können und Windenergie erzeugen zu können. In solch einem Fall bestimmt die Ertragsfähigkeit der Anlage den Zweck. Nach 20 Jahren ist die Anlage nicht mehr nutzbar. Sie muss dann ersetzt werden und ist nicht mehr ertragsfähig. Solange wie die Anlage ertragsfähig ist und damit ihrem Zweck dient und brauchbar ist, steht die Anlage auf dem FS 32. Die WEAn steht also während der vollen zu erwartenden Dauer ihrer Nutzbarkeit/ihrer Zwecks auf dem FS und nicht nur vorübergehend. Folglich ist der Fall der A nicht von dem vorübergehenden Zweck erfasst. Nach dieser Ansicht handelt es sich bei der WEAn nicht um einen Scheinbestandteil des § 95 Abs. 1 S. 1. Dagegen wird argumentiert, dass die Annahme eines vorübergehenden Zweckes genau nicht von der Nutzungsdauer abhängig gemacht werden kann. Der Aspekt der zeitlichen Verbindung des § 95 bezieht sich nicht auf die wirtschaftliche Lebensdauer einer Sache, sondern auf die reine Verbindung mit dem Grundstück. Die WEAn ist nicht dauerhaft mit dem Grundstück verbunden und somit zeitlich vorübergehend. Nach dieser Ansicht liegt ein Scheinbestandteil des § 95 Abs. 1 S. 1 vor.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, der Streit ist zu entscheiden. Der Sinn und Zweck des § 95 Abs. 1 S. 1 ist, Dinge, die nur zeitweise auf einem Grundstück stehen, anders zu behandeln, als Dinge die dort für immer stehen.

Es geht im Kern um den Punkt, ob auf einem Grundstück etwas steht und so mehrere Sachen das Eigentum wechseln oder nicht. Dafür ist es egal, ob die Sachen auch nutzbar sind. Zudem ist der reine Entfernungswille des Errichtenden maßgebend. Es ist egal, aus welchen Motiven dieser folgt, wichtig ist, ob ein Entfernungswille vorliegt oder nicht. Auch kann die Sonderrechtsfähigkeit einer Sache nicht von ihrem Zweck abhängen. Solcher ist anfangs nicht sichergestellt und kann sich verändern, was eine große Rechtsunsicherheit mit sich bringen würde.

Zudem steht die Dauer einer Nutzung nicht sicher fest, der Pachtvertrag hätte von G auch verlängert oder vorzeitig gekündigt werden können.

Somit ist der zweiten Ansicht zuzustimmen. Die WEAn ist ein Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 1 S. 2. Sie ist damit kein Bestandteil des Grundstücks nach § 94.

#### 4. Ergebnis

A hat das Eigentum an der WEAn nicht auf Grund §§ 946, 94 an E verloren. Für die WEAn als Scheinbestandteil gelten die §§ 929ff.

### III. Gutgläubiger Erwerb der WEAn nach §§ 929, 932

A könnte das Eigentum an der WEAn verloren haben, indem E die WEAn von N gutgläubig erworben hat.

#### 1. Einigung, § 929 S. 1

E und N müssten sich über den Eigentumsübergang geeinigt haben, § 929 S. 1. Eine Einigung besteht aus zwei übereinstimmenden, dinglichen Willenserklärungen gem. §§ 145ff. E und N haben sich nicht über den Eigentumsübergang an der WEAn geeinigt. Die Auflassung des FS 32 ist hierfür nicht heranziehbar. Folglich liegt keine Einigung vor.

#### 2. Ergebnis

A hat das Eigentum an der WEAn nicht durch einen gutgläubigen Erwerb des E von N nach §§ 929, 932 verloren. A ist weiterhin Eigentümerin der WEAn. E hat das Eigentum nicht erworben.

### ANMERKUNGEN

Der vorliegende Klausursachverhalt wurde im Rahmen einer Kurzarbeit als sogenanntes „Take Home Exam“ gestellt. Die erleichterten Recherchemöglichkeiten und die längere Bearbeitungszeit von fünf Zeitstunden waren bei der Bewertung zu berücksichtigen. Insbesondere sollte die Qualität der Subsumtionen und die Korrektheit des Gutachtenstils stärker in die Bewertung miteinfließen. Für die zweite Aufgabe wurde zudem Wert auf eine strukturierte Prüfung gelegt. Die Probleme mussten an der richtigen Stelle erörtert werden, indem sie aus den einschlägigen Normen herzuleiten waren.

Im Rahmen der ersten Frage war die einzige Schwierigkeit zu erkennen, dass durch § 892 Abs. 2 Alt. 1 der Zeitpunkt der Beurteilung einer Gutgläubigkeit auf den Zeitpunkt der

Stellung des Antrags auf Grundbucheintragung vorverlegt wird.

Die zweite Frage behandelte den Eigentumserwerb an einer Windenergieanlage. Sie ist angelehnt an die Entscheidung des BGH vom 07.04.2017 – V ZR 52/16.

Schwerpunkt im Rahmen der Frage 2 war die Prüfung des Umfangs des Grundeigentums. § 946 bestimmt, dass das Grundeigentum auch wesentliche Bestandteile (§ 94) erfasst, § 926 legt den Miterwerb von Zubehör (§§ 97, 98) fest. Bei der Prüfung, ob die Windenergieanlage wesentlicher Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks ist, hatte eine Abgrenzung zum Scheinbestandteil (§ 95) zu erfolgen. Hier mussten die Studierenden zwingend problematisieren, dass der Abbau der Windenergieanlage erst nach Ablauf ihrer voraussichtlichen Lebensdauer von 20 Jahren geplant war. Eine Streitdarstellung wurde nicht erwartet, jedoch zumindest eine argumentative Auseinandersetzung mit der Problematik. Im Ergebnis waren beide Positionen vertretbar.

Bei der Prüfung, ob eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an der Windenergieanlage stattgefunden hat, ist kurz festzustellen, dass aufgrund fehlender Absprachen nur eine konkludente dingliche Einigung in Betracht kommt. In besseren Bearbeitungen sollte die Notwendigkeit einer Auslegung erkannt werden. Mit entsprechender Argumentation konnte eine stillschweigende dingliche Einigung bejaht oder verneint werden.

Die Bearbeitung der ersten Aufgabe erfolgte fehlerfrei. Auf die Erwähnung des § 903 im Obersatz kann, nach Ansicht des Korrektors, jedoch verzichtet werden.

In Bezug auf die Bearbeitung der Aufgabe zwei wird positiv hervorgehoben, dass die Verfasserin beide Varianten des möglichen Eigentumsübergangs gesehen und geprüft hat.

Die Problematik des Scheinbestandteils wurde an der richtigen Stelle gesehen und diskutiert. In dem dazugehörigen Meinungsstreit setzt sich die Verfasserin überzeugend mit den Argumenten dafür und dagegen auseinander. Positiv gewürdigt wurde ebenfalls, dass die Verfasserin im Rahmen der Prüfung der §§ 929ff. BGB die Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 auslegt. Insgesamt sei die Arbeit gelungen. Zudem zeigt die Verfasserin ein schönes Problembewusstsein, insbesondere die Problematik zur Scheinbestandteilseigenschaft wird ausführlich dargestellt.

Insgesamt geht die Verfasserin strukturiert vor und beachtet den Gutachtenstil vorbildlich. Die Bearbeitung wird insgesamt mit

14 Punkten (gut)

bewertet.

## LL.B. Studienklausur – Urheberrechtlicher Teil

Dipl. Jur. Marius Mesenbrink

Bei dem Sachverhalt handelt es sich um den urheberrechtlichen Teil der fünf-stündigen Abschlussklausur des Bachelorstudienenganges im IT-Recht und dem Recht des geistigen Eigentums im Wintersemester 2019/2020. Der Sachverhalt verlangt von den Bearbeitern die urheberrechtliche Analyse eines alltäglichen Vorganges. Hierfür müssen die Bearbeiter in der Lage sein, die verschiedenen Handlungen genau zu differenzieren, die grundlegende Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Urheberrechts auf den konkreten Fall zu übertragen sowie in der Lage sein, die Rechtsfolgen der gängigen urheberrechtlichen Ansprüche darzustellen. Die Darstellung erfolgt in dem für Klausuren im IP/IT-Recht üblichen Modus. Die Zitationsanforderungen entsprechen denen des IP/IT-Rechts.

### **Sachverhalt:**

Nach dem Abitur verbringt die 18-jährige L sechs Monate in einem südostasiatischen Land, „um mal runterzukommen“, wie sie sagt. Leider merkt sie im Laufe ihres Aufenthaltes, dass sie sich bei den Lebenshaltungskosten „etwas verkalkuliert“ hat. Als sich gegen Ende ihres Aufenthaltes ebenfalls ihre finanziellen Mittel dem Ende zuneigen, muss sich L Geld bei ihren Freunden leihen.

Um dieses zurückzahlen zu können, begibt sich L auf die Suche nach Lösungen.

In einem Einkaufszentrum fällt ihr in einer Parfümerie ihr Lieblingsparfum „Two Million“ auf, das dort mit Zustimmung der Flamani Parfüm GmbH (F) für einen Bruchteil des Preises in Deutschland verkauft wird. Das bringt sie auf eine Idee: Wie wäre es, wenn sie größere Mengen des Parfüms kauft und in Deutschland gewinnbringend verkauft?

Das Parfüm selbst zeichnet sich durch einen einzigartigen Geruch mit einer Kopfnote mit Zitrone und einer Herznote mit Lavendel aus. Darüber hinaus ist der Flakon von Künstlerin K speziell für F entwickelt worden. Zwischen F und K besteht ein Vertrag, in welchem die K der F die alleinige, weltweite Nutzung des Flakons in allen Nutzungsarten einräumt. Der Flakon besitzt einige geschwungene und aufwendige Applikationen aus Buntglas und einen Deckel, der kugelförmig ist und die Schwünge des Flakonkörpers konsequent weiterführt. In die Applikationen sind ebenfalls Schwünge eingearbeitet. Der Körper ist kegelförmig. Die Gestaltung ist einzigartig und wird sofort mit F in Verbindung gebracht.

L kauft umgehend sechs (extra große) Flaschen und verstaut diese in ihrem Koffer. Ein schlechtes Gewissen hat sie nicht, aber doch etwas Sorge, als sie bei ihrer Einreise in Deutschland den Zoll sieht. Glücklicherweise wird sie bei ihrer Rückkehr nicht kontrolliert.

Kurz darauf bietet sie die sechs Flaschen (mit selbstgeschossenen Produktfotos) auf einer Internetplattform für Kleinanzeigen an. Doch ihre Freude über einen in Aussicht stehenden Geldregen währt nur kurz: Sie erhält einen Brief von F, in dem ihr eine Verletzung der Rechte von F vorgeworfen und sie zur Unterlassung aufgefordert wird. Zu diesem Zeitpunkt gab es noch keine Aufrufe (mit Ausnahme desjenigen durch F), geschweige denn Verkäufe.

L versteht die Welt nicht mehr: Viele ihrer Freunde haben doch schließlich auch Elektronik oder andere hochpreisige Gegenstände aus dem Urlaub mitgebracht.

**Kann F von L Unterlassung des Verkaufes und Löschung der Angebote auf dem Portal nach dem UrhG verlangen?**

**Kann F im Falle eines Verkaufes auch Schadensersatz nach dem UrhG verlangen? Wie wird dieser berechnet?**

**Bearbeiterhinweis:** Steuerrechtliche und strafrechtliche Bestimmungen sind außer Acht zu lassen. Es ist von der Anwendbarkeit deutschen Rechts auszugehen.

**Zusatzfrage:** Welche gewerblichen Schutzrechte sind, einen gewerblichen Verkauf unterstellt, möglicherweise in Bezug auf den Flakon ebenfalls betroffen? Bitte begründen Sie ihre Antwort.

## A. Anspruch auf Unterlassung des Verkaufes und Löschung des Angebots aus § 97 Abs. 1 UrhG

F könnte gegen L einen Anspruch auf Unterlassung des Verkaufes des Parfüms und auf Löschung des Angebots auf dem Kleinanzeigenportal aus § 97 Abs. 1 UrhG haben.

### I. Urheberrechtlich geschützter Gegenstand

Es müsste zunächst ein nach dem UrhG geschützter Gegenstand vorliegen. Dies kann entweder ein Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG oder ein durch verwandte Schutzrechte geschützter Gegenstand sein.

**Hinweis:** Die Voraussetzungen für urheberrechtlichen Schutz werden in der Literatur häufig unterschiedlich dargestellt. Dementsprechend sind hier verschiedene Aufbauweisen vertretbar.

#### 1. Geruch des Parfüms

Als erstes kommt der Geruch des Parfüms als Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG in Betracht. Neben einer persönlichen Schöpfung, dem geistigen Gehalt und der ausreichenden Schöpfungshöhe wird dafür eine konkrete Formgestaltung benötigt.<sup>1</sup> Dafür muss der in Rede stehende Gegenstand „das Ergebnis der schöpferischen Formung eines bestimmten Stoffs“ sein.<sup>2</sup> Europarechtlich ist diesbezüglich vorgegeben, dass der Schutzgegenstand objektiv bestimmbar und identifizierbar sein muss.<sup>3</sup> Vorliegend geht es um den Geruch des Parfüms. Der wahrgenommene Geruch basiert hauptsächlich auf Erfahrungen, der Umwelt und dem Kontext, in dem der Geruch wahrgenommen wird. Er ist ebenfalls nicht mithilfe wissenschaftlicher Methoden darstellbar.<sup>4</sup> Der Geruch des Parfüms ist somit nicht objektiv bestimmbar und identifizierbar. Mangels konkreter Formgestaltung stellt der Geruch des Parfüms keinen urheberrechtlich geschützten Gegenstand dar.

#### 2. Form des Flakons

Die Form des Flakons könnte ebenfalls als Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG schutzfähig sein.

#### a) Persönliche Schöpfung

Der Flakon wurde von K, einer natürlichen Person, entworfen und stellt daher eine persönliche Schöpfung dar.

#### b) Geistiger Gehalt

Auch ist ein geistiger Gehalt von Nöten. Dies meint, dass der betreffende Gegenstand kein reines handwerkliches Erzeugnis ist, sondern auch einen „gedanklichen Inhalt“ besitzt, welcher sich in dem Werk widerspiegelt und über das bloß sinnlich Wahrnehmbare hinaus geht.<sup>5</sup> Der Flakon wurde von K aufwendig gestaltet und besitzt Schwünge als sich durch den Gegenstand ziehendes Element, das den Flakon prägt. K hat daher ihren Geist zum Ausdruck gebracht. Der Flakon enthält daher einen geistigen Gehalt.

**Hinweis:** Auf den geistigen Gehalt kann als eigener Prüfungspunkt auch verzichtet werden; er ist dann im Rahmen der Individualität zu thematisieren.

#### c) Konkrete Formgestaltung

Der Flakon ist das Ergebnis der Gestaltung der K, ist objektiv bestimmbar und identifizierbar und besitzt somit eine konkrete Formgestaltung.

#### d) Individualität und Gestaltungshöhe

Zunächst müsste Individualität gegeben sein. Dafür müsste „ein Gestaltungsspielraum bestehen und dieser vom Urheber dafür genutzt werden, seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck zu bringen.“<sup>6</sup> Vorgegeben ist lediglich, dass der Gegenstand zum Transportieren und Zerstäuben von Parfüm geeignet sein muss. Alles weitere steht jedoch nicht fest, sodass Gestaltungsspielraum besteht. Diesen hat K unter Nutzung ungewöhnlicher Formen auch ausreichend genutzt und ein einzigartiges Werk geschaffen. Sie hat daher Ihren schöpferischen Geist zum Ausdruck gebracht. Individualität liegt also vor.

Fraglich ist, welche Gestaltungshöhe, also welcher Grad an Individualität,<sup>7</sup> zu fordern ist. Die ältere BGH-Rechtsprechung ging noch davon aus, dass bei einem Werk der

<sup>1</sup> Wandtke, Urheberrecht, 7. Aufl. 2019, Kap. 2 § 1 Rn. 1.

<sup>2</sup> BGH GRUR 2003, 876 (878) – *Sendeformat*.

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 13.11.2018, Rs. C-310/17 – *Levola Hengelo*, Rn. 40. In diesem Urteil wurde die Schutzfähigkeit des Geschmacks eines Frischkäses verneint. Vergleiche zu den weiteren europarechtlichen Vorgaben zum Werkbegriff: *Mesenbrink/Wendorf*, *Der Siegeszug der „kleinen Münze“? Die Europäisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs und das Schicksal der Gestaltungshöhe*, HanLR 2020, 160 (162f.) und die dort genannte Literatur sowie Rechtsprechung.

<sup>4</sup> Siehe auch die Argumentation zum Geschmack: EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 3), Rn. 42f.

<sup>5</sup> Wandtke (Fn. 1), Kap. 2 § 1 Rn. 3; *Löwenheim/Leistner* in: Schricker/Löwenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 45.

<sup>6</sup> BGH GRUR 2014, 175 (179) – *Geburtstagszug*, KG MMR 2020, 318 (318f.) – *Mittels elektronischer Befehle erstellte Abbildung eines virtuellen Gegenstands* und *Löwenheim/Leistner* in: Schricker/Löwenheim (Fn. 5), § 2 UrhG Rn. 50.

<sup>7</sup> *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 2 UrhG Rn. 23.

angewandten Kunst ein deutliches Übertreten der Durchschnittsgestaltung notwendig ist.<sup>8</sup> Dies wurde mit Abgrenzungsschwierigkeiten von Geschmacksmuster- und Urheberrecht begründet.<sup>9</sup>

Nach einer Gesetzesänderung stellt das Designrecht gerade nicht mehr „den Unterbau eines wesensgleichen Urheberrechts“ dar, sodass das Fordern eines deutlichen Übertretens der Durchschnittsgestaltung nicht mehr notwendig ist.<sup>10</sup>

Somit gilt auch hier die kleine Münze. Dies sind die Schöpfungen, die aufgrund ihres niedrigen Grades an Individualität die untere Grenze des urheberrechtlichen Schutzbereiches bilden.<sup>11</sup> Hier handelt es sich um eine einzigartige Gestaltung. Die Formen sind zwar an sich nicht schutzfähig, aber in ihrer konkreten besonderen Zusammenstellung kommt ihnen durch die einzigartige Anordnung Schutz zu. Auch wird eine, für ein Aufbewahrungsgefäß für Flüssigkeiten, ungewöhnliche Form genutzt. Der Flakon geht daher deutlich über die alltägliche Gestaltung hinaus. Der Flakon weist also eine hinreichende Gestaltungshöhe auf.

### 3. Ergebnis

Der Flakon wird im Ergebnis als Werk gem. § 2 Abs. 2 UrhG geschützt.

## II. Aktivlegitimation

F müsste aktivlegitimiert sein. Dies ist grundsätzlich der Urheber. Der Flakon wurde von K entworfen und gerade nicht von F. Jedoch kann auch jedes vom UrhG gewährte absolute Recht zur Aktivlegitimation führen.<sup>12</sup> Absolute Rechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie einerseits zur Nutzung berechtigen und andererseits auch eine Ausschlusswirkung *erga omnes* beanspruchen. Hier haben F und K einen Lizenzvertrag geschlossen. Legt man diesen aus, so kommt man zum Ergebnis, dass mit „alleinige Nutzung“ ein ausschließliches Nutzungsrecht gemeint ist. § 31 Abs. 3 UrhG stellt klar, dass das ausschließliche Nutzungsrecht den Inhaber berechtigt, „das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und Nutzungsrechte einzuräumen“.

Es stellt somit ein absolutes Recht dar und F ist aktivlegitimiert.

## III. Verletzungshandlung

### 1. Eingriff in das Vervielfältigungsrecht durch Fotografieren der Flakons

Zunächst könnte das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG durch Abfotografieren der Flakons verletzt worden sein.

Problematisch ist in diesem Fall, dass die Vervielfältigung in einer anderen Form als das Original stattfindet. So stellt das Original ein Werk der bildenden Kunst dar, während die in Rede stehende vermeintliche Vervielfältigung eine Fotografie ist. Für ein Erfassen solcher Formänderungen spricht zunächst der Wortlaut, der von Vervielfältigungsstücken „[...] gleichviel [...] in welchem Verfahren und in welcher Zahl“ spricht. Diese offene Interpretation wird auch durch den Wortlaut von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie<sup>13</sup>, welcher durch § 16 UrhG im deutschen Recht umgesetzt wird, unterstützt. Demnach hat der Urheber in Bezug auf sein Werk das Recht, eine „Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten.“ Im Ergebnis ist daher auch eine Vervielfältigung unter Nutzung einer anderen Form erfasst und es liegt ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor.

### 2. Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung durch Hochladen der Bilder auf das Kleinanzeigenportal

Durch den Upload der Bilder in das Kleinanzeigenportal könnte ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG vorliegen. Dann müsste der Öffentlichkeit die Möglichkeit eröffnet worden sein, auf das Werk zu Zeiten und von Orten ihrer Wahl zuzugreifen. Durch einen Upload kann jeder Besucher der Website die Bilder abrufen, wann immer er möchte. Problematisch könnte sein, dass das Angebot selbst noch keine Aufrufe besitzt. Jedoch ist es mit Blick auf den Schutzzweck der zugrundeliegenden InfoSoc-Richtlinie (laut Erwägungsgrund Nr. 4 InfoSoc-Richtlinie ist dies die Wahrung eines hohen Schutzniveaus) irrelevant, ob die Öffentlichkeit diese Möglichkeit des Zugriffs nutzt.<sup>14</sup> Daher liegt ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vor.

<sup>8</sup> BGH GRUR 1995, 581 (582) – Silberdistel.

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> BGH GRUR 2014, 175 (178) – Geburtstagszug.

<sup>11</sup> Bisges, Die Kleine Münze, der Dreigroschenprozess und der Herstellungsaufwand, GRUR 2015, 540.

<sup>12</sup> Vgl. Reber in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, 29. Edition 2018, § 97 UrhG Rn. 2.

<sup>13</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Rs. C-161/17 – Renckhoff. Rn. 20.

### 3. Eingriff in das Verbreitungsrecht durch Anbieten auf dem Kleinanzeigenportal

Auch könnte durch das Anbieten des Parfüms das Verbreitungsrecht aus § 17 UrhG verletzt worden sein. § 17 UrhG nennt auch, im Gegensatz zum europäischen Pendant, explizit das Anbieten. Die Verbreitung zeichnet sich durch eine Vielzahl von Handlungen aus, welche jeweils für sich zu einer Verantwortung des Händlers führen können.<sup>15</sup> Zu diesen gehört auch die *Invitatio ad offerendum*.<sup>16</sup> Das Anbieten der Flakons auf dem Kleinanzeigenportal stellt eine *Invitatio ad offerendum* dar. Somit liegt ein Eingriff in das Verbreitungsrecht vor.

#### IV. Schranken

Jedoch könnte die Verletzung eines absoluten Rechts ausscheiden, wenn L eine Schranke für sich in Anspruch nehmen kann.

**Hinweis:** Die Erschöpfung kann bereits im Rahmen der Prüfung der Verletzung des Verbreitungsrechts thematisiert werden.

#### 1. Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Zunächst könnte sich das Verbreitungsrecht nach § 17 Abs. 2 UrhG erschöpft haben. Dann müssten „das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden“ sein. Zwar hat der Urheber hier der Verbreitung zugestimmt. Allerdings ist kein Land in Südostasien Teil der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums.<sup>17</sup> Eine internationale Erschöpfung, wie sie z.B. Dänemark zeitweise im nationalen Urheberrecht kodifiziert hat, hat die EU bei Schaffung der InfoSoc-Richtlinie gerade nicht vorgesehen.<sup>18</sup> Das Verbreitungsrecht hat sich somit nicht erschöpft.

#### 2. Ermöglichung der Verkehrsfähigkeit

Eine Rechtmäßigkeit der Vervielfältigung könnte sich aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach das Urheberrecht hinter dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit des Werkes zurücktreten muss, ergeben.<sup>19</sup> Demnach müssen werbende Ankündigungen unter Zuhilfenahme von Vervielfältigungen möglich sein, um den Weiterverkauf zu ermöglichen; ansonsten würde der Weitervertrieb, der, wie durch den Erschöpfungsgrundsatz deutlich wird, gerade nicht der Kontrolle durch den Urheber unterliegen soll, ebenfalls durch ihn kontrolliert werden.<sup>20</sup> Eine solche Anwendung dieses Grundsatzes setzt allerdings eine rechtmäßige Verbreitung samt Erschöpfung voraus.<sup>21</sup> Dies ist hier aber gerade nicht der Fall.

Daher kommt der in Rede stehende allgemeine Rechtsgedanke nicht zur Anwendung.

#### 2. Vervielfältigung als Privatkopie

Auch könnte das Fotografieren des Flakons durch § 53 Abs. 1 UrhG erfasst sein.

Dann dürfte die Vervielfältigung weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen. Hier erfolgt die Fotografie, um später auf ein Verkaufsportal hochgeladen zu werden und damit die Attraktivität des Angebotes der L zu erhöhen. Somit scheidet eine Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG aus. Auch § 53 Abs. 2 UrhG ist nicht einschlägig.

#### 3. Vervielfältigung als Werbung für die Ausstellung und den öffentlichen Verkauf von Werken

Jedoch könnte die Vervielfältigung unter § 58 UrhG fallen.<sup>22</sup> Die Fotografien des Parfüms wurden zwar zur Werbung erstellt. Außerdem wurden Werke der angewandten Kunst explizit in den Anwendungsbereich aufgenommen.

Fraglich ist allerdings, ob § 58 UrhG auch Verkäufe über Internetportale umfasst.

Hierfür spricht einerseits der Wortlaut.<sup>23</sup> So wendet sich ein Verkauf auf einem Kleinanzeigenportal an eine unbeschränkte Anzahl an Mitglieder der Öffentlichkeit, was für einen öffentlichen Verkauf spricht.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 13.05.2015, Rs. C-516/13 – *Dimensione*, Rn. 25.

<sup>16</sup> EuGH – *Dimensione* (Fn. 15), Rn. 28.

<sup>17</sup> Neben den Mitgliedsstaaten der europäischen Union umfasst der europäische Wirtschaftsraum Liechtenstein, Island und Norwegen.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 12.09.2006, Rs. C-479/04 – *Laserdisken*, Rn. 23.

<sup>19</sup> BGH NJW 2000, 3783 (3784) – *Parfumflakon*; vgl. auch auf europäischer Ebene: EuGH, Urt. v. 04.11.1997, Rn. C-337/95 – *Parfums Christian Dior*, Rn. 57.

<sup>20</sup> BGH NJW 2000, 3783 (3785) – *Parfumflakon*.

<sup>21</sup> Götting in: Ahlberg/Götting (Fn. 12), § 17 UrhG Rn. 40.

<sup>22</sup> Kenntnisse bezüglich dieser Norm werden nicht erwartet. Dennoch kann von den Bearbeitern vorausgesetzt werden, dass sie erkennen, dass die Norm den professionellen Kunsthandel im Blick hat.

<sup>23</sup> Das OLG Köln hat die Anwendbarkeit in GRUR-RR 2009, 4 (5) bejaht, dies jedoch nicht näher begründet.

<sup>24</sup> Thönebe, Kunstwerke in der Ausstellungs- und Verkaufswerbung und in Museumskatalogen, 2014, S. 141f.

Jedoch sprechen systematische Argumente gegen eine Anwendung. Die Formulierung „Veranstaltung“ legt einen gewissen Organisationsaufwand eines professionellen Veranstalters nahe, welcher beispielsweise eine Kunstauktion plant.<sup>25</sup> Dieser Aufwand ist für einen einfachen Internetverkauf gerade nicht notwendig. Schließlich spricht das Gesetz von einer „öffentlichen Ausstellung“ und einem „öffentlichen Verkauf“. Der Norm liegt also die Vorstellung eines körperlichen Verkaufes „vor Ort“ zugrunde.<sup>26</sup> Auch finden sich im Sachverhalt keine Hinweise bezüglich der erforderlichen Quellenangabe nach § 63 UrhG. Im Ergebnis ist damit ein Verkauf im Internet über ein Kleinanzeigenportal von der Schranke des § 58 UrhG nicht umfasst.

**Hinweis:** Hier sind beide Ansichten sehr gut vertretbar; wie sich auf Rechtsfolgenseite zeigt, wirkt sich eine abweichende Entscheidung hier nicht negativ aus.

#### 4. Öffentliche Zugänglichmachung als Werbung für die Ausstellung und den öffentlichen Verkauf von Werken

Die öffentliche Zugänglichmachung des Werkes fällt ebenfalls nicht unter die Schranke des § 58 UrhG.

#### 5. Ergebnis

Es liegen Eingriffe in das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht sowie in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vor.

#### V. Widerrechtlichkeit

Rechtfertigungsgründe wie eine Einwilligung sind nicht ersichtlich.

#### VI. Passivlegitimation

Als Schädigerin ist L auch passivlegitimiert.

#### VII. Rechtsfolge

##### 1. Beseitigung der Beeinträchtigung

§ 97 Abs. 1 UrhG setzt als Rechtsfolge die Beseitigung der Beeinträchtigung fest. Da bereits das Anbieten des Parfüms einen Eingriff in das Verbreitungsrecht darstellt, kann F von L das Löschen des Angebotes verlangen.

##### 2. Unterlassung des weiteren Verkaufes

Ferner kann der Schädiger nach § 97 Abs. 1 UrhG „bei Wiederholungsgefahr [auch] auf Unterlassung in Anspruch genommen werden“.

Die Wiederholungsgefahr wird vorliegend durch die Erstbegehung indiziert.<sup>27</sup>

Anspruchsinhalt ist das Unterlassen der Begehung weiterer wesentlich gleichartiger Verletzungshandlungen.<sup>28</sup> Jede weitere Verkaufshandlung und Vorbereitungshandlung hierzu würde in das Verbreitungsrecht eingreifen, mithin also eine gleichartige Rechtsverletzung darstellen. F kann somit von L eine Unterlassung des weiteren Verkaufes verlangen.

#### B. Schadensersatz nach § 97 Abs. 2 UrhG

F könnte gegen L einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 97 Abs. 2 UrhG haben.

##### I. Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs

Wie bereits unter A. geprüft, liegen die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs vor.

##### II. Verschulden

L müsste zumindest fahrlässig gehandelt haben. Dies ist gem. § 276 Abs. 2 BGB das Außerachtlassen der im Verkehr üblichen Sorgfalt. L wusste hier nicht, dass sie rechtswidrig handelt. Im Falle eines solchen Rechtsirrtums ist es jedoch üblich, Rechtsrat einzuholen, um einen solchen zu vermeiden.<sup>29</sup> Dies ist vorliegend nicht geschehen. Sie handelt insofern fahrlässig.

##### III. Rechtsfolge

Der Schadensersatz des § 97 Abs. 2 UrhG kann auf drei Arten berechnet werden (sogenannte dreifache Schadensberechnung). Hierbei hat der Geschädigte die Wahl zwischen den Berechnungsmethoden; er darf diese jedoch nicht so vermengen, dass er durch den Schadensersatz bereichert wird.<sup>30</sup>

##### 1. Konkreter Schaden

Die erste Möglichkeit der Schadensberechnung ist der konkrete Schaden. Dieser bemisst sich nach den §§ 249ff. BGB. Vorliegend kommt bei einem Verkauf der entgangene Gewinn aus § 252 BGB in Betracht.

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> Von Wolff in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 97 UrhG Rn. 36.

<sup>28</sup> BGH GRUR 2013, 1235 (Rn. 15) – Restwertbörse II.

<sup>29</sup> Grüneberg in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 276 Rn. 22.

<sup>30</sup> Von Wolff in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 97 UrhG Rn. 59.

## 2. Verletzergewinn

Gem. § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG kann bei der Bemessung des Schadensersatzes „auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden.“ Hierbei sind die Einnahmen abzüglich der Kosten des Verletzers auszukehren.<sup>31</sup> Im in Rede stehenden Fall sind dies nach einem Verkauf durch L der Verkaufspreis abzüglich des Einkaufspreises.

## 3. Lizenzanalogie

Gem. § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG kann der Schadensersatz „auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte.“ Diese Berechnungsform gibt dem Rechteinhaber die Möglichkeit, das zu fordern, was der Verletzer für eine Lizenz normalerweise hätte zahlen müssen.<sup>32</sup> Vorliegend ist dies nach einem Verkauf die Summe, die für die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts für das Verbreitungsrecht üblich ist.

## IV. Ergebnis

F hat gegen L einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 97 Abs. 2 UrhG.

### Zusatzfrage:

**1. Markenrecht:** Zunächst könnte das Markenrecht betroffen sein. Dafür ist gem. § 3 MarkenG erforderlich, dass der Flakon geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dieser würde sodann eine dreidimensionale Marke nach § 9 MarkenV darstellen. Hier wird der Flakon sofort mit F in Verbindung gebracht. Dementsprechend ist er geeignet, das Parfüm von F von denen der Konkurrenten zu unterscheiden.

Je nach Bekanntheit könnte es sogar sein, dass der Flakon als Benutzungsmarke nach § 4 Nr. 2 MarkenG geschützt wird. Ein Eintragungsverfahren wäre dann nicht notwendig.

**2. Designrecht:** Ferner kommt auch Designschutz in Betracht. Dies erfordert nach § 2 DesignG ein Design, welches neu ist und Eigenart hat. Vorliegend ist der Flakon einzigartig.

Designschutz ist daher möglich. Für vollen Designschutz ist aber in jedem Fall eine Anmeldung notwendig; ansonsten kommt ein verkürzter Schutz (drei Jahre) gem. Art. 11 Gemeinschaftsgeschmackmusterverordnung in Betracht.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Reber in: Ahlberg/Götting (Fn. 12), § 97 UrhG Rn. 115.

<sup>32</sup> BGH GRUR 1966, 375 (378) – Meßmer Tee II.

<sup>33</sup> Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

## Interview: Professor Dr. Volker Epping

Professorinnen und Professoren an unserer Fakultät sind keine unnahbaren, unpersönlichen Rechtslehrer. Jede und jeder hat einen Werdegang, Vorlieben und Erlebnisse, die vielleicht ihren Vorlesungsstil beeinflussen, ihr Lieblingsseminar begründen oder Ausdruck in den letzten Veröffentlichungen finden. Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover ist keine farblose, uniforme Juristenschule, sondern Teil einer weltoffenen Universität mit verschiedensten Personen und Persönlichkeiten. In unseren Interviews wollen wir diese Persönlichkeiten erlebbarer machen.

Professor Dr. Epping ist seit 2001 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Juristischen Fakultät und seit 2015 Präsident der Leibniz Universität Hannover. Wir danken Herrn Prof. Epping herzlich für die Bereitschaft, unsere Interviewserie fortzusetzen. Das Interview führten stud. iur. Finja Maasjost und stud. iur. Patricia Meinking.

### 1) Was hat Sie dazu bewogen, mit dem Jurastudium zu beginnen?

Mein Interesse für das Jurastudium wurde zum einen während meiner Bundeswehrzeit durch den Rechtskundeunterricht geweckt, zum anderen durch Schulfreunde, die mich in diverse Juravorlesungen mitnahmen. Nebenbei habe ich anfangs noch an der Fernuniversität Hagen BWL studiert, dies aber dann in der Vorbereitung auf das Erste Juristische Staatsexamen aufgegeben.

### 2) Wo und wann haben Sie studiert?

Ich habe mein Studium im Wintersemester 1980/81 an der RUB (Ruhr-Universität Bochum) begonnen. Im zehnten Semester habe ich mein Studium dann erfolgreich mit dem Ersten Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt bei dem OLG Hamm abgeschlossen.

### 3) Welchen Schwerpunkt haben Sie gemacht?

Zu meinen Zeiten gab es noch keinen Schwerpunkt, sondern nur das Wahlfach, welches mit 10% in die Examensnote eingeflossen ist. Damals war ich noch als studentische Hilfskraft im Zivilrecht tätig, sodass ich als Wahlfach freiwillige Gerichtsbarkeit belegte. Später in der Examensvorbereitung haben sich meine Interessen dann in das Öffentliche Recht verschoben.

### 4) Worüber haben Sie promoviert?

Der Titel meiner Dissertation war „Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle – Erfüllung des Verfassungsauftrags durch den einfachen Gesetzgeber? Verfassungsanspruch und Rechtswirklichkeit“. Dabei habe ich mich mit Art. 26 Abs. 2 GG auseinandergesetzt, einer mehr verwaltungsrechtlichen Regelung im Grundgesetz zum Umgang mit Kriegswaffen.

### 5) Und worüber haben Sie letztendlich habilitiert?

Meine Habilitation handelte von der Außenwirtschaftsfreiheit, also die verwaltungs-, verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Frage, ob Staatsbürger Außenwirtschaft betreiben dürfen. Mir war bei meinem Thema besonders wichtig, ein breites Gebiet durch meine Arbeit auszuleuchten und vertieft behandeln zu können.

### 6) Sind Sie selbst mal durch eine Übung/Klausur gefallen?

Ja, natürlich. Anfang des fünften Semesters im Examensklausurenkurs. Ich weiß noch heute, dass ich die erste Strafrechtsklausur mit drei Punkten und dem Kommentar: „zu sehr an der Oberfläche“ zurückerhielt. In den Übungen hatte ich nie Probleme. Aber die erste Klausurenkursklausur habe ich versemgelt.

### 7) Sind Sie zu Studienzwecken ins Ausland gegangen und würden Sie es Studierenden empfehlen?

Im Studium selbst nicht, aber ich wollte eigentlich nach dem ersten Examen einen LL.M. in Amerika oder Kanada machen. Mir ist dann meine Familienplanung dazwischengekommen und es kam leider nie zu meinem Auslandsaufenthalt.

Heute würde ich allen empfehlen, während des Studiums das Erasmus-Programm zu nutzen und jegliche mögliche Auslandserfahrung wahrzunehmen, um andere Kulturen und Sprachen zu erlernen. Bei Juristinnen und Juristen empfiehlt sich insbesondere auch das Absolvieren eines LL.M. direkt nach dem ersten Examen. Für viele Berufe sind in der heutigen Zeit entsprechende Sprachnachweise, insbesondere in der *lingua franca* Englisch, elementar. Sie werden vermutlich nie wieder so viel Freiraum zur Entwicklung einer Sprachkompetenz wie im Studium haben. Nutzen Sie diese Zeit!

**8) Wie haben Sie sich auf das Examen vorbereitet?**

Ich habe mich mit einem Repetitorium, das von habilitierenden Mitarbeitern der Juristischen Fakultät der RUB angeboten wurde, auf das Examen vorbereitet. Daneben habe ich den universitären Examensklausurenkurs besucht, in dem wöchentlich drei Klausuren angeboten wurden.

In den Repetitorien stand durchgängig im Vordergrund, die Gesamtzusammenhänge zu erkennen und die Argumentationsfähigkeit zu schulen, nicht das Abspulen von Meinungen. Für mich hat sich überdies die mehr als einhalbjährige Routine im Klausurenkurs bewährt. Irgendwann haben sich meine Klausurergebnisse im zweistelligen Punktebereich eingependelt. Das war der Moment, in dem ich dachte: „Okay, mehr geht nicht. Jetzt bist Du examensreif!“

Wenn ich mich heute noch einmal auf das Examen vorbereiten müsste, hätte ich vermutlich mit einer Lerngruppe gearbeitet. Als ich studiert habe, war das leider noch nicht etabliert unter den Jurastudenten. Meine Studienkolleginnen und Studienkollegen waren eher eine Art Leidensgruppe zum Austausch in der Examensvorbereitung, in der freilich auch fachliche Fragen, meist am Rande von Examensklausuren und Repetitorien, diskutiert wurden.

**9) Woran - glauben Sie - lag es, dass damals Lerngruppen nicht viel genutzt wurden? Lag es vielleicht an dem unter Jurastudenten berüchtigten Konkurrenzkampf?**

Am Konkurrenzkampf lag das keineswegs. Ich selbst habe diesen in meinem Studium auch nie wahrgenommen. Für uns war es selbstverständlich, jemanden aus unserer Gruppe zum Examen zu begleiten und in den Pausen zu betreuen.

Vermutlich lag es eher daran, dass Bochum - jedenfalls zu der damaligen Zeit - eine Pendlersuniversität war. Ich selbst wohnte damals in Dortmund und war nur selten zum Lernen an der Fakultät, also jenseits des Repetitoriums und des Examensklausurenkurses.

**10) Welchen Ratschlag haben Sie für die Examenskandidaten?**

Es haben schon so viele 100.000 Personen vor Ihnen das Examen bestanden. Es wird zwar ein anstrengender und vielleicht auch beschwerlicher Weg, aber dieser Weg ist zu schaffen.

**11) Hätten Sie Ihren juristischen Werdegang aus heutiger Sicht anders gestaltet und wenn ja, warum?**

Nach dem ersten Examen wollte ich Syndikusanwalt werden, in einem großen Unternehmen arbeiten. Während des Referendariats habe ich zwar die verschiedensten Stationen vom Amtsgericht bis zur Großkanzlei kennengelernt, aber der Weg in die Wissenschaft war mit meiner Promotion schon gelegt. In meiner Promotionsphase nach dem Zweiten Staatsexamen - ich arbeitete als wissenschaftlicher Assistent an dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht III der RUB - kam mein akademischer Lehrer und sagte, dass er viele meiner Aufsätze gelesen hätte und dass ich mir überlegen solle, ob ich nicht an der Universität bleiben wolle.

**12) Wenn Sie nicht Jura studiert hätten und heute kein Professor wären, was wären Sie dann?**

Das ist eine sehr gute Frage. Ich habe mal mit Architektur oder Bauingenieurwesen geliebäugelt. Allerdings wurde mir damals gesagt, dass man mit Architekten und Bauingenieuren sprichwörtlich die Straße pflastern könnte. Daher habe ich mich für das Jurastudium entschieden.

**13) Welche Rolle spielen Engagement und andere Hobbys Ihrer Ansicht nach während des Studiums?**

Eine große Rolle. Man braucht auch ein Leben neben Jura damit man Mensch bleibt und die Bodenhaftung nicht verliert. Für mich war das der rege Kontakt mit meinen Freunden und vor allem Sport. Das Studium verlangt zwar ein hohes Maß an Konzentration und Leistungsbereitschaft, allerdings sind die Psyche und die Physis irgendwann erschöpft, wenn man sich selbst keine Auszeiten gibt.

**14) Was würden Sie gerne den Anfangssemestern in Hannover mit auf den Weg geben?**

Kontinuierlich am Ball zu bleiben und nicht zu hoffen, dass man sich mit seinem Kurzzeitgedächtnis durch die Klausuren schleichen kann. Um die große Panik in der Examensvorbereitung abzuschwächen und das große Ganze nicht aus den Augen zu verlieren, empfiehlt sich regelmäßiges Wiederholen. Vor- und Nachbereiten der Veranstaltungen wären hierfür optimal, sind aber vermutlich nicht immer machbar.

**15) Wie unterscheidet sich die Tätigkeit als Universitätspräsident von der eines Professors?**

Die Tätigkeiten sind vollkommen verschieden und lassen sich, sehr vereinfachend, wie folgt charakterisieren: Als

Professor ist man im Wesentlichen in der Lehre und in der Forschung selbst tätig. Als Universitätspräsident hingegen ist es meine Aufgabe, den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern möglichst optimale Bedingungen für die Lehre und Forschung zu bieten bzw. zu verschaffen.

Bis zum letzten Semester habe ich neben meiner Tätigkeit als Universitätspräsident noch zwei Stunden Lehre die Woche angeboten und, wenn die Zeit es zuließ, ein wenig Forschung betrieben. Die Lehrtätigkeit musste ich indes aufgeben, weil ich die dafür erforderlichen zeitlichen Ressourcen nicht mehr aufbringen kann. Dies war eine bittere Erkenntnis, weil mir die Lehre immer sehr viel Freude bereitet hat. Aber im Wintersemester 2019/2020 konnte ich aufgrund meiner dienstlichen Verpflichtungen als Präsident nicht mehr als die Hälfte der Vorlesungen selbst durchführen.

**16) Vermissen Sie die Professur?**

Ja, sehr. Ich hätte mir auch vorstellen können, bis zum Ende meiner Dienstzeit Hochschullehrer zu bleiben. Allerdings bin ich auch der Ansicht, dass man in seinem Leben so viel wie möglich ausprobieren sollte. Man lebt ja nur einmal.

**17) Der Ausbruch der Corona-Pandemie liegt jetzt schon fast ein Jahr zurück. Wie wird sich das Studieren an der Leibniz Universität Ihrer Ansicht nach in den kommenden Monaten noch verändern?**

Voraussichtlich wird es nur punktuelle Veränderungen geben. Mittlerweile haben wir uns mit dem Online-Semester „eingegrooved“. Wir werden sicher erleben, dass sich die Lehrenden im zweiten Online-Semester weiter optimieren. Auch wenn das erste Online-Semester trotz sechswöchiger Ankündigung recht überraschend kam, haben wir es gut gemeistert. Dank meinerseits gebührt hier vor allem den Lehrenden und dem unterstützenden Personal der Universität.

Für die kommenden Semester können wir nur abwarten, allerdings wird es bestimmt noch lange dauern, bis Großveranstaltungen wieder in Präsenz stattfinden können. Wir können leider nicht mehr tun, als uns an den Corona-Verordnungen zu orientieren und entsprechende Maßnahmen zu treffen. Insbesondere für Klausuren haben wir verschiedene Räume wie das Schloss Herrenhausen und die Messe angemietet, um diese auch weiterhin in Präsenz zu ermöglichen. Inwieweit in der Zukunft auch Klausuren von zuhause per Video- und Mikrofonüberwachung zu-

gelassen werden, ist aufgrund der datenschutzrechtlichen Bedeutsamkeit dieses Themas noch mit großen Fragezeichen zu versehen.

**18) Denken Sie, dass sich die Onlinelehre langfristig positiv auf das Studieren an der Leibniz Universität Hannover auswirken und diese auch nach der Corona-Pandemie noch fortbestehen wird?**

Wir werden sicher einiges aus den vergangenen Semestern mit in die Präsenzlehre übernehmen, allerdings ist diese meiner Ansicht nach unverzichtbar für die Lehre. Erst durch die Präsenzveranstaltungen kann der Austausch zwischen Lehrenden und Lernenden richtig ermöglicht werden. In der Onlinelehre gestaltet sich dies aufgrund der zumeist ausgeschalteten Kameras und Mikrofone der Studierenden eher schwierig. Zum anderen brauchen aber auch die Studierenden den sozialen Kontakt zu den Mitstudierenden, aber auch zu den Lehrenden. *Pro futuro* werden sicherlich Elemente der Onlinelehre zur Unterstützung der Präsenzlehre sichtbaren Eingang in die Lehre finden.

**19) Welche Änderungen wird die derzeitige Situation explizit noch für das Jurastudium mit sich bringen?**

Ich hoffe, dass das Jurastudium wieder von dem Klausurenmarathon wekommt und selbstorganisierter wird. Früher bedurfte es drei kleiner und drei großer Übungen, Praktika, Seminare - in Summe ca. zehn Scheine bzw. Leistungsnachweise, um sich zum Ersten Staatsexamen anmelden zu können. Meines Erachtens beruht unser jetziges System auf viel zu vielen Einzelklausuren. Das System wird immer verschulter. Mehr Freiheit zur Selbstorganisation scheint mir notwendig. Dass diese Kompetenz erforderlich ist, zeigt nachdrücklich die Corona-Pandemie.

**20) Wenn Sie statt einer 90-minütigen Vorlesung einen Film zeigen müssten - welcher wäre das und warum?**

Spontan geantwortet: Ich würde den Film „Labyrinth des Schweigens“ zeigen. Der Film thematisiert die Vorgeschichte des Frankfurter Auschwitzprozesses, d.h. die Aufarbeitung der NS-Vergangenheit durch den damaligen Generalstaatsanwalt von Frankfurt, Fritz Bauer, und weitere Staatsanwälte, die dann in den Auschwitzprozessen mündete. Ich denke, dieser Film ist besonders wichtig für unser Selbstverständnis und die Reflexion auf den Staat.

**21) Zum Schluss noch etwas zum Leben in Hannover: Was sollte man unbedingt in Hannover gesehen/erlebt haben?**

Da gibt es viele Sachen, die Hannover lebenswert machen! Ich bin seit 19 Jahren bekennder Hannoveraner, habe Hannover aber erst bei meiner Vorstellung zur Professur kennengelernt. Hannover bietet vor allem mit den Herrenhäuser Gärten, der Eilenriede und dem Maschsee eine schöne Weitläufigkeit. Auch nach Jahren in Hannover lässt sich immer noch viel entdecken. Ein vor kurzem erschie- nener neuer Stadtführer hat mir jedenfalls aufgezeigt, dass ich vieles noch nicht gesehen habe.

**22) Welches Restaurant besuchen Sie gerne in Hannover?**

Hannover bietet eine sehr interessante Restaurantszene. Ich gehe gerne zum Engelbosteler Damm. Dort gibt es ein- fach alles von Döner bis zur Suppenküche und damit für jeden Tag reichlich Abwechslung.

**23) Zuletzt etwas Spontanes: Wenn Sie mich auf die Pal- me bringen wollen, dann wenden Sie sich an mich und sagen: „...“**

„Das erledige ich erst nächste Woche.“ - Geduld ist leider nicht meine Stärke.

## Buchrezension: Recht und Literatur

Dipl. Jur. Frederike Hirt

Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft von Prof. Dr. Veith Mehde, Mag.rer.publ.

Bodo Pieroth, den meisten bekannt als Mitbegründer des Jarass/Pieroth, hat ein Buch geschrieben. Das wäre bei dem emeritierten Professor für Öffentliches Recht keine Besonderheit, wenn es sich nur um ein weiteres seiner vielen juristischen Werke handeln würde. Mit „Recht und Literatur – Von Friedrich Schiller bis Martin Walser“ schlägt er neue Wege ein. Das Buch bespricht in zwei Teilen und elf Kapiteln 15 Werke deutschsprachiger Weltliteratur unter einem juristischen Blickwinkel. Dabei werden jeweils die Handlung, einige Auszüge aus dem Text, der Autor und anschließend die Falllösung nach aktueller Rechtslage vorgestellt. Das Werk nimmt sich also zum Anspruch, eine juristische Falllösung literarischer Fiktion anzubieten.

Dieser Ansatz ist in der Auseinandersetzung mit „Recht und Literatur“ bemerkenswert neu. Die *law and literature*-Bewegung lässt sich üblicherweise in zwei Kategorien einteilen: Die literaturwissenschaftliche Auseinandersetzung mit Literatur über das Recht und die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit Literatur im Recht. Die Überlegung, Literatur über das Recht nun einem juristischen „Realitätscheck“ zu unterziehen, bringt eine eigene rechtliche Wertung in literarisches Schaffen ein, ohne dass das Werk selbst Gegenstand eines Rechtsstreites werden muss.

Diese Art und Weise Literatur vorzustellen, kommt uns Juristinnen und Juristen bekannt vor. Sie weist Parallelen mit der Vorbereitung auf das Erste Staatsexamen auf, wo ab und an rein fiktive Fälle Grundlage der gutachterlichen Aufgabe sind, und bedient die Faszination am juristischen Konjunktiv. Durch die Auswahl verschiedenster bekannter Werke wird das Was-Wäre-Wenn-Gedankenspiel Leserinnen und Lesern mit und ohne rechtswissenschaftlichem Hintergrund zugänglich gemacht.

### Gewählte Darstellung

Doch gerade dieser neue und durchaus interessante Blickwinkel geht nicht immer auf. Literarisches Schaffen ist kein durchdachter Sachverhalt, worunter sowohl das Ziel einer möglichst sauberen Lösung anhand geltenden Rechts als

auch die Würdigung der vorgestellten Literatur leidet. So müssen Ergebnisse teilweise doch dahinstehen und der Fokus bleibt bei einer abstrakten Beantwortung der durch das Werk aufgeworfenen Problemstellung.

Das Spannungsverhältnis zwischen literarischer Fiktion und Rechtslage schlägt sich auch in den Fragen der Auswahl der Stücke und der Gliederung des Buches nieder, die zugunsten des Rechts entschieden werden. Nun ist es dem Autor hoch anzurechnen, dass er sich seinen Fähigkeiten als Rechtswissenschaftler bewusst ist und sich keine literaturwissenschaftliche Auseinandersetzung aneignet. Doch ein Buch über deutschsprachige Weltliteratur darf auch einen literarischen Anspruch über den Inhalt dieser Werke hinaus haben. Jedenfalls wenn der Titel „Recht und Literatur“ sowie der neue Ansatz in der Auseinandersetzung ein gewisses Gleichgewicht versprechen.

So wählen Professor Pieroth und der C.H.Beck Verlag eine Gliederung nach rechtlichen Inhalten. Teil Eins behandelt das Oberthema „Recht und Staat“ und untergliedert sich in Kapitel mit Fragestellungen wie beispielsweise „Ist der Tyrannenmord gerechtfertigt? (Wilhelm Tell, Friedrich Schiller)“ oder „Braucht der Staat Streitkräfte? (Das Treibhaus, Wolfgang Koeppen)“. Der Zweite Teil „Mensch und Gericht“ behandelt Fragen wie „Kann arm gegen reich Recht bekommen? (Die Weber, Gerhart Hauptmann und ‚Der kaukasische Kreidekreis‘, Berthold Brecht)“ und „Wer ist zurechnungsfähig? (Der Mann ohne Eigenschaften, Robert Musil)“. Es wird gleichzeitig versucht, die Literatur noch nach ihrem Entstehungszeitpunkt zu sortieren, was nicht immer durchgehalten werden kann.

Durchaus interessant wäre es gewesen, durch eine rein zeitliche Gliederung literarische Entwicklungen oder auch Fragestellungen, die einer ganz bestimmten Zeit zuzuordnen sind, erkennbar zu machen und so eine kleine literarische Analyse zuzulassen. Immerhin wurde anscheinend auf eine Vielfalt an literarischen Gattungen geachtet. So wird neben Romanen auch Erzählungen, Dramen, Schauspielen und Komödien Beachtung geschenkt. Nur die Lyrik fehlt.

**Law and Literature**

In jedem Fall bietet dieses Buch die Chance, die *law and literature*-Bewegung auch in Deutschland sichtbarer zu machen. In den USA ist sie längst als juristischer Fachbereich anerkannt, in Deutschland lediglich in den Literaturwissenschaften von Interesse. Die rechtlichen Fragestellungen zwischen Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht gelten in der Rechtswissenschaft als ausdiskutiert. Die Idee, Literatur zur Grundlage rechtlicher Bewertung zu machen, kann daher Türen öffnen und die Auseinandersetzung mit Literatur auch innerhalb der Juristerei (wieder) beflügeln.

Das Buch schafft es, rechtliche Inhalte für Leserinnen und Leser jeden Hintergrundes greifbar zu machen. Für Literaturliebhaberinnen und -liebhaber dürfte es aber viel wesentlicher sein, dass das Buch durch die Vorstellung der behandelten Werke, die Textauszüge und Autoren literarisches (Allgemein-)Wissen vermittelt wird. Das ist vor allem bei einem zeitintensiven Studium von großem Nutzen.

Mit der 2019 erschienenen Fortsetzung „Recht und britische Literatur – Von William Shakespeare bis George Orwell“ hält Bodo Pieroth an dem gelungenen Versuch, Recht und Literatur gemeinsam darzustellen, fest.

## Die erfolgreiche Klausur im Zivilrecht – Teil 2

Dipl. Jur. David Marski

Der Autor ist Dozent und Autor für das juristische Repetitorium Alpmann Schmidt sowie Doktorand am Institut für Internationales Recht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Stephan Lorenz an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Nachfolgend wird der Beitrag aus der HanLR Ausgabe 04/2020 „Die erfolgreiche Klausur im Zivilrecht – Teil 1“ mit den typischen Fehlern in (Zivilrechts-) Klausuren fortgesetzt.

### C. Typische Fehler in (Zivilrechts-) Klausuren

#### I. Fehler beim Arbeiten mit dem Sachverhalt

*Der Sachverhalt ist heilig!*

Es fällt bei Klausurkorrekturen auf, dass einige Bearbeiter<sup>1</sup> immer wieder zwei maßgebliche Fehler<sup>2</sup> machen. Erstens werden bedeutende Informationen, die typischerweise auf Schwerpunkte des Falles hinweisen, nicht oder nicht richtig verstanden und folglich auch nicht in die Lösung eingebunden. Zweitens werden nicht selten neue – zum Teil durchaus interessante – Sachverhaltsinformationen „hinzugedichtet“, was *in concreto* eine Themaverfehlung darstellt.

Der Sachverhalt muss ganz genau und aufmerksam gelesen und durchdacht werden. Fast jeder Satz spielt an irgendeiner Stelle in der Lösung eine wichtige Rolle. Selbstverständlich ist es oftmals beim ersten Lesen des Sachverhalts (noch) nicht klar, wo genau jetzt dieser eine Satz untergebracht werden soll bzw. was für eine juristische Information dahintersteht. Wenn der Sachverhalt ein erstes Mal grob gesichtet ist, sollte er nun ein zweites Mal gelesen werden, um jeden Satz juristisch auseinander zu nehmen und sich die folgenden zwei Fragen zu stellen: „Was soll das?“ und „Wo kommt das hin?“. Oftmals gibt es einen „Wink mit dem Zaunpfahl“. Die konkreten Probleme werden ausdrücklich, aber typischerweise laienhaft geschildert.<sup>3</sup> Wichtig dabei ist, dass diese Informationen, die ausdrücklich die Problemschwerpunkte aufzeigen, in der Lösung Niederschlag finden.<sup>4</sup>

Oftmals schließt das Gesetz auch im konkreten Fall eine Lücke im Sachverhalt.<sup>5</sup> Fehlen im Sachverhalt beispiels-

weise Angaben zur Gut- bzw. Bösgläubigkeit eines Erwerbers einer beweglichen Sache, muss § 932 Abs. 2 S. 1 BGB<sup>6</sup> herangezogen werden, der aufgrund der doppelten Negativformulierung eine Vermutung der Gutgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich der Eigentümerstellung enthält. Dasselbe gilt für die Kaufmannseigenschaft, wenn ein Gewerbetreibender agiert. Nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 HGB<sup>7</sup> wird die Kaufmannseigenschaft vermutet. Angaben zur Einsichtsfähigkeit eines beschränkt Geschäftsfähigen, der älter als zehn Jahre ist, muss der Sachverhalt ebenso wenig enthalten, da diese nach § 828 Abs. 3 BGB<sup>8</sup> ebenfalls vermutet wird.

Besonders gefährlich ist es, wenn der Bearbeitervermerk bzw. der Klausurhinweis nicht aufmerksam gelesen wird.<sup>9</sup> Soweit nach Ansprüchen des A gegen B gefragt ist, wäre es wiederum eine Themaverfehlung, gegenläufige Ansprüche des B gegen A zu prüfen. Durchaus kann es auf Ansprüche des B gegen A ankommen. Dies muss dann aber an der richtigen Stelle im Gutachten aufgeworfen werden. Beispielsweise könnte man hier ein Gegenrecht in Form einer Aufrechnung oder eines Zurückbehaltungsrechts andeuten. Nicht selten kommen gegenläufige Ansprüche auch bei einem bereicherungsrechtlichen Anspruch des B gegen A inzident bei der Rechtsfolge des Anspruchs A gegen B über die Saldotheorie in Betracht. Auch über die Konstruktion des Gesamtschuldnerinnenausgleichs gem. § 426 BGB könnten inzidente Ansprüche zu thematisieren sein. All das ist insgesamt eine Sache der Übung. Fehler in diesem Bereich sind anfängerhaft und wirken sich negativ auf die Bewertung aus.

<sup>1</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet, mit der alle Geschlechter angesprochen sind.

<sup>2</sup> So auch Er/Erler/Kreutz, Probieren gehört zum Studieren: Gut vorbereitet in die erste Strafrechtsklausur, JA 2014, 749 (751).

<sup>3</sup> Dazu Beaucamp, Typische Fehler in Klausuren, wie sie entstehen und wie man sie vermeidet, JA 2018, 757.

<sup>4</sup> Beaucamp/Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 3. Aufl. 2015, Rn. 435; Beck, Juristische Klausuren von Anfang an (richtig) schreiben, JURA 2012, 262 (263); Gramm, Kleine Fehlerlehre für Juristen nach Dr. Julius Knack, 1989, S. 45; Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 164ff.; Rips, Typische Fehlerquellen bei Klausuren und Hausarbeiten, JuS 1979, 42.

<sup>5</sup> Weiterführend Schnabl/Tyroller, Grundregeln für die erfolgreiche Klausur im ersten Staatsexamen, L&L 2006, 861 (862).

<sup>6</sup> Die Vermutung ergibt sich aus der doppelten Negativformulierung („nicht (...) nicht“).

<sup>7</sup> Die Vermutung ergibt sich hier aus der Formulierung „es sei denn (...)“.

<sup>8</sup> Die Vermutung ergibt sich auch hier aus der doppelten Negativformulierung.

<sup>9</sup> Hierbei ist es m.E. eine Geschmacksfrage, ob der Bearbeitervermerk vor oder nach dem Lesen des Sachverhalts gelesen wird. Vor dem Lesen des Sachverhalts befürwortend Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 37f.

## II. Fehler beim Erstellen der Lösungsskizze

*Der Fall muss erstmal geknackt werden!*

Ihr sitzt an Eurer Skizze, während andere bereits mit dem Ausformulieren der Lösung anfangen. Dies setzt so ziemlich jeden, der seine Lösungsskizze (noch) nicht fertiggestellt hat, unter (Zeit-)Druck – in der Regel aber zu Unrecht! Insbesondere und gerade im Zivilrecht will gut Ding Weile haben. Es ist selten bis gar nicht möglich, eine umfangreiche Examensklausur, die auf fünf Stunden angelegt ist, in einer Stunde (zufriedenstellend!) zu gliedern. Eine Klausur wird vor allem dann erfolgreich verlaufen, wenn eine saubere Skizze erstellt wurde. Hier müsst Ihr Euch bereits alle Gedanken gemacht haben, die später in die ausformulierten Lösung überführt werden sollen. Es ist ein weit verbreiteter Irrglaube, dass man während des Schreibens auf gute Argumente kommt und die Klausur im Zweifel erst dann zu Ende lösen kann.<sup>10</sup> Der Korrektor erkennt eine solche Klausur sofort daran, dass die Lösung inkonsistent ist. Das wirkt sich deshalb negativ aus, weil es auf Ungenauigkeit zurückzuführen ist. Juristen müssen aber genau arbeiten. Nehmt Euch also ausreichend Zeit für die Erstellung einer Gliederung und lasst Euch nicht von anderen aus dem Konzept bringen.

Ein Richtwert für eine Erstellung der Gliederung bei einer Klausur im Zivilrecht liegt bei eineinhalb bis zwei Stunden.<sup>11</sup> Bei komplexen Sachverhalten kann es durchaus auch mal länger dauern. Wichtig dabei ist allerdings, dass in der Gliederung nichts aufgeführt wird, was unnötig ist. Formulierungen von Definitionen o.ä. sind in der Regel überflüssig, da Ihr diese mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch beim Ausformulieren der Lösung parat habt.

## III. Fehler beim Ausformulieren

„Zu lehrbuchartige Ausführungen“; „Fallbezug“; „Bezugslos“; „Wie kommen Sie da drauf“; „Subsumtion?“; „Schwerpunktsetzung!“

Jeder Examensteilnehmer kennt solche Randbemerkungen – frustrierend, aber mit ausreichend Übung zu vermeiden!

## 1. Schwerpunktsetzung

Vielfach haben Klausurbearbeiter das Bedürfnis, gelerntes Wissen zu Papier zu bringen. Dies ist aber dann fehlgehend, wenn das konkret Gelernte in der jeweiligen Klausur keine Rolle spielt. Dies stellt dann wieder eine Themaverfehlung dar.

An den jeweiligen Stellen, die auf Probleme hindeuten,<sup>12</sup> muss typischerweise mehr geschrieben und auch argumentiert werden. Wenn in einem Sachverhalt jedoch von einem „Arbeitnehmer A“ die Rede ist, stellt es eine fehlerhafte Schwerpunktsetzung dar, wenn ich diskutiere, ob tatsächlich ein Direktionsrecht i.S.d. § 106 S. 1 GewO bzw. ein Weisungsrecht nach § 611a Abs. 1 BGB besteht. Hier wäre es gewollt, kurz klarzumachen, dass ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a Abs. 1 BGB besteht. Dies stellt eine der schwierigsten Aufgaben im Examen dar: zu erkennen, an welchen Stellen ich besonders viel und an welchen ich wenig(er) schreiben muss.<sup>13</sup>

## 2. Verwertung des Sachverhalts

Negativ fällt auch auf, dass die Sachverhaltsangaben nicht oder nicht hinreichend bei der Subsumtion berücksichtigt werden. Selbstverständlich ist klar, dass niemand den Sachverhalt abschreiben muss, da der Klausurkorrektor diesen kennt.<sup>14</sup> Allerdings müssen nahezu alle Sätze des Sachverhalts an irgendeiner Stelle im Gutachten aufgegriffen werden. Einige gute Klausurbearbeiter nehmen sich hierzu einen Stift zur Hand und streichen den jeweiligen Satz aus dem Sachverhalt heraus, wenn dieser in der Lösung auftaucht.

Teilweise werden Schwerpunkte auch viel zu floskelartig abgearbeitet. So gibt es das Problem, ob § 254 Abs. 2 S. 2 BGB auch auf den Abs. 1 anwendbar ist. Dieses Problem ist nahezu jedem Examensteilnehmer bekannt. Immer wieder liest man hier einfach nur, dass der Abs. 2 S. 2 als ein eigenständiger Abs. 3 zu lesen ist. Dies ist zwar im Ergebnis richtig,<sup>15</sup> jedoch fehlt es hier an einer Begründung. Es muss dem Korrektor in eigenen Worten deutlich gemacht werden, dass man das Problem verstanden und nicht bloß ein Ergebnis (auswendig?) gelernt hat.

<sup>10</sup> Es wurde teilweise – nicht mehr zeitgemäß – vertreten, dass überhaupt keine Lösungsskizze erstellt werden muss, vgl. Rips (Fn. 4), JuS 1979, 42 (45).

<sup>11</sup> Sogar die Hälfte der Zeit für die Gliederung empfehlend Velte, Methodische Hinweise zur Falllösung im Zivilrecht, JURA 1980, 193 (195).

<sup>12</sup> Beispielsweise dort, wo Beteiligte im Sachverhalt (laienhaft) über Rechtsansichten sprechen.

<sup>13</sup> Vgl. zur Schwerpunktsetzung auch Beck (Fn. 4), JURA 2012, 262 (263f.); Gramm (Fn. 4), S. 67; Mann (Fn. 4), Rn. 221; Rips (Fn. 4), JuS 1979, 42 (44).

<sup>14</sup> So auch Beaucamp (Fn. 3), JA 2018, 757 (759); Beaucamp/Treder (Fn. 4), Rn. 445; Er/Erler/Kreutz (Fn. 2), JA 2014, 749 (750); Gramm (Fn. 4), S. 66; Rips (Fn. 4), JuS 1979, 42 (43); Schnapp, Wie entspricht man dem Gebot der Knappheit?, JURA 2003, 602 (604).

<sup>15</sup> St. Rspr., vgl. BGH NJW 1951, 477; BGH NJW-RR 2009, 894; Grüneberg in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl. 2020, § 254 Rn. 48.

### 3. Subsumtion

Auffällig ist, dass – selbst in Examensklausuren – kaum subsumiert wird. Es ist fast schon abenteuerlich, wie viel Wissen manche Examensteilnehmer angeeignet haben und trotzdem noch nicht einmal im Ansatz subsumieren können. Die dritte Meinung zu einem Streit bringt nichts, wenn der Bearbeiter nicht zeigt, dass er juristisch gutachterlich arbeiten kann.<sup>16</sup>

Eine saubere Subsumtion muss sich durch die gesamte Klausur ziehen. Hier ist unabdingbar, dabei auf das Gesetz Bezug zu nehmen, entsprechende Tatbestandsmerkmale zu nennen und diese mit dem Sachverhalt in Einklang zu bringen. Unter Subsumtion versteht man kurzum die „Unterordnung eines Sachverhalts unter den Tatbestand einer Rechtsnorm“.<sup>17</sup>

Ungenauer Obersatz:

„Fraglich ist, ob B Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 BGB ist. Dies ist der Fall, wenn ...“

Besserer Obersatz:

„Fraglich ist, ob A sich B i.S.d. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient hat. Der B ist der sog. Erfüllungsgehilfe des A, wenn ...“

Anhand dieses – am Gesetzeswortlaut orientierten – Obersatzes kann nunmehr die Definition des sog. Erfüllungsgehilfen gebracht werden.<sup>18</sup> Anmerken möchte ich an dieser Stelle, dass selbst das „Erlernen“ von Definitionen nichts mit Auswendiglernen,<sup>19</sup> sondern mit Verständnis oder mit genauem Lesen des Gesetzes zu tun hat. So muss der Schuldner den Erfüllungsgehilfen mit „Wissen und Wollen“ eingesetzt haben. Dieses Merkmal muss keineswegs auswendig gelernt werden, da sich dieses bereits aus dem Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB entnehmen lässt. Noch kein Schuldner hat sich eines Dritten fahrlässig „bedient“. Dieses Beispiel verdeutlicht, wie wichtig das Gesetz ist und zwar unabhängig von dem Rechtsgebiet.

### 4. Ungenaue Zitierweise

Ebenso ist es auffällig, dass neben der schlampigen bzw. nicht vorhandenen Subsumtion auch noch eine ungenaue Zitierweise die Regel ist.

Das Negativbeispiel des Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB zeigt, wie unsauber die Mehrzahl der Bearbeiter zitiert.<sup>20</sup> So hat doch der § 278 BGB zwei Sätze und im Satz 1 zwei Alternativen. Zitiert jede Norm genau. Wenn es Absätze, Sätze, Halbsätze und Alternativen bzw. Varianten gibt, müssen diese exakt angegeben werden.

Bei der dinglichen Einigung für eine Übertragung eines Grundstücks (Auflassung) zitiert die überwältigende Mehrheit der Bearbeiter typischerweise §§ 873, 925 BGB oder allerhöchstens §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB anstatt richtigerweise §§ 873 Abs. 1 Var. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB.

Mit einer präzisen Zitierweise grenzt man sich positiv von denjenigen ab, die das Zitieren nicht so ernst nehmen. Seid genau und präzise. *Die meisten sind es nämlich nicht.*

### 5. Äußere Form

Die äußere Form bildet den Rahmen einer Klausur. Hier ist darauf zu achten, dass die äußere Form ansprechend ist. Leider sind nicht alle mit einer schönen Handschrift gesegnet. Die Leute, die mich kennen, wissen, dass ich auch nicht dazu gehöre. Aber auch wir können etwas dafür tun, dass eine Klausur – trotz unserer miserablen Handschrift – in einer angemessenen Form abgegeben wird. Ich selbst bin ein Verfechter von Überschriften. Diese helfen dem Korrektor, sich zurecht zu finden. Das Lesen einer Klausur fällt leichter, wenn man bereits anhand der Überschrift sieht, worum es im Folgenden gehen wird. Eine Überschrift wird selbstverständlich mit Lineal unterstrichen.

Es müssen nach jedem Gedankengang Absätze gemacht werden. Ein ellenlanger Fließtext liest sich nicht angenehm und verärgert den Korrektor.

Versucht Durchstreichungen und Einschübe zu vermeiden. \*1, \*2 oder S. 2b wirken unprofessionell und anfängerhaft. Hier wittert der Korrektor sofort, dass Ihr wohl unsauber im Rahmen der Gliederung gearbeitet habt und möglicherweise zu schnell mit der Reinschrift angefangen habt.<sup>21</sup>

Ihr solltet es tunlichst vermeiden, tiefer als sechs Ebenen zu gliedern. Das BGB ist (nur!) in sechs Gliederungsebenen unterteilt (Bücher, Abschnitte, Titel, Untertitel, Kapitel, Unterkapitel). Es gibt über 2300 Paragraphen, die auf hunderten von gedruckten Seiten aufgeführt sind. In einer Examensklausur wird man typischerweise zwischen 20 und 35 Seiten schreiben. Erstaunlicherweise gibt es immer

<sup>16</sup> Zum Gutachtenstil näher Velte (Fn. 11), JURA 1980, 193 (203f.).

<sup>17</sup> Ausdrücklich Duden Online, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Subsumption> (Abruf v. 08.06.2020).

<sup>18</sup> Erfüllungsgehilfe ist demnach, wer mit Wissen und Wollen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird. St. Rspr., vgl. BGHZ 13, 113; 152, 383.

<sup>19</sup> So aber Erl/Erler/Kreutz (Fn. 2), JA 2014, 749 (750).

<sup>20</sup> Bedauerlicherweise ist dies sogar in den meisten „Musterlösungen“ bzw. „unverbindlichen Hinweisen zur Lösung“ der Fall.

<sup>21</sup> Vgl. dazu auch C., II.

wieder Klausuren, die bis zu zehn Gliederungsebenen haben. Wenn man sich dann die Gliederungstiefe der konkreten Klausur ansieht und diese mit der Gliederungstiefe des BGB vergleicht, sollte auffallen, dass irgendwas nicht stimmt. Der Korrektor – und vor allem auch der Klausurbearbeiter – hat es dann zudem schwer, den Überblick zu behalten und in den Gedankengängen stringent zu bleiben. Nicht erwähnenswert ist selbstverständlich, dass der Korrekturrand niemals beschrieben werden darf. Dieser ist nur und ausschließlich für den Korrektor gedacht.

#### IV. Inhaltliche Fehler

In einer Klausurlösung dürfen gewisse Fehler unter keinen Umständen passieren. Diese Fehler haben entwertenden Charakter und zeigen dem Korrektor, dass man Grundlagenkenntnisse nicht hat und/oder einem schlicht die Übung fehlt.

##### 1. Falsche Obersätze

Ein besonders schwerwiegender Fehler ist die Bildung von falschen Obersätzen. Zu beachten ist, dass im Obersatz stets die Rechtsfolge (genau!<sup>22</sup>) zitiert werden muss:<sup>23</sup>

Falsch:

„Der Kaufvertrag könnte wegen Anfechtung gem. §§ 119ff. BGB nichtig sein.“

Richtig:

„Der Kaufvertrag könnte gem. § 142 Abs. 1 BGB infolge einer nach § 143 Abs. 1, Abs. 3 BGB erfolgten Anfechtungserklärung nichtig sein.“

Falsch:

„Der Grundstückskaufvertrag könnte nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB nichtig sein.“

Richtig:

„Der Grundstückskaufvertrag könnte nach § 125 S. 1 BGB wegen der fehlenden notariellen Beurkundung i.S.d. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB nichtig sein.“

Falsch:

„Der Anspruch könnte nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjährt sein.“

Richtig:

„Der Anspruch könnte wegen der Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB nicht mehr durchsetzbar sein.“

Anhand der entsprechenden Rechtsfolge (bspw. § 125 S. 1 BGB) können dann die jeweiligen Voraussetzungen (hier: Bestehen einer durch Gesetz vorgeschriebenen Form nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB in Form der notariellen Beurkundung nach § 128 BGB) dargelegt werden. Diese Herangehensweise muss in „Fleisch und Blut“ übergehen.

#### 2. Elementare Grundlagenfehler

##### a) Verstoß gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Der Klassiker des Grundlagenfehlers ist der Verstoß gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, der hier keiner weiteren Erörterung bedarf. Es gibt noch eine Reihe von anderen Fehlern, die einen Korrektor – milde gesagt – die Stirn runzeln lassen und öfter vorkommen als der eben geschilderte „Supergau“.

##### b) Unterschied zwischen Anspruch und Gestaltungsrecht

Die Unterscheidung zwischen Anspruch und Gestaltungsrecht sollte zwingend sitzen. Ein Anspruch ist nach der Legaldefinition des § 194 Abs. 1 BGB ein Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Typischerweise ist in der Klausur nach Ansprüchen gefragt. Viele Bearbeiter prüfen dann immer wieder einen Anspruch aus § 323 Abs. 1 BGB. Dies ist eine Todsünde, denn rechtlich gibt es keinen „Anspruch auf ein Gestaltungsrecht“. Der Rücktritt (bspw. nach § 323 Abs. 1 BGB) ist ein Gestaltungsrecht. Die Folge, wenn ein solches Gestaltungsrecht wirksam ausgeübt wird (durch Zugang der Erklärung nach § 349 BGB) ist dann richtigerweise der „Anspruch auf Rückgabe des gezahlten Betrages bzw. Rückgabe der Sache nach § 346 Abs. 1 BGB Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Sache bzw. Rückzahlung des erlangten Betrages.“ Fehler in diesem Bereich wiegen schwer, da sie auf Grundverständnisdefizite zurückzuführen sind.

##### c) „Beschädigung des Eigentums“

Wenn in einer Klausurlösung bspw. von einer „Beschädigung des Eigentums“ die Rede ist, dann spricht das dafür, dass der Bearbeiter nicht genau weiß, was unter Eigentum überhaupt zu verstehen ist. Eigentum ist ein absolutes Recht. Die Beschädigung eines Rechts ist nicht möglich. Allerhöchstens ist die „Verletzung eines Rechts“ möglich. Eine Verletzung des Eigentums kann dann in Form der Sachsubstanzverletzung, der Vorenthaltung der Sache

<sup>22</sup> Vgl. dazu auch C., III., 3.

<sup>23</sup> Schnabl/Tyroller (Fn. 5), L&L 2006, 861 (864).

oder aber auch der Entziehung der Sache in Betracht kommen. Hier muss auf sprachliche Präzision geachtet werden.

#### **d) Unterschiede zwischen „vermachten“ und „vererben“, „Besitz“ und „Eigentum“**

Auch der Unterschied zwischen „vermachten“ und „vererben“ sollte sitzen und darf auf keinen Fall eingeebnet werden. Ein Vermächtnisnehmer hat nach § 2174 BGB einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben, wohingegen der Erbe nach § 1922 Abs. 1 BGB als Gesamtrechtsnachfolger kraft Gesetzes in die Vermögensposition des Erblassers hineintritt.

Auch der „Besitz“ und das „Eigentum“ müssen getrennt werden. Besitz ist lediglich etwas tatsächliches, bzw. genauer: die tatsächliche Gewalt über eine Sache, vgl. § 854 Abs. 1 BGB. Das Eigentum hingegen ist – wie bereits oben ausgeführt – ein Recht. Deswegen kann auch der bloße Besitz niemals ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sein. Lediglich das „Recht“ zum Besitz (oder anders: der berechtigte Besitz) kann ein sonstiges „Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB sein.<sup>24</sup>

#### **e) „Unnötiges anfängliches Blabla“**

Mit Blick auf eine zivilrechtliche Klausur muss, soweit die Klausurfrage(n) auf Ansprüche gegen eine oder mehrere Personen gerichtet ist (sind), das erste, was der Korrektor liest, eine konkrete Anspruchsgrundlage sein.<sup>25</sup>

Wenn Bearbeiter nun eingangs Ausführungen zu „Vorüberlegungen“ machen, ist das fehlgehend, da es nichts mit dem geforderten Gutachten zu den Anspruchsgrundlagen zu tun hat.

Zu Punktabzügen führt es ebenso, wenn evident nicht einschlägige Anspruchsgrundlagen genannt werden, die dann – richtigerweise – abgelehnt werden. Man stelle sich dazu einen deliktsrechtlichen Fall vor, in dem der eine dem anderen den Kopf mit einem Nudelholz einschlägt. Bearbeiter, die hier zunächst lehrbuchartig „vertragliche Ansprüche“ vorweg prüfen und dann klarstellen, dass zwischen den Beteiligten kein Schuldverhältnis besteht und deswe-

gen solche Ansprüche nicht in Betracht kommen, schreiben an dieser Stelle eine Themaverfehlung. Hier kann man die Leistung nicht mit mehr als 0 Punkten bewerten, weil diese Prüfung offensichtlich nicht gewollt ist.

Auch negativ wird bewertet, wenn bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen die „falsche“ Anspruchsgrundlage vorangestellt wird. Wird bspw. ein mangelhaftes Kfz an den Käufer übergeben und übereignet und erleidet dieser infolge des Mangels einen Schaden an dem Kfz und möchte hierfür Schadensersatz, ist es offensichtlich, dass Schadensersatz statt der Leistung<sup>26</sup> nach Maßgabe der §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht kommt. Wer nun seitenlang Ausführungen zu einem Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB macht, schreibt auch hier wiederum eine Themenverfehlung.

Übung macht hier den Meister. Wer viele Klausuren schreibt, wird merken, worauf es ankommt. Anfängerhaft wirkt es, irgendwie zu versuchen, angehäuftes Wissen in der Klausur abzuladen. Selbst wenn einem beim Lesen einer Klausur interessante juristische Erwägungen spontan einfallen, die aber nicht relevant für die Lösung des Falles sind, ist es zwingend, dass diese auch nirgends in der Lösung auftauchen.

#### **f) Ungenaueres Lesen des Gesetzes**

Besonders ärgerlich ist es, wenn der Bearbeiter Grundlagentexte macht, die auf das ungenaue Lesen des Gesetzes hinweisen. Dies vermittelt den Eindruck, als könne man nicht genau arbeiten.

Wenn Bearbeiter in einer Lösung bspw. schreiben, dass ein Schenkungsvertrag nach § 518 Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, ist bereits eine Notenstufe weg. Nach § 518 Abs. 1 BGB ist lediglich das „Schenkungsversprechen“ notariell zu beurkunden. Hier muss darauf geachtet werden, dass § 518 Abs. 1 BGB lediglich einen einseitigen Formzwang beinhaltet. Die Annahmeerklärung bei einer Schenkung ist grds.<sup>27</sup> formlos möglich. Das gleiche

<sup>24</sup> Ein Beispiel hierfür wäre das durch den Mietvertrag nach § 535 BGB vermittelte Recht zum Besitz.

<sup>25</sup> Etwas anderes gilt dann, wenn die Klausurfrage darauf gerichtet ist, ob eine Klage erfolgreich ist oder nicht. Dann muss selbstverständlich am Beginn einer Klausur „Zulässigkeit“ oder (bei einer Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG) „Rechtswegeröffnung und Zuständigkeit“ stehen. Rechtswegeröffnung und Zuständigkeit sind im arbeitsgerichtlichen Verfahren nämlich nach Maßgabe der § 48 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 17a Abs. 2 S. 1 GVG keine Zulässigkeitsvoraussetzungen. Wenn der Arbeitnehmer bei dem „falschen Gericht“ eine Klage erhebt, dann wird diese nicht als unzulässig abgewiesen, sondern von Amts wegen an das „richtige Gericht“ verwiesen. Dasselbe gilt auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren über die Norm des § 83 S. 1 VwGO.

<sup>26</sup> Nach h. M. kommt Schadensersatz statt der Leistung dann in Betracht, wenn bei einer hypothetisch gedachten Nacherfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt einer Fristsetzung der konkrete Schaden entfallen würde, vgl. hier nur *Grüneberg* in: Palandt (Fn. 15), § 280 Rn. 18, § 281 Rn. 2. Hätte hier der Käufer den Verkäufer zur Nacherfüllung aufgefordert, wäre der konkret eingetretene Schaden nicht entstanden.

<sup>27</sup> Eine Ausnahme kommt immer dann in Betracht, wenn aufgrund des Sinns und Zwecks des Formzwangs ein beiderseitiges Formerfordernis erforderlich ist. Wenn bspw. ein Grundstück verschenkt wird, dann kommt § 311b Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht, wonach der gesamte Vertrag der notariellen Beurkundung unterliegt, vgl. hier nur *Weidenkaff* in: Palandt (Fn. 15), § 518 Rn. 1.

gilt bei Formulierungen wie: „Der Bürgschaftsvertrag bedarf gem. § 766 BGB der Schriftform.“ Dies ist falsch, da nur die „Bürgschaftserklärung“ der Schriftform unterliegt. Solche Fehler wiegen schwer.

Ungenaues Arbeiten fällt auch beim gutgläubigen Erwerb auf. Bearbeiter schreiben oft Sätze wie: „Weiterhin müsste Gutgläubigkeit aufseiten des A vorliegen.“ Als genervter Korrektor könnte man nun an den Rand schreiben: „Bezugspunkt?“. Der Bezugspunkt des guten Glaubens ist immer ein anderer und muss in einer guten Klausur herausgearbeitet werden. Nach § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB bezieht sich der gute Glaube auf das Eigentum („gehört“). Nach § 990 Abs. 1 BGB i.V.m. § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB analog bezieht sich der gute Glaube auf das fehlende Recht zum Besitz.<sup>28</sup> Deswegen ist es auch richtig, hier § 932 BGB nur analog und nicht direkt anzuwenden. Bei § 892 BGB ist wiederum der Bezugspunkt des guten Glaubens die Richtigkeit des Grundbuchs.

### g) Hilfsbegründungen

Eine gute Examensklausur zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass an der richtigen Stelle argumentiert wird. Der Klausurbearbeiter denkt, man müsse die „Musterlösung“ treffen. Wenn der Bearbeiter dies durch Glück schafft, allerdings nicht begründet, ist seine Note in aller Regel schlecht. Weicht ein Bearbeiter von der „Musterlösung“ ab, aber begründet seine Ansicht mit guten Argumenten, wird er hingegen eine zufriedenstellende Note haben.

*Die Argumentation ist wichtiger als das Ergebnis.*

Hierbei ist zu beachten, dass ein Hinweis auf eine vermeintlich herrschende Meinung/Lehre keine Begründung ersetzt. Letztlich ist es natürlich nicht verkehrt, zu wissen, was der BGH/EuGH etc. zu einem konkreten Streit ausführt. Wenn hierbei allerdings dem Korrektor der Eindruck vermittelt wird, man habe diesen Streit nur auswendig gelernt, dann wird das mit einem Punktabzug bestraft. Denn es geht im Examen darum, das Recht mit Verständnis zu erfassen. Dies bedeutet, dass man mit eigenen Worten Probleme erläutert und ggf. Lücken im Gesetz aufzeigt. Der Korrektor merkt sofort, dass der Bearbeiter nur auswendig gelerntes, aber nicht verstandenes Wissen abrufen kann. Korrektoren begrüßen es, wenn mit dem bekannten Handwerkszeug umgegangen wird. Hierzu zählen insbesondere die Auslegung einer Norm anhand von Wortlaut und/

oder Sinn und Zweck, Bildung von Analogien oder teleologischen Reduktionen, Argumentation mit § 242 BGB, etc...

### h) Unsicherheiten beim Argumentieren

Korrektoren merken sofort, wenn sich der Bearbeiter unsicher ist. Es fällt auf, dass er an irgendeiner Stelle einen Ansatz vertreten hat, bei welchem er sich nicht sicher war, ob es der „richtige“ gewesen ist. Anstatt diesen (möglicherweise) falschen Ansatz auf Biegen und Brechen argumentativ zu verteidigen, verfallen viele in eine defensive Haltung und argumentieren nicht mehr konsequent.

Der Gedanke ist jedoch falsch. Denn eine „falsche“ Meinung kann man niemals durch eine defensive bzw. schlechte Begründung retten. Das Gegenteil ist richtig: Vielmehr kann eine (von der „Musterlösung“) abweichende Lösung ggf. dadurch gerettet werden, dass man seinen niedergeschriebenen Ansatz gut begründet. Evtl. überzeugt man den Korrektor sogar davon, dass die niedergeschriebene Ansicht besser ist als die in der „Musterlösung“.

Selbst wenn man sich bei einer Stelle unsicher ist: Farbe bekennen und stark weiter argumentieren. Denkt Euch einfach, Ihr wärt Rechtsanwälte. Hier müsst Ihr Euch auch stark für Euren Mandanten machen, selbst wenn der für den Mandanten vertretene Ansatz juristisch bedenkenswert ist.

### D. Schlussbemerkung

Alle kochen mit Wasser. Vor Euch haben so viele schon eine gute Examensnote erzielt. Auch Ihr könnt das schaffen, denn es ist weder Talent noch eine besonders hohe Intelligenz für eine gute Examensnote entscheidend. Es geht darum, konsequent sein Ziel zu verfolgen und sich nicht (durch Rückschläge, wie etwa schlechte Probeklausuren) von diesem Ziel abbringen zu lassen. Letztlich kommt es auf Fleiß an. Wenn Ihr die Motivation aufbringen könnt, Euch immer und immer wieder hinzusetzen, um Klausuren zu schreiben und Eure Fehlerdichte zu reduzieren, dann werdet Ihr erfolgreich sein.

Die vorangestellten Erwägungen sind möglicherweise selbsterklärend und total selbstverständlich. Allerdings ist es auffällig, dass vieles davon nicht beachtet wird.

Denkt dran: *Jura ist keine Hexerei, sondern wie ein Handwerk. Das kann man erlernen.*

<sup>28</sup> Dies ist § 990 Abs. 1 S. 2 BGB zu entnehmen.



# HANOVER LAW REVIEW