

»Im Auslegen seid frisch und munter!«¹
- Eine Einführung in die Rechtswissenschaften



Einleitung

(Jens Wilhelm, Mathis Dreher)

»Recht bleibt Recht, wenn man's nicht verdreht', so lautet ein bekanntes Sprichwort, das in seiner ursprünglichen Fassung eigentlich heißt 'Recht bleibt allezeit und ewig Recht.' Die spätere Einschränkung, dies gelte nur, solange man es nicht verdrehe, mag manchem im Hinblick auf den Juristenstand geboten erscheinen, sind die Juristen - insbesondere die Advokaten - doch als 'Rechtsverdreher' verschrien. Dies könnte eigentlich Anlaß genug sein, an einem Sommerkurs zur Einführung in die Rechtswissenschaften teilzunehmen, um so die Arbeit mit dem Recht, sprich: das 'Auslegen' der Gesetze (oder doch das 'Verdrehen' derselben?) kennen zu lernen. Dann kann jeder für sich selbst entscheiden, was er von (und vielleicht auch wie er es mit) der Juristerei halten will. ...

Der Kurs will und kann keine umfassenden Rechtskenntnisse vermitteln, auch nicht jedermann für den (Rechts-) Alltag fit machen. Er soll nur mit dem juristischen Handwerkszeug vertraut machen und etwas Freude am Umgang mit dem Recht vermitteln. Hierzu wird zunächst eine kurze Übersicht über die Rechtswissenschaften und ihre Methodik einschließlich der juristischen Falllösungstechnik geboten, um sodann das Gelernte exemplarisch an einigen Fällen zu erproben. Der Hauptteil des Kurses ist deshalb Fallbesprechungen gewidmet, vor allem solchen aus dem Zivilrecht und dem Strafrecht. Nach kurzen Einführungen in die Fälle und ihre Probleme sollen diese gemeinsam erörtert, dann die Falllösungen durch die Teilnehmer selbst erarbeitet und (ähnlich wie in den universitären Anfängerübungen) auch verschriftlicht werden. ...«

Soweit die Kursankündigung. Was die knapp drei Wochen gemeinsamer Kursarbeit² im *Landschulheim Steinmühle* während der Marburger *SchülerAkademie 2007-4* tatsächlich an juristischen Früchten erbracht haben, das kann man nachfolgend nachlesen: Alle fünf (planmäßig) von den Teilnehmern während der Akademie in Kleingruppen erarbeiteten Rechtsgutachten sind hier abgedruckt. Ergänzt werden sie um einen Rotationsbeitrag, in dem eine Teilnehmergruppe den akademieinternen "Kioskverkauf" der Akademieleitung zivilrechtlich analysierte.

Wenn auch nach einer nur gut zweiwöchigen Einführung in die Rechtswissenschaften die einzelnen Beiträge stilistisch und in der Stoffdurchdringung nicht durchgehend den hohen Anforderungen genügen können, die man etwa an eine Fallbesprechung in einer der juristischen Ausbildungszeitschriften stellen mag, so legen sie doch Zeugnis von dem beachtlichen Niveau der juristischen Arbeit der Schüler und ihrer Arbeitsergebnisse ab. Dass die Teilnehmer mit regem Interesse sowie erstaunlicher Freude bei der Sache waren und durchweg gelungene Rotationsbeiträge abliefern, sei hier noch angemerkt. Als Kursleiter werden wir uns somit gerne an die gute Arbeitsatmosphäre des Jura-Kurses erinnern. Da zudem das Kursteam (für uns erstmals) das Volleyballturnier gewann, läßt sich sagen: Nicht nur im Auslegen war man frisch und munter!

¹ Das Kursmotto stammt von *Johann Wolfgang von Goethe*, der bekanntlich auch Jurist war. Seiner berühmten Sentenz "Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter!" (aus den *Zahmen Xenien II*) wurde allerdings nur der erste Teil als Arbeitsauftrag entnommen.

² Die Kursarbeit wurde übrigens durch die kostenlose Bereitstellung mehrerer Zugänge zum *JuS-Modul* in *Beck-Online - Die Datenbank* sehr gefördert. Hierfür sei auch an dieser Stelle dem *Verlag C.H. Beck*, München, recht herzlich gedankt.

1. Der Mephisto-Fall

(Yannick d'Hargues, David Kaysers, Julian Richers)

Sachverhalt³: 1963 kündigte die *Nymphenburger-Verlagshandlung GmbH* (N.) an, sie werde den Roman "Mephisto - Roman einer Karriere" von *Klaus Mann* in Westdeutschland veröffentlichen. Der Roman, den der Schriftsteller *Klaus Mann* (1906-1949) nach seiner Emigration aus Deutschland geschrieben hatte, erschien zunächst 1936 im *Querido-Verlag*, Amsterdam, ferner im Jahre 1956 im *Aufbau-Verlag*, Ost-Berlin. Der Roman schildert den Aufstieg des hochbegabten Schauspielers *Hendrik Höfgen*, der seine politischen Überzeugungen verleugnete und alle menschlichen und ethischen Bindungen abstreifte, um im Pakt mit den Machthabern des nationalsozialistischen Deutschlands eine künstlerische Karriere zu machen. Der Roman stellt die psychischen, geistigen und soziologischen Voraussetzungen dar, die diesen Aufstieg möglich machten. Der Romanfigur *Hendrik Höfgen* diente der Schauspieler, Regisseur und Theaterleiter *Gustaf Gründgens* (G., 1899-1963) als Vorbild, was für den kundigen Leser unschwer zu erkennen war.

Der Adoptivsohn und Alleinerbe (B.) des kurz zuvor verstorbenen G. erhob gegen die N. vor dem *Landgericht Hamburg* Klage auf Unterlassung, die er im wesentlichen damit begründete, der Roman vermittele ein verfälschtes, grob ehrverletzendes Persönlichkeitsbild des Künstlers. Frei erfundene Details seien mit Tatsachen vermischt, der Bezug zu G.s' Leben ständig erkennbar, so dass beim unbefangenen Leser der Eindruck einer Biographie entstehe. Hierdurch würden das Persönlichkeitsrecht des G., das über den Tod hinauswirke, und das Andenken an den Künstler in nachhaltiger Weise verletzt. Nachdem das *Landgericht Hamburg* die Klage abgewiesen hatte, erschien der Roman zunächst im September 1965. Doch siegte B. schließlich im Berufungsverfahren vor dem *Oberlandesgericht Hamburg* und erwirkte ein Verbot, den Roman zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen. Das Oberlandesgericht begründete dies vor allem damit, der Roman verletze G. in seiner Ehre, seinem Ansehen und seiner sozialen Geltung und verunglimpfe sein Andenken. Der *Bundesgerichtshof* (BGH) bestätigte die Entscheidung des Oberlandesgerichts (BGHZ 50, 133).

Die N. erhob hierauf Verfassungsbeschwerde beim *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG). Sie wendete ein, bei dem Roman handle es sich um ein Kunstwerk, dem als solchem verfassungsrechtlich besonderer Schutz zukomme. Im Übrigen habe der Autor selbst klargestellt, dass er keine Biographie habe schreiben wollen, weshalb dem Roman auch folgender Vermerk beigefügt sei: "Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts."

Aufgabe: Hat die Verfassungsbeschwerde Erfolg?

Gutachten

Die Verfassungsbeschwerde hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde der *Nymphenburger Verlagshandlung GmbH* (N.) richtet sich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und §§ 90 ff. BVerfGG.

a) Erforderlich ist zunächst, dass das BVerfG gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zuständig ist. Dies ist der Fall, wenn die Klägerin behauptet, durch einen Akt der öffentlichen Gewalt in ihren Grundrechten oder einem ihrer in Artt. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG garantierten Rechten verletzt zu sein. Die Klägerin macht geltend, in ihren Grundrechten der Meinungs-, Kunst- und Berufsfreiheit durch das Revisionsurteil des BGH ungerechtfertigt beeinträchtigt zu sein. Bei der Meinungs-, Kunst- und Berufsfreiheit handelt es sich um Grundrechte der Klägerin nach Artt. 5 Abs. 1 u. 3 sowie 12 Abs. 1 GG. Ein Akt der öffentlichen Gewalt kann das Handeln oder Unterlassen aller drei Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative) sein. Bei dem Revisionsurteil des BGH handelt es sich um ein Handeln der Judikative und somit um einen Akt der öffentlichen Gewalt. Damit fällt der Fall in die Zuständigkeit des BVerfG für Verfassungsbeschwerden.

b) Außerdem ist erforderlich, dass der Kläger beschwerde- oder grundrechtsfähig ist. Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG besitzt Jedermann die Fähigkeit zur Verfassungsbeschwerde, wenn er Träger der im konkreten Fall in Betracht kommenden Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte ist. Die Klägerin N. als GmbH ist laut § 13 Abs. 1 GmbHG eine juristische Person. Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie auf diese anwendbar sind (Art. 19 Abs. 3 S. 1 GG). Das Recht auf Meinungs- und Kunstfreiheit sowie das Recht auf freie Berufsausübung sind auf die GmbH anwendbar, da diese über einen Sprecher ihre Meinung ausdrücken, in den Wirkungsbereich der Kunst eingreifen und ihren Geschäftsbereich frei bestimmen kann. Damit ist die Klägerin beschwerde- und grundrechtsfähig. Des Weiteren muss der Beschwerdegegenstand laut § 90 Abs. 1 BVerfGG ein Akt der (deutschen) öffentlichen Gewalt sein. Dies ist, wie zuvor erläutert, der Fall.

c) Weiterhin ist das Bestehen der Beschwerdebefugnis des Klägers nach § 90 Abs. 1 BVerfGG zu prüfen. Zunächst muss die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung gegeben sein. Die Existenzgrundlage der Klägerin N. als Verlagshandlung besteht in dem Vertrieb von Büchern. Durch das Veröffentlichungsverbot des Buches könnte

³ Vgl. BGHZ 50, 133 u. BVerfGE 30, 173.

die N. in ihrem Recht auf Kunstfreiheit verletzt sein. Die Kunstfreiheit betrifft in gleicher Weise den "Werkbereich" und den "Wirkbereich" des künstlerischen Schaffens.⁴ Dies bedeutet, dass nicht nur die eigentliche künstlerische Betätigung (Werkbereich) geschützt ist, sondern auch die Verbreitung des Kunstwerkes (Wirkbereich). Da der Verlag als Mittler zwischen Künstler und Öffentlichkeit die Verbreitung des Werkes und damit den Wirkbereich zur Aufgabe hat, kann auch er sich auf das Recht auf Kunstfreiheit berufen.⁵ Selbst wenn man die Verbreitung eines literarischen Kunstwerkes als einen Akt der Meinungsäußerungsfreiheit des Verlegers ansieht, verdrängt vorliegend die Kunstfreiheit als insofern für den Verleger spezielleres Grundrecht das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG. Entsprechendes gilt für die Berufsfreiheit (Art. 12 GG).

d) Zusätzlich dazu muss eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit des Klägers vorliegen (§ 90 Abs. 1 BVerfGG). Eine eigene Betroffenheit liegt vor, wenn der Kläger selbst Adressat der Maßnahme ist.⁶ Da die N. das Buch veröffentlicht, ist sie direkter Adressat des Veröffentlichungsverbotes. Gegenwärtige Betroffenheit bedeutet, dass der Beschwerdeführer schon und noch betroffen sein muss.⁷

Dies ist gegeben, da das Veröffentlichungsverbot seit dem Urteil des LG Hamburg in Kraft und aktuell noch gültig ist. Unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn keine weiteren Vollzugsakte erforderlich sind, um Rechtswirkungen gegenüber dem Kläger zu entfalten.⁸ Auch dies liegt vor, da die N. durch die Gerichtsurteile direkt und unmittelbar betroffen ist.

e) Ebenfalls muss der Rechtsweg erschöpft sein (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) oder eine Ausnahme gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG vorliegen. Da alle möglichen Instanzen bis zum BGH durchlaufen wurden, ist der Rechtsweg erschöpft.

f) Von einem begründeten und schriftlichen Antrag (§§ 126 BGB und 23 BVerfGG) und der Einhaltung der einmonatigen Frist nach § 93 BVerfGG ist auszugehen.

g) Damit ist die Verfassungsbeschwerde der N. zulässig.

2. Begründetheit

Zu prüfen ist, ob durch die Entscheidung des BGH die N. in ihren Grundrechten verletzt worden ist. Dabei ist nach Vorstehendem nurmehr auf die Kunstfreiheit der N. einzugehen.

a) Schutzbereich. aa) Hierfür ist zunächst der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu definieren. Der Kunstbegriff wird kontrovers definiert. Gemäß *BVerfGE* 30, 73 (188 f.) ist Kunst die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden. In der Literatur und Rechtsprechung finden sich noch weitere Definitionen, zum Beispiel der formale Kunstbegriff, der erfordert, dass das Kunstwerk in einer bestimmten Form vorliegt (Gemälde, Gedicht usw.), oder der offene Kunstbegriff, der eine fortlaufende Interpretation des Werkes in den Vordergrund stellt.⁹ Die neuere Rechtsprechung des BVerfG spricht aber von der Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren.¹⁰ Bei einem literarischen Werk ist nach allen diesen Ansätzen von einem Kunstwerk auszugehen. Daher ist der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG durch das Verbot des Buches betroffen.

bb) Weiterhin muss geklärt werden, ob die N. überhaupt Grundrechtsträgerin im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG handelt. Wie bereits oben gezeigt (1.b)), kann sich die N. - auch als juristische Person - als Mittlerin zwischen dem Künstler und der Öffentlichkeit ebenfalls auf das Recht der Kunstfreiheit berufen.

b) Eingriff. Festgestellt werden muss, ob durch das Verbot in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG eingegriffen wurde. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff ist ein Eingriff ein rechtsförmiger Vorgang, der unmittelbar und gezielt durch ein vom Staat verfürgtes, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.¹¹ Gezielt bedeutet, dass die Beeinträchtigung des Grundrechtes durch das staatliche Handeln gerade bezweckt ist. Unmittelbar ist als direkt auf den Vorfall bezogen definiert. Imperativ ist die Handlung dann, wenn das staatliche Handeln auf eine verbindliche Anordnung gerichtet ist. Gezielt trifft in diesem Fall zu, da hier das Verbot des Buches tatsächlich dem Ziel der Entscheidung entspricht. Der Eingriff ist auch unmittelbar, da die Grundrechtsbeeinträchtigung ohne Zwischenursachen erfolgte. Auch Imperativität ist gegeben, da das Urteil gegebenenfalls mit Zwang durchgesetzt werden könnte. Außerdem ist der Grundrechtseingriff nicht unerheblich, da ein totales Veröffentlichungsverbot vorliegt. Damit ist die Eingriffsschwelle deutlich erreicht und ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG gegeben.

c) Schrankenziehung. Zuletzt ist zu klären, ob der Eingriff gerechtfertigt ist und die verfassungsrechtlichen Schranken der Kunstfreiheit nicht überschreitet. Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn die Eingriffsnorm formell

⁴ *BVerfGE* 30, 173 (191) - Mephisto.

⁵ Vgl. *Ipsen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 6. Aufl., Neuwied 2003, Rn. 471.

⁶ *Jarass/Pieroth/Pieroth*, GG, 9. Aufl., München 2007, Art. 93 Rn. 54.

⁷ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 20. Aufl., Heidelberg 2004, Rn. 1143.

⁸ *Jarass/Pieroth/Pieroth* aaO., Art. 93 Rn. 56.

⁹ Vgl. *BVerfGE* 67, 213 (227) - Anachronistischer Zug.

¹⁰ *BVerfGE* 67, 213 (225) - Anachronistischer Zug.

¹¹ *Epping*, Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 2004, Rn. 347.

sowie materiell verfassungsgemäß ist und von ihr im Einzelfall in verhältnismäßiger Weise Gebrauch gemacht wurde.

aa) Von der formellen und materiellen Verfassungsgemäßheit der Rechtsgrundlagen der Urteile ist auszugehen.

bb) Näher zu prüfen sind jedoch die Schranken der Kunstfreiheit.

Bei Art. 5 Abs. 3 GG handelt es sich allerdings um ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht. Zu erwägen ist hier, ob die Schranken der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 2 GG zumindest auf das Wirken der Kunst nach außen (Wirkbereich) angewandt werden können. Dem steht aber die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG entgegen, die Absatz 3 als gegenüber Absatz 1 speziellere Regel ausweist und es deshalb verbietet, die Schranken des Absatzes 2 auch auf die in Absatz 3 genannten Bereiche anzuwenden.¹² Aus demselben Grund kann auch die Schrankentrias aus Art. 2 Abs. 1 nicht herangezogen werden, zumal so ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht einem einfachen Schrankvorbehalt unterworfen würde.¹³ Da jedoch auch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte mit anderen Grundrechten oder Verfassungsgütern kollidieren können, bedarf es einer Konfliktlösung. Nach allgemeiner Ansicht können deshalb mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung auch schrankenlos gewährleistete Grundrechte ausnahmsweise durch kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte eingeschränkt werden.¹⁴

Vorliegend kollidiert das Recht der N. auf Kunstfreiheit mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des G. aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG, nämlich dessen Ehranspruch. Dieser ist auch über den Tod hinaus als sog. postmortales Persönlichkeitsrecht durch die Menschenwürde geschützt.¹⁵ Der Inhalt des Buches beinhaltet wie im Sachverhalt ausgeführt, eine entstellende Darstellung des Lebens des G., durch die das Andenken an ihn und seine künstlerischen Leistungen herabgewürdigt würden. Daher muss eine Güter- und Interessenabwägung zwischen beiden kollidierenden Grundrechten erfolgen. Zuerst ist zu sagen, dass die nach Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde den höchsten Rechtswert darstellt, der als absoluter Wert keine rechtmäßigen Eingriffe ermöglicht.¹⁶ Allerdings ist die Menschenwürde hier nur als fortwirkender Bestandteil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen, das seinerseits der Schrankentrias aus Art. 2 Abs. 1 GG unterfällt¹⁷, während die Kunstfreiheit - wie oben erläutert - schrankenlos gewährleistet ist. Dies lässt darauf schließen, dass dem postmortalen Persönlichkeitsrecht ein geringerer rechtlicher Schutz zugesichert ist als der Kunstfreiheit. In unserem Fall erscheint noch bedenkenswert, dass nach dem Minderheitsvotum von *Dr. Stein* in der *Mephisto*-Entscheidung¹⁸ es "einer freien Kunst grundsätzlich gestattet sein [muss], an Persönlichkeitsdaten aus der Wirklichkeit anzuknüpfen und ihnen durch Zeichenwerte verallgemeinernde Bedeutung zu geben. Das gilt vor allem in den Fällen, in denen sich die künstlerische Darstellung wie die vorliegende an eine Person der Zeitgeschichte anlehnt. Persönlichkeiten, die im öffentlichen Leben stehen oder in Kunst und Wissenschaft ein allgemeines Interesse wachrufen, begegnen künstlerischen Interessen vor allem durch ihre besonders enge Verknüpfung mit den Geschehnissen von allgemeiner Bedeutung und den Zeitströmungen, durch die sich Realität in ihrer Person besonders intensiv verdichtet und symbolhaften Sinnbezug gewinnt. Diese zeichenhafte Bedeutung der Persönlichkeit, die der Künstler mit seinen Ausdrucksmitteln anschaulich darzustellen sucht, ist gegenüber dem Bild der individuellen Person verselbständigt." Dies gilt gerade für das vorliegende Buch von Klaus Mann, das die Anmerkung enthält, es stelle Typen dar, keine Portraits. Das Interesse des Autors an der Person des G. als ein Teil der damaligen Zeitströmung überwiegt den biographischen Ansprüchen. Der Schutzanspruch des postmortalen Persönlichkeitsrechts einer Person der Zeitgeschichte nimmt mit dem Zeitablauf ab.¹⁹ So ist inzwischen das Buch auch in West-Deutschland erschienen, ohne dass sich größerer Widerstand geregt hat. Das Interesse an der Erhaltung des Andenkens an G. kann somit als fast gänzlich erloschen angesehen werden. Des Weiteren hat das BVerfG in neuerer Rechtsprechung bei Abwägung der Meinungsfreiheit gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht zugunsten der Meinungsfreiheit entschieden, und dies sogar bei einer noch lebenden Person.²⁰ Daher muss bei der Abwägung der Meinungs- oder Kunstfreiheit gegen das Persönlichkeitsrecht einer lange verstorbenen Person ebenfalls die Meinungsfreiheit bzw. in diesem Fall die Kunstfreiheit als wichtiger erachtet werden. Hinzu kommt noch, dass die Meinungs- und Kunstfreiheit bezüglich der Zeit des NS-Regimes besonders zu schützen ist, da die Aufklärung über die damaligen Zustände von großer Wichtigkeit für die deutsche Geschichtsaufarbeitung ist. Das Verbot des Buches durch das oberste deutsche Zivilgericht würde also eine kontraproduktive Wirkung bezüglich dem Umgang mit dem dunkelsten Kapitel der deutschen Geschichte entwickeln.

cc) Damit ist der Grundrechtseingriff nicht zulässig.

¹² v. Münch/Kunig/Wendt, Grundgesetzkommentar, Band 1, 5. Aufl., München 2000, Art. 5 Rn. 95; *BVerfGE* 30, 173 (191) - Mephisto.

¹³ Vgl. *BVerfGE* 30, 173 (192 f.) - Mephisto.

¹⁴ *BVerfGE* 28, 243 (261) - Kriegsdienstverweigerung.

¹⁵ v. Münch/Kunig/Kunig aaO., Art. 1 Rn. 15.

¹⁶ v. Münch/Kunig/Kunig aaO., Art. 1 Rn. 4.

¹⁷ *Epping* aaO., Rn. 593.

¹⁸ *BVerfGE* 30, 173 (191, 206 f.) - Mephisto.

¹⁹ *Epping* aaO., Rn. 555.

²⁰ *BVerfG* (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 26.4.2001 - 1 BvR 758/97 - Caroline von Monaco = NJW 2001, 1921.

d) Die Verfassungsbeschwerde hat somit Erfolg.

2. Einkaufen bei Judith

(Lisa Hamacher, Hannah Roggendorf, Markus Thiem, Leonid Vogel)

Sachverhalt: Die Akademieleiterin *Judith Günther* (J) betreibt auf der *Deutschen SchülerAkademie 2007-4* in *Marburg/Steinmühle* einen "Akademiekiosk", in dem die Teilnehmer (T) bei ihr Kioskartikel (Getränke, Süßigkeiten, Schreibwaren etc.) erwerben können.

Im *Grundfall* verkauft Judith selbst an einem Ladentisch an die (zu unterstellen: volljährigen) Teilnehmer ihre Kioskartikel.

In der *Fallabwandlung 1* steht Judith nicht mehr an ihrem Ladentisch, sondern die Kaufgeschäfte werden aufgrund folgender, in dem ersten Akademieplenium bekanntgegebenen Regeln (auch) in ihrer Abwesenheit durchgeführt: Die Teilnehmer erwerben die frei zugänglich ausgelegten Waren, indem sie die gewünschten Artikel dem Warenvorrat entnehmen und den (ausgehängten) Kaufpreis in eine offene Kasse entrichten; die getätigten Kaufgeschäfte werden durch die Teilnehmer auf einer Liste eingetragen.

In der *Fallabwandlung 2* wird - wiederum entsprechend den bekanntgegebenen Regeln - der Kaufpreis erst später in die Kasse entrichtet.

Während in der *Fallabwandlung 3* festgestellt wird, dass Judith bei ihrem Kioskbetrieb für und im Namen des Vereins *Bildung und Begabung e.V.* (BuB) handelt,

wird in der *Fallabwandlung 4* der Erwerb durch minderjährige Teilnehmer untersucht.

Aufgabe: Darzustellen ist die Rechtslage hinsichtlich des Zustandekommens eines Kaufvertrags und dessen Erfüllung durch die Vertragspartner.

I. Grundfall

Bei der rechtlichen Betrachtung eines alltäglichen Einkaufs unterscheidet das Zivilrecht zwischen einem Verpflichtungs- und zwei Verfügungsgeschäften, die jeweils unabhängig voneinander zu betrachten sind (Trennungs- und Abstraktionsprinzip). Dies hat insbesondere zur Folge, dass die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts beeinflusst.²¹ Verpflichtungsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte, durch die sich jemand verpflichtet, an einen anderen etwas zu leisten. Ein Verpflichtungsgeschäft führt dazu, dass zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis entsteht.²² Verfügungen sind hingegen Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf ein bestehendes Recht durch dessen Belastung, Inhaltsänderungen, Übertragung oder Aufhebung einwirken.²³

1. Verpflichtungsgeschäft. Bei einem Einkauf wird zwischen Verkäufer und Käufer zunächst ein Kaufvertrag nach § 433 BGB geschlossen. Hierbei verpflichtet sich der Verkäufer, die Kaufsache zu übereignen und dem Käufer zu übergeben (§ 433 I S. 1 BGB), wohingegen der Käufer sich im Gegenzug zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der Sache verpflichtet (§ 433 II BGB). Damit ein solcher Kaufvertrag zustande kommt, müssen sich die Kaufvertragsparteien in Form von korrespondierenden Willenserklärungen über vorstehende Vertragsbestandteile einigen (Angebot und Annahme, § 145 BGB).²⁴ Unter einer Willenserklärung versteht man insofern eine private Willensäußerung eines Rechtssubjekts, die deswegen Rechtsfolgen herbeiführt, weil diese als gewollt erklärt werden.²⁵

a) Willenserklärung des Verkäufers (J). Dadurch, dass J am Verkaufsstand anwesend ist und eine Preisliste aushängt, gibt sie durch konkludentes Handeln (schlüssiges Handeln) eine eindeutige Willenserklärung (Angebot) ab, sich zu verpflichten, die Lebensmittel etc. gegen Zahlung des ausgewiesenen Kaufpreises dem Käufer zu übergeben und zu übereignen.²⁶

b) Willenserklärung des Käufers (T). T gibt die Willenserklärung ab, dass er sich im Gegenzug zur Zahlung des Kaufpreises sowie zur Abnahme des Lebensmittels etc. verpflichtet. Dadurch nimmt er das Kaufvertragsangebot der J an.

Da die beiden Willenserklärungen korrespondieren, kommt ein wirksamer Kaufvertrag nach § 433 BGB zustande.

2. Verfügungsgeschäfte. Zur Erfüllung der von beiden Vertragsparteien im Kaufvertrag übernommenen Verpflichtungen (Übereignung des Kaufgegenstandes sowie Zahlung des Kaufpreises) sind nunmehr zwei Verfügungsgeschäfte erforderlich: Um dem Käufer Eigentum an den Kaufgegenständen zu verschaffen, muss zwischen Verkäufer und Käufer nach § 929 S. 1 BGB eine Einigung hinsichtlich des Eigentumsübergangs erzielt wer-

²¹ Faust, BGB AT, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, § 5 Rn. 1.

²² Faust aaO., § 5 Rn. 1.

²³ Schulze/Eckert, Handkommentar BGB, 5. Aufl., Baden-Baden 2007, Vorbem. §§ 854-1296 Rn. 7.

²⁴ Vgl. Jauernig/Jauernig, BGB, 11. Aufl., München 2004, Vorbem. § 145 Rn. 1.

²⁵ Schulze/Dörner aaO., Vorbem. § 116 Rn. 1.

²⁶ Für die vorliegende Fallkonstellation wird also von einem echten (bindenden) Angebot und nicht nur einer Aufforderung an die Kunden zur Abgabe von Angeboten (sog. *invitatio ad offerendum*) ausgegangen.

den und eine Übergabe an den Käufer stattfinden. Als Übergabe bezeichnet man den Realakt, bei dem der Verkäufer seinen Besitz an der Sache aufgibt und dem Erwerber den Besitz verschafft.²⁷ Grundsätzlich ist zwischen Eigentum und Besitz zu unterscheiden. Eigentum ist die rechtliche Herrschaftsbefugnis²⁸, während Besitz die tatsächliche Sachherrschaft²⁹ umfasst.

a) Übereignung der Kioskartikel von J an T. Während J dem T tatsächlich den Besitz an den Lebensmitteln etc. verschafft (Übergabe als Realakt), schließen die Parteien hier auch gleichzeitig ein dingliches Rechtsgeschäft ab. In der Übergabe ist eine stillschweigende Einigung der Parteien über den Eigentumswechsel zu sehen. Durch Überreichen der Kaufgegenstände bietet J dem T konkludent die Übertragung des Eigentums an, während T durch deren Entgegennahme dieses Angebot konkludent annimmt.

b) Übereignung des Geldes von T an J. Auch bei der Übergabe des Geldes werden von den Parteien konkludent korrespondierende Willenserklärungen abgegeben, die auf die Übereignung des Geldes von T an J gerichtet sind. Die Übergabe erfolgt durch unmittelbare Besitzverschaffung (§ 854 I BGB), indem T der J das Geld überreicht.

II. Fallabwandlung 1 (Geschäfte in Abwesenheit von Judith)

1. Verpflichtungsgeschäft. Auch in der ersten Fallabwandlung kommt zwischen den Parteien ein Kaufvertrag gemäß § 433 BGB zustande.

a) Willenserklärung des Verkäufers (J). Das (auf das vorhandene Warenangebot beschränkte) Angebot, welches die Vertragsbedingungen näher bestimmt, wurde von J in der ersten Plenumssitzung unterbreitet und gilt abweichend von der Regelung des § 147 I BGB, die eine sofortige Annahme vorsieht, ausdrücklich für die gesamte Akademiezeit, wobei J an dieses Angebot nach § 145 BGB gebunden ist. Der Angebotsinhalt ist die Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung vorhandener Lebensmittel etc. gegen Zahlung des ausgewiesenen Kaufpreises.

b) Willenserklärung des Käufers (T). Indem T Kioskartikel vom Tisch mitnimmt, erklärt er durch konkludentes Handeln die Annahme des durch J unterbreiteten Angebots. Diese (konkludente) Willenserklärung, die zum Wirksamwerden grundsätzlich dem Erklärungsempfänger zugehen muss, ist vorliegend aufgrund der Regelung des § 151 S. 1 BGB wirksam, obwohl J gerade nicht anwesend ist, ihr die Annahmeerklärung also nicht zugeht. Denn J hat durch die Gestaltung der Verkaufssituation auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet.

2. Verfügungsgeschäfte. a) Übereignung der Kioskartikel von J an T. Die für das dingliche Rechtsgeschäft erforderlichen, auf Einigung über den Eigentumsübergang gerichteten Willenserklärungen (aus § 929 S. 1 Hs. 2 BGB) sind darin zu sehen, dass J in der ersten Plenumssitzung den Willen kundgetan hat, die Lebensmittel etc. an den jeweiligen Käufer zu übereignen und T durch die Mitnahme der Ware konkludent der Übereignung zustimmt. Die Übergabe erfolgt in diesem Fall gemäß § 854 II BGB dadurch, dass durch Auslage der Kaufgegenstände der einzelne Käufer in die Lage versetzt ist, sich den Besitz an der Sache selbständig zu verschaffen.

b) Übereignung des Geldes von T an J. J hat in der Plenumssitzung das Angebot abgegeben, dem Eigentumsübergang von Geld in europäischer Währung (EURO) zustimmen, welches in die Kasse gelegt wird, um den Kaufpreis zu bezahlen. Dadurch, dass T Geld in die Kasse legt, gibt er durch konkludentes Handeln die Willenserklärung ab, dieses Angebot anzunehmen und somit der Übereignung seines Geldes an J zuzustimmen. Die Übergabe ist eine Besitzverschaffung gemäß § 854 I BGB durch Hinterlegen in der Kasse.

III. Fallabwandlung 2 (Stundung des Kaufpreises)

1. Verpflichtungsgeschäft. Das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag nach § 433 BGB) entspricht der ersten Fallabwandlung, es enthält lediglich die Erweiterung, dass J - unter der Bedingung einer Eintragung in die ausliegende Liste - eine spätere Zahlung des Kaufpreises zulässt (Stundung, § 271 BGB), was aufgrund der Vertragsfreiheit ohne weiteres möglich ist. Die Vertragsfreiheit ist Ausfluss des Grundsatzes der Privatautonomie, nach dem der Einzelne seine Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung eigenverantwortlich gestalten kann.³⁰ Die Annahme des Kaufangebots durch T erfolgt dadurch, dass er sich in die ausliegende Liste namentlich einträgt, was zur Folge hat, dass er sich verpflichtet, den Kaufpreis (später) zu zahlen.

2. Verfügungsgeschäfte. Die Verfügungsgeschäfte sind genauso wie in der ersten Fallabwandlung zu beurteilen. Die Übereignung der Kioskartikel ist auch vor der Zahlung wirksam, da kein Eigentumsvorbehalt Gegenstand des dinglichen Vertrags zwischen J und dem T ist. Ein Eigentumsvorbehalt nach § 449 BGB hätte von J ausdrücklich erklärt werden müssen und hätte zur Folge, dass der Übergang des Eigentums von J zum T erst dann erfolgt, wenn der Kaufpreis vollständig gezahlt ist. Eine entsprechende Erklärung hat J jedoch nicht abgegeben. Dies wäre im vorliegenden Fall auch nicht sinnvoll gewesen, da z.B. von einem unmittelbaren Verzehr der Lebensmittel auszugehen ist.

²⁷ Faust aaO., § 4 Rn. 2.

²⁸ Palandt/Bassenge, BGB, 65. Aufl., München 2006, Vorbem. § 903 Rn. 1.

²⁹ Jauernig/Jauernig aaO., § 854 BGB Rn. 1.

³⁰ Faust aaO., § 1 Rn. 5.

IV. Fallabwandlung 3 (Judith als Vertreterin von BuB)

J handelt nunmehr nicht in eigenem Namen, sondern in fremdem Namen, nämlich im Namen des Vereins Bildung und Begabung e.V. (BuB). Nun ist zu prüfen, ob J den BuB wirksam vertritt, so dass ihre Willenserklärungen für und gegen BuB wirken.

J könnte aufgrund einer wirksamen Bevollmächtigung gemäß § 164 BGB zur Vertretung des BuB berechtigt sein. Eine Vollmacht ist eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht, die dadurch erteilt wird, dass sie gegenüber dem zu Bevollmächtigenden (§ 167 I BGB) erklärt wird. In diesem Fall besteht ein Vertrag zwischen J und BuB, der nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung u.a. J bevollmächtigt, im Namen von BuB sämtliche Kioskgeschäfte mit den Teilnehmern vorzunehmen. Zusätzlich gilt die Vollmacht nach § 170 BGB bis zu ihrer Aufhebung durch den Vollmachtgeber, vorliegend also jedenfalls bis zum Akademieende. Laut § 164 BGB wirken die Willenserklärungen, die J im Namen von BuB abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen BuB. Somit ist die Vertretung bei Willenserklärungen von BuB durch J wirksam.

1. Verpflichtungsgeschäft. Der Kaufvertrag nach §§ 433, 164 I BGB wird dadurch geschlossen, dass J in obigen Fallkonstellationen das gleiche Angebot nunmehr im Namen des BuB abgibt und T dieses Angebot annimmt, wodurch ein Kaufvertrag zwischen T und BuB zustande kommt.

2. Verfügungsgeschäfte. a) Übereignung der Kioskartikel von BuB an T. Die laut § 929 BGB erforderliche Einigung erfolgt durch korrespondierende Willenserklärungen, die die Zustimmungen des T in eigenem Namen und der J im Namen des BuB zur Übereignung der Lebensmittel etc. enthalten, wozu J gemäß § 164 I BGB durch BuB bevollmächtigt ist. Da der Erwerber wiederum in der Lage ist, sich den Besitz an den Kaufsachen zu verschaffen, genügt wiederum die Einigung zur Eigentumsübertragung (§§ 854 II, 929 S. 1 BGB).

b) Übereignung des Geldes von T an BuB. Die laut § 929 BGB notwendige Einigung erfolgt durch übereinstimmende Willenserklärungen, die die Zustimmungen des T in eigenem Namen und der J im Namen des BuB zur Übereignung des Geldes enthalten. Bei der Übergabe allerdings entsteht das Problem, dass § 164 BGB nur für Willenserklärungen und nicht für Realakte wie eine Übergabe gilt. Es ist also zu prüfen, inwiefern BuB selbst dadurch Besitz erlangt, dass J durch Einlegen in die Kasse Besitz an dem Geld erlangt hat, was gemäß § 929 BGB zur wirksamen Eigentumsübertragung erforderlich ist. Eine Besitzerlangung durch BuB könnte dann vorliegen, wenn zwischen BuB und J ein Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB besteht. Nach § 868 BGB besitzt nicht nur der unmittelbare Besitzer eine Sache, sondern auch derjenige, gegenüber dem der unmittelbare Besitzer aus einem Rechtsverhältnis auf Zeit zum Besitz berechtigt ist. Mittelbarer Besitzer ist danach, wer die tatsächliche Gewalt durch einen unmittelbaren Besitzer (Besitzmittler) für sich ausüben lässt; der mittelbare Besitz ist dem unmittelbaren Besitz rechtlich grundsätzlich gleichgestellt.³¹ Das Besitzmittlungsverhältnis kann bereits vor Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Besitzmittler begründet werden (antizipiertes Besitzkonstitut).³² Vorliegend ist in dem zwischen BuB und J bestehenden Akademieleitervertrag ein solches Besitzmittlungsverhältnis zu sehen, da der Akademieleitervertrag J nur für die Dauer der Akademie ein Besitzrecht einräumt, J jedoch grundsätzlich zur Herausgabe an BuB verpflichtet ist. In der Besitzerlangung am Geld durch J als Besitzmittlerin liegt folglich die Übergabe zwischen T und BuB (über J), BuB erlangt somit Eigentum.

V. Fallabwandlung 4 (Geschäfte mit Minderjährigen)

Die für den Kaufvertragsabschluss erforderlichen Willenserklärungen des BuB (durch J vertreten) und des T entsprechen denen des vorherigen Falls. Gegen die Wirksamkeit der Willenserklärung des T könnte jedoch sprechen, dass T zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses minderjährig im Sinne des § 2 BGB und damit beschränkt geschäftsfähig nach § 106 BGB war.

1. Verpflichtungsgeschäfte. Seine auf Kaufvertragsabschluss gerichtete Willenserklärung könnte daher gemäß § 107 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedürfen. Gesetzliche Vertreter des Minderjährigen sind nach § 1629 BGB seine Eltern. Deren Einwilligung (vorherige Zustimmung, § 183 BGB) liegt jedoch nicht vor.³³

Die Willenserklärung des T wäre nicht zustimmungsbedürftig und daher gleichwohl wirksam, wenn T durch das Rechtsgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erwerben würde (§ 107 Hs. 2 BGB). Bei der Frage nach dem rechtlichen Vorteil ist allein auf die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts abzustellen. Auf eine wirtschaftliche Betrachtung kommt es dagegen nicht an.³⁴ T hat mit dem Abschluss des Kaufvertrags nicht nur gemäß § 433 I S. 1 BGB einen Anspruch auf Übereignung der Lebensmittel erworben, sondern sich auch gleichzeitig nach § 433 II BGB zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Aus dieser Zahlungsverpflichtung ergibt sich für T ein rechtlicher Nachteil, also ist der Kaufvertrag für T nicht nur rechtlich vorteilhaft.

Da weder eine Einwilligung noch eine Genehmigung (nachträgliche Zustimmung, § 184 BGB) von den Eltern des T erteilt worden ist, ist der Kaufvertrag schwebend unwirksam.

Der Kaufvertrag könnte allerdings dadurch wirksam werden, dass T die Zahlung des Kaufpreises mit eigenen Mitteln gemäß § 110 BGB bewirkt. Eigene Mittel des Minderjährigen umfassen das Geld, welches ihm zu diesem

³¹ Schulze/Eckert aaO., § 868 Rn. 1, 3.

³² Jauernig/Jauernig aaO., § 868 Rn. 7.

³³ Allerdings könnten die Eltern ihrem minderjährigen Kind im Hinblick auf die "Hinweise für die Teilnehmer" auch eine Generaleinwilligung zum Kauf von Kioskartikeln erteilt haben; eine besondere gesetzliche Regelung hierzu enthält § 110 BGB - dazu unten.

³⁴ Palandt/Heinrichs aaO., § 107 Rn. 2.

Zweck oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden ist. Bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung ist davon auszugehen, dass T die Lebensmittel mit seinem Taschengeld gemäß § 110 BGB bezahlt. Mit Bewirkung der Kaufpreisverpflichtung ist der Kaufvertrag somit gemäß § 110 BGB wirksam. Vor Zahlung des Kaufpreises durch den Teilnehmer ist der Kaufvertrag jedoch schwebend unwirksam.

2. Verfügungsgeschäfte. Hinsichtlich der dinglichen Rechtsgeschäfte ist wiederum zwischen der Übereignung der Kioskartikel und der Übereignung des Geldes zu unterscheiden.

Die Einigung über die Übereignung der Kaufsachen erfolgt wiederum durch korrespondierende Willenserklärungen. Da durch die Übereignung der Lebensmittel etc. T lediglich das Eigentum an ihnen erwirbt, ohne dass für ihn Verpflichtungen aus dem Rechtsgeschäft hervorgehen, liegt in ihrer Übereignung für T lediglich ein rechtlicher Vorteil, so dass dieses dingliche Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit nicht der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter des T bedarf. Somit ist die Übereignung der Lebensmittel etc. von BuB auf T gem. § 107 BGB wirksam.

Hinsichtlich der Übereignung des Geldes führt § 110 BGB zur Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts.

3. Folgeprobleme bei Nichtentrichten des Kaufpreises. Zu klären bleibt, welche Ansprüche der J gegen T zustehen, sofern ein minderjähriger Teilnehmer sich lediglich in die Liste eingetragen, nicht aber gezahlt hat.

Da der Kaufvertrag - wie oben geprüft - mangels Zustimmung der gesetzlichen Vertreter des T bzw. mangels Bewirkung der dem T obliegenden Leistung (Kaufpreiszahlung) aus eigenen Mitteln schwebend unwirksam ist, besitzt BuB gegen T keinen Anspruch gegen T aus § 433 II BGB auf Zahlung des Kaufpreises.

BuB besitzt auch keinen Anspruch gegen T auf Herausgabe der Kaufsachen gemäß § 985 BGB, da dieser Anspruch voraussetzt, dass BuB noch Eigentümer der Lebensmittel etc. wäre. Trotz der schwebenden Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts war die Übereignung der Ware an den minderjährigen T jedoch - wie aufgezeigt - wirksam. BuB ist nicht mehr Eigentümer der Sachen, auf § 985 BGB kann sich BuB daher nicht mehr berufen.

BuB könnte gegen T jedoch gemäß § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der mitgenommenen Lebensmittel etc. besitzen, wenn T die Leistung ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Da der Kaufvertrag schwebend unwirksam ist, hat der T ohne rechtlichen Grund Eigentum erlangt. Somit hätte BuB gegen den T Anspruch auf Herausgabe der Kioskartikel. Sofern dem T eine Herausgabe nicht mehr möglich ist, etwa weil er die Lebensmittel bereits verzehrt hat, gibt § 818 II BGB dem BuB einen Anspruch auf Wertersatz.

3. Die undankbaren Golfer

(Hannah Roggendorf, Markus Thiem, Leonid Vogel)

Sachverhalt³⁵: V ist Präsident des Golfclubs Wiesental e.V. (C). Nach der Satzung des Clubs besteht der Vorstand aus dem Präsidenten, dessen Vertretungsbefugnis in der Satzung nicht näher geregelt ist. V will dem Club ein ihm gehörendes Grundstück zur Erweiterung des Golfplatzes schenken. Er schließt beim Notar einen ordnungsgemäßen notariellen Vertrag, in dem er sich verpflichtet, das Grundstück an den Club zu übereignen. Einen Monat später begibt sich V zum Notar, um die Auflassung zu erklären. Nach Vorlage der Auflassung wird der Verein im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Bei der nächsten Mitgliederversammlung steht die Neuwahl des Präsidenten an. V kandidiert, wird aber nicht wiedergewählt. Die Mitglieder werfen ihm vor, er habe durch seine Grundstücksschenkung die Wahl beeinflussen wollen. Sie fassen den Beschluss "Die Mitgliederversammlung missbilligt die Grundstücksschenkung". V ist darüber verärgert, dass ihm unredliche Motive unterstellt werden. Er vertritt deshalb nun gegenüber dem Club den Standpunkt, Schenkung und Übereignung des Grundstücks seien unwirksam.

Aufgaben: **1.** Ist der Club Eigentümer des Grundstücks geworden?

2. Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn das Grundstück im Wert von 200.000 Euro von V nicht verschenkt, sondern für 10.000 Euro an den Verein verkauft worden wäre?

Bearbeiterhinweis: Die Übereignung eines Grundstücks erfolgt durch Erklärung der Auflassung (= Einigung über Eigentumsübergang) und Eintragung (des Eigentümerwechsels in das Grundbuch) nach §§ 873, 925 BGB.

Gutachten

1. Wirksamkeit der Grundstücksübereignung im Ausgangsfall

Zu klären ist, ob C an dem Grundstück, das ursprünglich V gehört hatte, durch wirksame Übereignung gemäß §§ 873 I, 925 I S. 1 BGB Eigentum erworben hat.

a) Die Übereignung eines Grundstücks setzt eine Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang (Auflassung, § 925 I S. 1 BGB) und nach § 873 BGB die Eintragung der Rechtsänderung in

³⁵ Fall nach *Brehm*, Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Teil des BGB, 2. Aufl., Stuttgart 2002, Fall 9, S. 78.

das Grundbuch voraus. Da eine Eigentumsumschreibung im Grundbuch bereits erfolgt ist, stellt sich vorliegend allein die Frage, ob die beim zweiten Notarbesuch des V beurkundete Auflassung wirksam ist. Die Auflassung ist ein dingliches Rechtsgeschäft und setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen des Veräußerers und Erwerbers voraus, die jeweils auf die Übereignung des Eigentums gerichtet sind.³⁶ Eine Willenserklärung ist eine private Willensäußerung eines Rechtssubjekts, die deswegen Rechtsfolgen herbeiführt, weil diese als gewollt erklärt werden.³⁷ V hat im zweiten Notartermin zum einen die Willenserklärung abgegeben, das in seinem Eigentum stehende Grundstück an C zu übereignen. Zum anderen hat V im Namen des C die Willenserklärung abgegeben, dieses Übereignungsangebot anzunehmen. Es liegen folglich zwei korrespondierende, auf Eigentumsübertragung gerichtete Willenserklärungen vor.

b) Fraglich ist jedoch, ob die durch V im Namen des C erklärte Annahme des Angebots zur Grundstücksübereignung wirksam ist. V könnte hierbei den C gemäß § 164 I BGB wirksam vertreten haben. Nach § 26 II BGB vertritt V den C gerichtlich und außergerichtlich alleine, da er als Vorstand des Vereins C, welcher laut Satzung des C allein aus dem Präsidenten besteht, gesetzlicher Vertreter des Vereins ist. Da die Vereinssatzung die Vertretungsmacht des V nicht beschränkt, wirkt die im Namen des C erteilte Annahme des Übereignungsangebots somit grundsätzlich gemäß § 164 I BGB für und gegen C als Vertretenen.

c) Problematisch ist vorliegend jedoch die Tatsache, dass es sich bei der Übereignung des Grundstücks um ein unter Umständen unwirksames *Insichgeschäft* im Sinne des § 181 BGB handeln könnte. Ein Insichgeschäft liegt vor, wenn ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen kontrahiert, somit Personenidentität auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts besteht.³⁸ V handelt sowohl als Vertreter des C als auch in eigenem Namen. Bei der Auflassung handelt es sich somit um ein Insichgeschäft, welches nach § 181 BGB nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam ist.

aa) Das Insichgeschäft wäre wirksam, wenn eine Gestattung, insbesondere Zustimmung des Vertretenen vorliegt (§ 181 Alt. 1 BGB) oder wenn das Rechtsgeschäft lediglich der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient (§ 181 Alt. 2 BGB). Die Mitgliederversammlung als Vertretene hat weder eine Einwilligung (vorherige Zustimmung, § 183 BGB) noch eine Genehmigung (nachträgliche Zustimmung, § 184 BGB) erteilt, sondern sogar ihre Missbilligung geäußert.

bb) Es bleibt daher die zweite Alternative des § 181 BGB zu prüfen, nämlich die Frage, ob die Auflassung ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit diene. Beim ersten Notartermin könnte V mit C einen wirksamen Schenkungsvertrag abgeschlossen haben, der die der Auflassung zugrunde liegende Verbindlichkeit darstellen könnte.

Laut § 516 I BGB ist eine Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wobei sich beide Vertragsteile darüber einig sein müssen, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Eine Zuwendung ist die Verschaffung eines Vermögensvorteils³⁹, sie kann zum Beispiel in der Übereignung eines Grundstücks liegen. Auch ein Schenkungsvertrag setzt jedoch zwei korrespondierende Willenserklärungen der beiden Vertragsparteien voraus. V hat die Willenserklärung abgegeben, die Zuwendung unentgeltlich zu leisten, während C durch V als Vertreter dieses Angebot angenommen hat. Dieser Schenkungsvertrag erfüllt auch die gesetzliche Formvorschrift der §§ 311b I, 518, 128 BGB. Da V sowohl in eigenem als auch in fremdem Namen handelte, liegt freilich auch in dem Schenkungsvertrag ein Insichgeschäft nach § 181 BGB, weshalb auch insofern zu prüfen ist, ob die im Namen des C abgegebene Willenserklärung des V (Annahme des Schenkungsangebots) wirksam ist.

Das Insichgeschäft wäre wirksam, wenn eine Zustimmung des Vertretenen vorliegt oder wenn das Rechtsgeschäft lediglich der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient. Auch bezüglich des Schenkungsvertrags hat die Mitgliederversammlung als Vertretene weder eine Einwilligung noch eine Genehmigung erteilt, sondern sogar ihre Missbilligung geäußert. Der Sachverhalt bietet auch keinen Anhaltspunkt für das Bestehen einer Verbindlichkeit, zu deren ausschließlicher Erfüllung der Schenkungsvertrag hätte dienen können (§ 181 Alt. 2 BGB). Da somit keine der in § 181 BGB aufgeführten Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Insichgeschäfts vorliegen, wäre der Schenkungsvertrag als Insichgeschäft bei Zugrundelegung einer sich allein auf den Gesetzeswortlaut stützenden Auslegung des § 181 BGB unwirksam.

cc) Es stellt sich jedoch die Frage, ob im Hinblick auf den durch den Gesetzgeber mit § 181 BGB verfolgten Sinn und Zweck auch in weiteren als den in § 181 BGB aufgeführten Fällen von der Wirksamkeit eines Insichgeschäfts ausgegangen werden kann. § 181 BGB soll nämlich verhindern, dass der Vertretene gefährdet wird, weil der Vertreter beim Insichgeschäft sich typischerweise in einem Interessenkonflikt zwischen der Wahrung eigener und fremder Interessen (nämlich der Interessen der Vertretenen) befindet. Da bei Rechtsgeschäften, die für den Vertretenen lediglich mit einem rechtlichen Vorteil verbunden sind, ein solcher Interessenkonflikt generell ausgeschlossen ist, erscheint es überzeugend, im Wege einer teleologischen Reduktion des § 181 BGB auch solche Rechtsgeschäfte vom Verbot des Selbstkontrahierens auszunehmen, bei denen der Vertretene lediglich einen

³⁶ Schulze/Eckert, Handkommentar BGB, 5. Aufl., Baden-Baden 2007, § 873 Rn. 6.

³⁷ Schulze/Dörner aaO., Vorbem. § 116 Rn. 1.

³⁸ Vgl. Jauernig/Jauernig, BGB, 11. Aufl., München 2004, § 181 Rn. 3.

³⁹ Vgl. Jauernig/Mansel aaO., § 516 Rn. 4.

rechtlichen Vorteil erlangt.⁴⁰ Bei dem im ersten Notartermin zwischen C und V abgeschlossenen Schenkungsvertrag handelt es sich um ein solches für den C als Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft, da C als Beschenkter nur einen Übereignungsanspruch erwarb, ohne im Gegenzug eigene Verpflichtungen einzugehen (§ 516 I BGB).

V konnte den C somit bei Abschluss des Schenkungsvertrags wirksam vertreten, sodass in diesem Schenkungsvertrag eine wirksame Verbindlichkeit vorlag, zu deren Erfüllung die im zweiten Notartermin erklärte Auflassung diente. Bei der Auflassung war V daher aufgrund von § 181 Alt. 2 BGB vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit und konnte den C wirksam vertreten.

d) Da die Auflassung auch bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Beteiligten notariell beurkundet wurde - sowohl V als Veräußerer als auch C als Erwerber, vertreten durch V, waren anwesend -, war die Auflassung wirksam (§§ 925 I, 311b BGB). Mit der erfolgten Eintragung ist C daher Eigentümer des Grundstücks geworden.

2. Wirksamkeit der Grundstücksübereignung in der Fallabwandlung

Festzuhalten ist zunächst, dass sich auch hier angesichts der bereits erfolgten Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch allein die Frage stellt, ob die im zweiten Notartermin beurkundete Auflassung wirksam ist. Problematisch ist, ob V den C bei der Auflassung wirksam vertreten konnte, da es sich bei der Auflassung wie im ursprünglichen Sachverhalt auch um ein Insichgeschäft im Sinne des § 181 BGB handelt.

a) Da die Mitgliederversammlung die Übereignung ausdrücklich missbilligte, ist hier § 181 Alt. 2 BGB zu prüfen, ob die Auflassung *allein zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgte*. Mit der Auflassung wollte der V nunmehr nicht seine Verpflichtungen aus einem Schenkungs-, sondern aus einem Kaufvertrag erfüllen. Fraglich ist insofern, ob mit dem zwischen V und C abgeschlossenen Kaufvertrag eine wirksame Verbindlichkeit begründet worden ist.

Für das Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages über das Grundstück gemäß §§ 433, 311b BGB müssten wiederum zwei übereinstimmende, notariell beurkundete Willenserklärungen der Vertragsteile vorliegen. V hat in eigenem Namen das Angebot abgegeben, das Grundstück zu einem Preis von 10.000 Euro an den C zu übereignen, wohingegen V als Vertreter des C diesem zugestimmt hat. Es ist auch hier fraglich, ob V den C wirksam vertreten kann, da es sich wiederum um ein Insichgeschäft nach § 181 BGB handelt. Wie im ursprünglichen Sachverhalt liegt insofern weder eine Zustimmung des Vertretenen (C) vor (§ 181 Alt. 1 BGB), noch liegt in dem Kaufvertragsabschluss die Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 181 Alt. 2 BGB). Nach der bereits erörterten, im Rahmen der Auslegung des § 181 BGB gebotenen teleologischen Reduktion könnte das Insichgeschäft gleichwohl wirksam sein, wenn für C mit dem Kaufvertrag nur rechtliche Vorteile verbunden wären. Da sich C im Kaufvertrag jedoch dazu verpflichtet hat, einen Kaufpreis in Höhe von 10.000 Euro an V zu zahlen, begründet der Kaufvertrag für C trotz des günstigen Preises nicht nur einen rechtlichen Vorteil. V konnte wegen der Regelung des § 181 BGB daher den C nicht wirksam vertreten. Der zunächst schwebend unwirksame Kaufvertrag ist durch die seitens der Mitgliederversammlung erklärte Missbilligung endgültig unwirksam geworden. In der Auflassung lag somit - anders als im Ausgangsfall - keine Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 181 Alt. 2 BGB.

b) Nachdem hinsichtlich der Auflassung somit keine der beiden in § 181 BGB aufgeführten Alternativen greift, bleibt weiter zu prüfen, ob im Wege obiger teleologischer Reduktion das in der *Auflassung selbst* liegende Insichgeschäft gleichwohl wirksam sein könnte. Die Auflassung wäre wirksam, wenn sie für C als Vertretenen nur rechtliche Vorteile mit sich bringen würde. C erwirbt durch die Auflassung lediglich Eigentum an dem Grundstück, ohne dass für C dadurch Verpflichtungen entstünden. Aus der Auflassung resultiert für C somit lediglich ein rechtlicher Vorteil. Die Wirksamkeit der Auflassung scheitert somit nicht an § 181 BGB, die Übereignung des Grundstücks von V an C ist vielmehr auch in der Fallabwandlung wirksam.

4. Max & Moritz (Zweiter Streich)

(Lisa Hamacher, Sophia Klimanek, Antonia Neumann)

Sachverhalt⁴¹:

Zweiter Streich
Als die gute Witwe Bolte
Sich von ihrem Schmerz erholte,
Dachte sie so hin und her,
Daß es wohl das beste wär',
Die Verstorb'nen, die hienieden
Schon so frühe abgeschieden,
Ganz im stillen und in Ehren
Gut gebraten zu verzehren. -
- Freilich war die Trauer groß,

Als sie nun so nackt und bloß
Abgerupft am Herde lagen,
Sie, die einst in schönen Tagen
Bald im Hofe, bald im Garten
Lebensfroh im Sande scharren. -
Ach, Frau Bolte weint aufs neu,
Und der Spitz steht auch dabei.
Max und Moritz rochen dieses;
»Schnell aufs Dach gekrochen!« hieß es.
Durch den Schornstein mit Vergnügen

⁴⁰ Vgl. BGH, NJW 1985, 2407; Faust, BGB AT, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, § 28 Rn. 37.

⁴¹ Wilhelm Busch, Max und Moritz - eine Bubengeschichte in sieben Streichen, in: ders., Historisch-kritische Gesamtausgabe, bearb. u. hrsg. v. Friedrich Bohne, Hamburg 1959, Bd. 1, S. 350 ff.

Sehen sie die Hühner liegen,
Die schon ohne Kopf und Gurgeln
Lieblich in der Pfanne schmurgeln. -
Eben geht mit einem Teller
Witwe Bolte in den Keller,
Daß sie von dem Sauerkohle
Eine Portion sich hole,
Wofür sie besonders schwärmt,
Wenn er wieder aufgewärmt. -
- Unterdessen auf dem Dache
Ist man tätig bei der Sache.
Max hat schon mit Vorbedacht
Eine Angel mitgebracht. -
Schnupdiwup! da wird nach oben
Schon ein Huhn heraufgehoben.
Schnupdiwup! jetzt Numro zwei;
Schnupdiwup! jetzt Numro drei;
Und jetzt kommt noch Numro vier:
Schnupdiwup! dich haben wir!! -
- Zwar der Spitz sah es genau,
Und er bellt: Rauwau! Rawau!

Aber schon sind sie ganz munter
Fort und von dem Dach herunter. -
- Na! Das wird Spektakel geben,
Denn Frau Bolte kommt soeben;
Angewurzelt stand sie da,
Als sie nach der Pfanne sah.
Alle Hühner waren fort -
»Spitz!!« - das war ihr erstes Wort. -
»Oh, du Spitz, du Ungetüm!! -
Aber wart! ich komme ihm!!!«
Mit dem Löffel, groß und schwer,
Geht es über Spitzen her;
Laut ertönt sein Wehgeschrei,
Denn er fühlt sich schuldenfrei. -
- Max und Moritz, im Verstecke,
Schnarchen aber an der Hecke,
Und vom ganzen Hühnerschmaus
Guckt nur noch ein Bein heraus. -
Dieses war der zweite Streich,
Doch der dritte folgt sogleich.

Aufgaben: 1. Prüfen sie die Strafbarkeit der Beteiligten im "Zweiten Streich".

2. Prüfen Sie etwaige zivilrechtliche Ansprüche der *Witwe Bolte* gegen *Max & Moritz* (deren Deliktsfähigkeit ist zu unterstellen).

Gutachten

I. Anspruch der Witwe Bolte (W) gegen Max und Moritz auf Herausgabe der Hühner gemäß § 985 BGB

W könnte von Max und Moritz gemäß § 985 BGB die Herausgabe der Hühner verlangen, sofern W Eigentümerin und Max und Moritz Besitzer der Hühner sind und es sich bei den Hühnern um Sachen handelt.

a) Zu prüfen ist zunächst, ob die Hühner Sachen, nämlich körperliche Gegenstände (§ 90 BGB) sind. Gemäß § 90a S. 1 u. 3 BGB sind Tiere zwar keine Sachen, jedoch werden die für Sachen geltenden Vorschriften auf sie angewendet. Somit handelt es sich bei den Hühnern, zumal es sich um gebratene Hühner handelt, um Sachen im Sinne des § 985 BGB. W war Eigentümerin der Hühner. Sie hat das Eigentum an den Hühnern auch nicht an Max und Moritz gemäß § 929 I BGB durch Eigentumsübertragung verloren, da sie sich mit Max und Moritz weder über eine Eigentumsübertragung geeinigt, noch ihnen die Hühner übergeben hat.

b) Weiterhin zu prüfen ist, ob Max und Moritz die Besitzer der Hühner sind. Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache innehat (§ 854 I BGB). Es hat vorliegend ein Besitzerwechsel in Form einer verbotenen Eigenmacht (nach §§ 858 I, 856 I Alt. 2 BGB) stattgefunden, da Max und Moritz durch Angeln der Hühner der W gegen ihren Willen den Besitz entzogen und neuen, eigenen Besitz begründet haben. Somit sind Max und Moritz die Besitzer der Hühner und Schuldner des Herausgabeanspruchs aus § 985 I BGB.

c) Fraglich ist, ob Max und Moritz gemäß § 986 I S. 1 BGB die Herausgabe der Hühner verweigern könnten. Hierfür müssten sie jedoch dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt sein. Ein Recht zum Besitz kann unter anderem aus den schuldrechtlichen Beziehungen des Besitzers zum Eigentümer folgen. Es müsste zum Beispiel ein wirksames Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegen, aus dem der Besitzer gegenüber dem Eigentümer zum Besitz berechtigt ist, etwa ein wirksamer Miet- oder Kaufvertrag.⁴² Zwischen der W und Max und Moritz lag ein solches Rechtsverhältnis jedoch nicht vor, Max und Moritz haben somit kein Recht zum Besitz und können die Herausgabe der Hühner nicht verweigern. Demnach hat die W grundsätzlich einen Anspruch gegen Max und Moritz auf die Herausgabe der Hühner.

d) Jedoch ist die Herausgabe der Hühner nicht mehr möglich (Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit), da Max und Moritz die Hühner aufgeessen haben. Somit entfällt gemäß § 275 I BGB die primäre Leistungspflicht (Herausgabe), es kommen lediglich sekundäre Leistungspflichten (insbesondere Schadensersatz) in Betracht.

II. Schadensersatzansprüche der W gegen Max und Moritz aus § 823 I u. II BGB

W könnte gegen Max und Moritz gemäß §§ 992, 823 I bzw. 823 II BGB i.V.m. 242 StGB einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verlustes ihrer Hühner haben.

1. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass Max und Moritz sich durch verbotene Eigenmacht gemäß § 858 I BGB oder durch eine Straftat den Besitz an den Hühnern verschafft haben. Max und Moritz haben sich durch verbotene

⁴² Faust, BGB AT, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, § 6 Rn 4.

Eigenmacht den Besitz an den Hühnern verschafft, da sie der W den Besitz an den Hühnern gegen deren Willen entzogen haben. Zugleich machten sie sich mit dem Angeln der Hühner gem. § 242 StGB eines Diebstahls schuldig⁴³. Max und Moritz haften somit aufgrund der Rechtsgrundverweisung des § 992 BGB nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (§ 823 ff. BGB), deren Voraussetzungen nunmehr zu prüfen sind.

2. Voraussetzung einer Haftung gemäß § 823 I BGB ist die vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche Verletzung des Eigentums oder eines anderen absoluten Rechts.

a) Für die Schadensersatzpflicht wird im objektiven Tatbestand eine Rechtsgutsverletzung vorausgesetzt. Max und Moritz verletzen hier das geschützte Rechtsgut des Eigentums der W an den Hühnern. Der Schaden ist durch die Handlung von Max und Moritz adäquat-kausal verursacht worden. Insofern ist die Handlung haftungsbegründend.

b) Rechtfertigungsgründe für die Tat liegen nicht vor, daher ist sie rechtswidrig.

c) Die Deliktsfähigkeit ist laut Sachverhalt zu unterstellen. Es ist zu prüfen, ob Max und Moritz vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges.⁴⁴ Im Falle Max und Moritz liegt dolus directus ersten Grades, also Absicht, vor, da die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges Handlungsmotiv war.⁴⁵ Max und Moritz haben die Tat um der Wegnahme der Hühner willen begangen.

d) Da der Schaden, also der Verlust der Hühner, direkt auf die Tat zurückzuführen ist, liegt auch die erforderliche haftungsausfüllende Kausalität vor.

3. Nach § 823 II BGB ist derjenige zu Schadensersatz verpflichtet, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.

a) Max und Moritz haben (objektiv und subjektiv) tatbestandsmäßig sowie rechtswidrig und schuldhaft einen Diebstahl nach § 242 I StGB begangen.⁴⁶ Zu prüfen ist nun, ob sie damit gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB verstoßen haben. Ein Schutzgesetz ist nach § 2 EGBG jede Rechtsnorm, die den Charakter einer Ge- oder Verbotsnorm hat und den Schutz eines anderen bezweckt. Diebstahl im Sinne des § 242 StGB ist eine Rechtsnorm, die die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache verbietet und damit das Eigentum anderer schützt. Folglich haben Max und Moritz durch das Stehlen der Hühner ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB verletzt.

b) Diese Schutzgesetzverletzung geschah auch rechtswidrig und schuldhaft (vorsätzlich), sodass die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht nach § 823 II BGB dem Grunde nach erfüllt sind.

4. Art und Umfang des Schadensersatzes ergibt sich aus den §§ 249 ff. BGB.

a) Der Ersatzpflichtige hat wirtschaftlich den Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde (§ 249 I BGB). Laut § 249 II BGB könnte der Gläubiger, also die W, statt der Herstellung des ursprünglichen Zustandes auch den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen, wenn Schadensersatz wegen Beschädigung einer Sache, also der Hühner, zu leisten ist. Fraglich ist, ob eine Beschädigung der Hühner vorliegt. Hier wurden die Hühner verspeist, es liegt somit sogar eine Zerstörung vor. Bei der Zerstörung nicht vertretbarer Sachen kommt in der Regel nur noch Wertersatz in Betracht, anders bei vertretbaren Sachen, bei deren Zerstörung grundsätzlich lediglich Naturalrestitution gefordert werden kann.⁴⁷ Zu prüfen ist daher, ob Hühner vertretbare Sachen sind. Gemäß § 91 BGB sind vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Gebratene Hühner werden in der Regel gezählt oder gewogen und sind, da sie fortgeschafft werden können, beweglich. Es handelt sich bei gebratenen Hühnern folglich um vertretbare Sachen. Die W kann somit zunächst nur die wirtschaftliche Herstellung des ursprünglichen Zustandes, also Naturalrestitution in Form der Übereignung (anderer) gebratener Hühner, verlangen.

b) Nach § 250 BGB kann der Gläubiger dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Herstellung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn die Herstellung nicht rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist dann ausgeschlossen. Somit kann die W Max und Moritz zur Naturalrestitution eine Frist setzen. Halten sie diese nicht ein, hat sie die Möglichkeit, Schadensersatz in Geld zu verlangen.

c) Die W könnte sich außerdem auf § 251 BGB berufen, um Schadensersatz in Geld ohne Fristsetzung zu verlangen. Hierfür müsste die Herstellung nicht möglich, zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend (Abs. 1), oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sein (Abs. 2). Hühner sind vertretbare Sachen. Folglich ist die Herstellung möglich und die W kann sich nicht auf Absatz 1 berufen. Da die Aufwendungen zur Wiederherstellung den Wert der Hühner nicht unverhältnismäßig übersteigen, greift Absatz 2 ebenfalls nicht.

d) Zu prüfen ist schließlich, in welcher Höhe Max und Moritz jeweils der W gegenüber haften, ob jeder der beiden anteilig haftet, oder ob es der W freisteht, sich wegen ihres gesamten Schadens an einen der beiden zu halten.

Gemäß § 830 I BGB gilt, dass dann, wenn mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht haben, jeder für den gesamten Schaden verantwortlich ist. Max und Moritz könn-

⁴³ Vgl. Günther, Der Fall Max & Moritz, Frankfurt a. Main 1988, S. 33.

⁴⁴ Schulze/Schulze, Handkommentar BGB, 5. Aufl., Baden-Baden 2007, § 276 Rn. 6.

⁴⁵ Schulze/Schulze aaO., § 276 Rn. 9.

⁴⁶ Näher Günther aaO., S. 30 ff.

⁴⁷ Schulze/Schulze aaO., § 249 Rn. 11.

ten gemäß § 830 I BGB Mittäter sein. Es ist davon auszugehen, dass Max und Moritz die Handlung gemeinschaftlich begangen haben. Wer von beiden Beteiligten den konkreten Schaden letztendlich verursacht hat, wer von beiden also die Hühner entwendet und verzehrt hat, ist im Fall der Nichtfeststellbarkeit, der hier vorliegt, irrelevant (Satz 2).

Sowohl Max und Moritz haften somit für den gesamten Schaden. Die W kann jedoch gemäß §§ 840, 421 BGB ihren Schaden insgesamt nur einmal verlangen, denn gemäß § 840 I BGB haften mehrere Personen, die durch eine unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht haben und dafür nebeneinander verantwortlich sind, als Gesamtschuldner, was zur Folge hat, dass gemäß § 421 I BGB der Gläubiger, hier die W, von Gesamtschuldnern die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern kann, insgesamt jedoch nur einmal. (Die Haftung im Innenverhältnis zwischen Max und Moritz, also die Frage, in welchem Verhältnis Max und Moritz untereinander haften, bestimmt sich hingegen nach § 426 BGB.)

III. Anspruch der W gegen Max und Moritz wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gem. § 826 BGB

Die W könnte gegen Max und Moritz einen Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB haben, wenn die beiden ihr in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt haben.

a) Max und Moritz haben der W die Hühner weggenommen, es liegt somit eine Kausalität zwischen der Tathandlung und dem bei W eingetretenen Schaden (Verlust der Hühner) vor.

b) Max und Moritz handelten mit Absicht, also vorsätzlich.

c) Fraglich ist, ob Max und Moritz mit ihrer Tat gegen die guten Sitten verstießen. Die guten Sitten bestimmen sich nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen.⁴⁸ Hier ist im Rahmen der erforderlichen Einzelfallbetrachtung zu berücksichtigen, dass Max und Moritz der Witwe bewusst einen Schaden zufügten, um sie zu ärgern, nicht etwa, weil sie selbst Hunger litten. Von einem bloßen Kinderstreich ist auch nicht auszugehen, da es sich beim Angeln der Hühner um einen Diebstahl und damit um eine Straftat handelt. Max und Moritz waren mindestens vierzehn Jahre alt (Deliktsfähigkeit). Es ist ihnen daher durchaus zuzumuten, die Schwere und Folgen ihrer Tat zu erfassen. Außerdem beanstandete nach *Wilhelm Busch* die Gesellschaft die Taten von Max und Moritz. Der Diebstahl ist daher als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB anzusehen.

d) Die W kann sich somit auf § 826 BGB berufen und Schadensersatz fordern. Art und Umfang bestimmen sich auch hier nach § 249 BGB, mit gleichem Ergebnis (s.o.). Max und Moritz haften wiederum als Gesamtschuldner.

IV. Anspruch der W gegen Max und Moritz aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB)

Die W könnte gegen Max und Moritz gemäß § 812 I S. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Hühner besitzen. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass Max und Moritz durch die Leistung der W (Alt. 1) oder in sonstiger Weise (Alt. 2) auf deren Kosten den Besitz an den Hühnern ohne rechtlichen Grund erlangt haben.

a) Leistung ist die bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.⁴⁹ Die W hat die Hühner nicht an Max und Moritz abgegeben. Eine Leistung der W lag somit nicht vor. Max und Moritz haben den Besitz an den Hühnern jedoch in sonstiger Weise erlangt und zwar durch Eingriff in die Eigentumsrechte der W. Da sie kein Recht zum Besitz hatten, haben sie die Hühner auch ohne rechtlichen Grund erlangt. Dem Grunde nach hat die W daher gegen Max und Moritz einen Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB auf Herausgabe des Erlangten.

b) Den Umfang des Bereicherungsanspruchs regelt § 818 BGB. Nach § 818 II BGB haben Max und Moritz den Wert des Erlangten zu ersetzen, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht mehr möglich ist. Durch den Verzehr der Hühner ist die Herausgabe unmöglich. Somit hätten Max und Moritz grundsätzlich den Wert der gebratenen Hühner zu ersetzen.

Fraglich ist jedoch, ob nach § 818 III BGB die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen ist, weil Max und Moritz nicht mehr bereichert sind. Der Fall der Entreicherung tritt ein, wenn weder das ursprünglich Erlangte, noch dessen Wert unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten im Vermögen des Bereicherungsschuldners vorhanden sind. Zum Wegfall der Bereicherung führt unter anderem der Verbrauch des Erlangten.⁵⁰ Durch den Verbrauch, also den Verzehr, der Hühner sind Max und Moritz um das ursprünglich Erlangte entreichert. Eine Ansicht stellt jedoch darauf ab, dass sich der Geldbetrag, den Max und Moritz hätten zahlen müssen, wenn sie die Hühner gekauft und nicht gestohlen hätten, noch in ihrem Vermögen befindet (ersparte Aufwendung). Nach dieser Ansicht sind Max und Moritz auch nach Verzehr der Hühner noch um den Wert des Erlangten bereichert, es läge danach folglich kein Fall der Entreicherung gemäß § 818 III BGB vor. Nach anderer Ansicht verbietet sich jedoch die Annahme einer solchen Ersparnisbereicherung, weil der Bereicherungsausgleich lediglich eine ungerechtfertigte Vermögensmehrung beseitigen, nicht aber darüber hinaus eine Vermögensminderung herbeiführen soll.⁵¹ Dieser Meinungsstreit muss jedoch letztlich nicht entschieden werden. Da nämlich Max und Moritz bei der deliktischen Erlangung der gebratenen Hühner wussten, dass sie diese rechtsgrundlos erlangen, haften sie gemäß §§ 819 I, 818 I BGB verschärft und können sich nicht auf § 818 III

⁴⁸ St. Rspr., *BGH*, ZIP 2004, 1589; NJW 1991, 914.

⁴⁹ Schulze/Schulze aaO., § 812 Rn. 5.

⁵⁰ Schulze/Schulze aaO., § 818 Rn. 10.

⁵¹ Schulze/Schulze aaO., § 818 Rn. 9; *Medicus*, Schuldrecht, 13. Aufl., München 2006, Rn. 680.

BGB (Entreicherung) berufen. Somit hat die W gegen Max und Moritz auch einen Anspruch aus §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB.

V. Ergebnis

Max und Moritz können von der W auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden (§§ 992, 823 I bzw. II BGB i.V.m. § 242 StGB; § 826 BGB sowie §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II u. IV, 819 I BGB).

5. Verirrte Schafe

(Sebastian Klein, Benjamin Goehl, Benedict Kaiser)

Sachverhalt⁵²: Der Schäfer Aristeus (A) zog viele Jahre mit seiner Herde von etwa 600 bis 800 Schafen durch Nordbaden und Nordwürttemberg, wo er in sechs Fällen Wiesengrundstücke ohne Erlaubnis durch seine Tiere abweiden ließ.

Aufgabe: Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht?

Gutachten

I. A könnte sich dadurch, dass er seine Schafe wiederholt unerlaubt auf Grundstücken anderer Leute weiden ließ, des Diebstahls gemäß §§ 242 Abs. 1, 248a StGB schuldig gemacht haben. Dies setzt voraus, dass er eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen hat, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen.

1. Objektiver Tatbestand. a) Zunächst ist zu klären, ob das Tatobjekt - das Gras - eine fremde bewegliche Sache ist. Eine Sache ist ein körperlicher Gegenstand. Körperlich ist sie, wenn sie in fassbarer Weise abgegrenzt ist.⁵³ Gras lässt sich mit der Hand anfassen, also ist es eine Sache. Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegbar ist. Solange das Gras noch mit dem Boden verbunden ist, ist es unbeweglich. Problematisch ist im vorliegenden Fall, dass das Gras erst durch die Tathandlung beweglich wird. Dem Wortlaut des Gesetzes könnte zu entnehmen sein, dass der Tatbestand des Diebstahls die Wegnahme einer bereits vor der Tathandlung beweglichen Sache voraussetzt (Präzedenzprinzip).⁵⁴ Dagegen spricht allerdings, dass auch Sachen, die erst durch die Tathandlung beweglich gemacht werden, vor Wegnahme geschützt werden müssen. Daher sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können, als beweglich im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB anzusehen.⁵⁵ Eine Sache ist fremd, wenn sie im Eigentum eines Anderen steht.⁵⁶ Das Abweiden der Wiesengrundstücke hätte laut Sachverhalt einer Erlaubnis bedurft. Daher ist davon auszugehen, dass sich besagte Grundstücke im Eigentum anderer Personen als A befinden. Das Gras ist Bestandteil der Grundstücke und steht daher ebenfalls in fremdem Eigentum. Folglich ist das Gras eine fremde bewegliche Sache.

b) Weiterhin müsste diese Sache weggenommen worden sein. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams; Gewahrsam ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft.⁵⁷ Die Eigentümer der Grundstücke müssten also die tatsächliche Sachherrschaft inne gehabt haben. Dadurch, dass sie ihre Grundstücke jederzeit aufsuchen und somit ihre Sachherrschaft ausüben können, haben sie generellen Gewahrsam an ihren Grundstücken. Durch das Abreißen des Grases müsste A den Gewahrsam der Grundstückseigentümer gebrochen haben. In dem Moment, in dem die Schafe, die ähnlich einer Sense als Werkzeug des A fungierten, das Gras vom Boden abrissen und im Maul hielten, hatten die Eigentümer nicht mehr ohne weiteres die Möglichkeit, an ihr Gras heranzukommen. Ihr Gewahrsam wurde also gegen ihren Willen gebrochen. A müsste sodann eigenen Gewahrsam an dem Gras begründet haben. Da die Schafe das Gras fraßen, müsste dies also durch die Schafe geschehen sein und er nicht nur den Willen, sondern auch die Möglichkeit gehabt haben, Herrschaftsgewalt über die Schafe auszuüben. Maßgebend für die Zuordnung von Gewahrsam ist die Verkehrsanschauung, die sich in erster Linie an räumlichen Herrschaftssphären orientiert.⁵⁸ Der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache dürfen keine Hindernisse entgegenstehen.⁵⁹ Ein Schäfer hat jederzeit die Möglichkeit, auf seine Schafe einzuwirken, ob nun persönlich oder durch seine Hunde. Hätte der Schäfer keine Gewalt über seine Tiere, so könnte er sie kaum von Weide zu Weide treiben. Trotz einer gewissen räumlichen Trennung und der damit verbundenen Gewahrsamslockerung behält er den

⁵² Vgl. LG Karlsruhe, NStZ 1993, 543.

⁵³ Kindhäuser, Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2006, § 242 Rn. 5.

⁵⁴ Streng, Das Tatobjekt als Bezugspunkt der Tathandlung, JuS 2002, 454.

⁵⁵ Vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 29. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 67; siehe auch RGSt 23, 71 (74).

⁵⁶ Wessels/Hillenkamp aaO., Rn. 68.

⁵⁷ Kindhäuser aaO., § 242 Rn. 20 f.

⁵⁸ Kindhäuser aaO., § 242 Rn. 22.

⁵⁹ Schönke/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl., München 2006, § 242 Rn. 25.

Gewahrsam auch bei frei weidenden Tieren.⁶⁰ Somit hat A mittels seiner Schafe eigenen, neuen Gewahrsam am Gras begründet.

Der objektive Tatbestand des Diebstahls ist damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand. a) A müsste außerdem vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz bedeutet Wissen und Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale.⁶¹ Es kam dem A darauf an, dass seine Schafe das Gras auf der fremden Weide abweiden. Er handelte somit absichtlich (dolus directus ersten Grades).

b) Weiterhin müsste A mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Zueignung ist die Inbesitznahme einer Sache mit dem Willen, sie (zumindest vorübergehend) als eigene zu besitzen (Aneignung) und dem Eigentümer dauerhaft vorzuenthalten (Enteignung).⁶² Dadurch, dass A seine Tiere das Gras fressen ließ, wollte er es in Besitz nehmen und es seinem Vermögen dauerhaft einverleiben. Es ist nach dem Fressen von Gras unmöglich, dieses seinem Eigentümer zurückzugeben. Daher ist ebenfalls der Wille des A zu bejahen, das Gras den Eigentümern dauerhaft vorzuenthalten. Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn die Inbesitznahme der Sache als eigene durch den Täter gegen die dingliche Rechtslage verstößt und auch nicht durch einen Übereignungsanspruch gedeckt ist.⁶³ Vor der Tat waren die Grundstückseigner Eigentümer des Grases. Außerdem lag kein Übereignungsanspruch des A vor. Dieser Umstände war sich A bewusst, weshalb auch der Vorsatz im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung bejaht werden kann.

Der subjektive Tatbestand des Diebstahls ist somit erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit. A müsste außerdem rechtswidrig gehandelt haben. Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, so dass die Tat rechtswidrig ist.

4. Schuld. Zudem müsste A schuldhaft gehandelt haben. Dies setzt die Schuldfähigkeit des A und ein Nichtvorliegen von Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründen voraus. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass die Schuldfähigkeit des A in irgendeiner Weise beeinträchtigt ist. Auch liegen keine Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe vor. A hat also schuldhaft gehandelt.

5. Strafantrag. Zu prüfen bleibt noch, ob es sich bei dem Gras um eine geringwertige Sache handelt, da davon gemäß § 248a StGB das Erfordernis eines Strafantrages abhängt. Während die Literatur und die instanzgerichtliche Rechtsprechung die Geringwertigkeitsgrenze heute meist bei 50 Euro ansetzen⁶⁴, geht die höchstrichterliche Rechtsprechung nach wie vor von 25 Euro als Grenzwert aus.⁶⁵ Dem wird trotz der Inflation zu folgen sein. Im gegebenen Fall ist, wenn der Grenzwert unterschritten wird und kein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft bejaht wird, ein Strafantrag erforderlich.

II. Als nächstes käme eine Strafbarkeit des A wegen Sachbeschädigung durch das Abreißen und Fressen des Grases und das Zertrampeln und Verkoten des Bodens gemäß §§ 303 Abs. 1 u. 2, 303c StGB in Betracht.

1. Objektiver Tatbestand. a) Dies setzt voraus, dass A eine fremde Sache beschädigt oder zerstört hat. Zerstörung ist die völlige Aufhebung der Brauchbarkeit einer Sache.⁶⁶ Das Gras, eine fremde Sache (s. oben I.1.a)), wurde durch die Schafe gefressen und damit seine Brauchbarkeit aufgehoben, da Gras nur einmal gefressen werden kann. Fraglich ist jedoch, ob der bestimmungsgemäße Verbrauch einer Sache eine Sachbeschädigung darstellt. Legt man § 303 Abs. 1 StGB wörtlich aus, so ist dies zu bejahen, da der Verbrauch einer Sache - ob bestimmungsgemäß oder nicht - zu einer Substanzverletzung führt und somit als Sachbeschädigung anzusehen ist.⁶⁷ Nach wohl herrschender Meinung ist dies jedoch mangels einer sachwidrigen Einwirkung zu verneinen.⁶⁸ In unserem Fall wurde das Gras insoweit seiner Bestimmung zugeführt, als es von Nutztieren gefressen wurde, wenn auch nicht von denjenigen, die es eigentlich fressen sollten. Infolgedessen liegt keine Sachbeschädigung an dem Gras vor.

Jedoch kann durch das Zertrampeln und Verkoten der Weide sowie Entwurzeln von Gras eine Beschädigung der Weide (einer fremden Sache) verursacht worden sein. Beschädigung ist die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit einer Sache.⁶⁹ Der zertrampelte, verkotete und zerfurchte Boden kann vor seiner natürlichen Regeneration für einige Zeit nicht als Weideland genutzt werden und ist insoweit nicht nur unerheblich in seiner Brauchbarkeit beeinträchtigt. Folglich liegt insoweit eine Beschädigung vor.⁷⁰

b) Weiterhin könnte das Zertrampeln und Verkoten des Bodens unter § 303 Abs. 2 StGB fallen. Der Gesetzgeber hat allerdings den Absatz 2 in das StGB eingefügt, um eine dem Gestaltungswillen des Eigentümers zuwider-

⁶⁰ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* aaO., Rn. 80.

⁶¹ *Kindhäuser* aaO., § 15 Rn. 12.

⁶² *Kindhäuser* aaO., § 242 Rn. 63.

⁶³ *Kindhäuser* aaO., § 242 Rn. 120.

⁶⁴ *OLG Zweibrücken*, NStZ 2000, 536; *OLG Hamm*, NJW 2003, 3145; *Lackner/Kühl* aaO., § 248a Rn. 3.

⁶⁵ *BGH*, Beschl. v. 9.7.2004 - 2 StR 176/04 = BGHR StGB § 248a - Geringwertigkeit 1; vgl. auch *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl., München 2007, § 248a Rn. 3.

⁶⁶ *Tröndle/Fischer* aaO., § 303 Rn. 14.

⁶⁷ Vgl. *Kindhäuser* aaO., § 303 Rn. 27.

⁶⁸ Vgl. *OLG Frankfurt/Main*, Urt. v. 20.5.2003 - 2 Ss 39/D3 = NStZ 2004, 687; *Tröndle/Fischer* aaO., § 303 Rn. 12a.

⁶⁹ *Tröndle/Fischer* aaO., § 303 Rn. 6.

⁷⁰ Ebenso *LG Karlsruhe*, NstZ 1993, 543 (544). Zu (hier nicht zu beachtenden) landesrechtlichen Besonderheiten siehe *OLG Stuttgart*, NStZ-RR 2002, 47 und Art. 4 EGStGB i.V.m. § 28 (bw.) LLG.

laufende bloße Veränderung der äußeren Erscheinung und Form einer Sache den Tathandlungen des Abs. 1 gleichzusetzen.⁷¹ Geschieht die Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes jedoch durch eine Handlung, die die Sache zugleich beschädigt oder zerstört, tritt die hiermit typischerweise verbundene Veränderung zurück⁷², weshalb nach vorherrschender Meinung Absatz 2 nur greift, sofern der Tatbestand des Absatzes 1 nicht erfüllt ist.

2. Subjektiver Tatbestand. A müsste zudem vorsätzlich gehandelt haben. A wusste, dass die Hufe von 600 bis 800 Schafen dem Boden Schaden zufügen würden. Außerdem hat er die Schafe absichtlich auf die besagten Grundstücke getrieben, um sie grasen zu lassen, wobei er um die notwendige Beschädigung des Bodens zumindest in seiner laienhaften Parallelwertung wußte und dies billigend in Kauf nahm. Er handelte somit (zumindest bedingt) vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit / Schuld. A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafantrag. A hat sich also gemäß § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, wobei die Tat allerdings nach § 303c StGB nur auf Antrag der Geschädigten verfolgt werden kann, da vorliegend wohl kein besonderes öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung besteht.

III. Die durch dieselbe Handlung verwirklichte Sachbeschädigung (der Weide) steht hier mit dem Diebstahl (des Grasses) in Tateinheit (§ 52 StGB).

6. Der Spanner-Fall

(Eva Barnewitz, Cara Möllerfeld, Philine Kranich, Ruth Weber)

Sachverhalt⁷³: Im Jahre 1975 bemerkten H und seine Ehefrau (E) dreimal, dass ihnen auf unerklärliche Weise aus der Wohnung Geld abhanden kam. Im April 1976 erwachte die E nachts im Schlafzimmer dadurch, dass jemand sie an der Schulter berührte. Sie sah im Halbdunkel einen Mann, der sich alsbald leise entfernte. H, von der E verständigt, sah im Wohnzimmer den später Verletzten (S) stehen, den er damals nicht kannte. Der Eindringling flüchtete sofort; H setzte ihm nach, konnte ihn jedoch nicht erreichen. Er ließ nach diesen Vorfällen am Gartentor eine Alarmanlage anbringen und erwarb eine Schreckschusspistole.

Etwa sechs Wochen später ertönte abends das Signal der Alarmanlage. H ergriff die Schreckschusspistole und lief in den Garten. Dicht neben sich bemerkte er denselben Mann, den er früher im Wohnzimmer gesehen hatte. Er gab einen Schuss aus der Schreckschusspistole ab, S flüchtete wiederum. H verfolgte ihn, verlor ihn jedoch aus den Augen. Er zeigte die Vorkommnisse der Polizei an, die zum Erwerb eines Waffenscheins und einer Schusswaffe riet. Die Eheleute befürchteten, dass der Eindringling es auf die E oder auf die Kinder abgesehen habe. Ihre Angst steigerte sich derart, dass sie abends fast nie mehr gemeinsam ausgingen, auf Theaterbesuche und die Teilnahme an Veranstaltungen verzichteten und keine Einladungen mehr annahmen. Zeitweise traten bei ihnen Schlafstörungen auf. Die E, die eine Arztpraxis betreibt, befürchtete, wenn sie zu nächtlichen Hausbesuchen gerufen wurde, jemand lauere ihr auf. H ließ hierauf eine der E gehörende Pistole instandsetzen und nahm sie mit deren Einverständnis in Besitz, obwohl er die dazu erforderliche behördliche Erlaubnis nicht hatte.

Am 29.4.1977 ertönte gegen 2.30 Uhr wieder die Alarmanlage. H und E verhielten sich ganz ruhig und erbaten telefonisch polizeiliche Hilfe. Bevor diese eintraf flüchtete der Eindringling. Am 9.9.1977 erwachte H gegen 1.50 Uhr durch ein Geräusch und sah am Fußende seines Bettes einen Mann stehen. Mit einem Schrei sprang er aus dem Bett, ergriff die Pistole und lud sie durch. Der Mann wandte sich zur Flucht, der H lief hinterher. Wieder war der Eindringling schneller als er. H rief mehrfach "Halt oder ich schieße" und schoss schließlich, da S nicht stehenblieb, zweimal in Richtung auf die Beine des Flüchtenden. Er wollte den Eindringling dingfest machen und so der für die Familie des H unerträglichen Situation ein Ende bereiten. H traf den S in die linke Gesäßhälfte und in die linke Flanke.

Aufgabe: Strafbarkeit des H (nach heutigem Recht, ohne Vergehen nach dem Waffengesetz)?

Gutachten

1. Hat sich H wegen Gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 u. 5 StGB strafbar gemacht?

a) Objektiver Tatbestand. aa) Fraglich ist zunächst, ob eine Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB vorliegt. Körperverletzung begeht, wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt. Körperliche Misshandlung ist eine üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁷⁴ Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes, gleichgültig, auf welche Art

⁷¹ Wessels/Hillenkamp aaO., Rn. 11a.

⁷² Wessels/Hillenkamp aaO., Rn. 31a.

⁷³ Vgl. BGH, NJW 1979, 2053.

⁷⁴ Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., München 2007, § 223 Rn. 4.

und Weise er verursacht wird und ob das Opfer dabei Schmerz empfindet.⁷⁵ Durch die Schusswaffenverletzung liegt sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung des S vor. Der objektive Tatbestand der Körperverletzung ist somit erfüllt.

bb) Des Weiteren könnte in diesem Zusammenhang ein Qualifikationsmerkmal der Gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 u. 5 StGB vorliegen. In Betracht kommen die Begehung mittels eines Werkzeuges oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung. Durch den Gebrauch der Schusswaffe ist der objektive Tatbestand der Gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt. Für eine lebensgefährdende Behandlung genügt nach der Rechtsprechung die objektive Eignung der Behandlung zur Lebensgefährdung; eine konkrete Gefahr braucht nicht eingetreten zu sein.⁷⁶

H zielte nur auf die Beine und es kam nicht zu einer extremen Verfehlung des Zieles, so dass keine Lebensgefährdung bestand. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB trifft in diesem Falle somit nicht zu.

cc) Die Handlung, die den Erfolg kausal herbeigeführt hat, lag in dem Gebrauch der Schusswaffe durch H. Der Erfolg ist ihm auch objektiv zurechenbar.

b) Subjektiver Tatbestand. H müsste vorsätzlich gehandelt haben. Tatbestandsvorsatz (§ 15 StGB) bedeutet das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.⁷⁷ Durch das Mitführen der Schusswaffe und das darauf folgende Zielen und Schießen auf S zeigt sich deutlich sein vorsätzliches Handeln. Er handelte hier absichtlich.

c) Rechtswidrigkeit. aa) Fraglich ist, ob H nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO berechtigt war, S vorläufig festzunehmen. Dies trifft nur dann zu, wenn jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird und er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann. Dies trifft in diesem Fall zu, da H den S in seinem Schlafzimmer auf frischer Tat antraf, dieser flüchtete und H die Identität des S nicht feststellen konnte. Durch diesen Paragraphen wird jedoch nur das Drohen mit einer Schusswaffe und die Abgabe von Warnschüssen gerechtfertigt, nicht aber das gezielte Schießen auf den fliehenden Täter zum Zweck der Festnahme.⁷⁸ H war somit nicht befugt, bei der Festnahme mit der Waffe zu schießen.

bb) Weiter ist zu prüfen, ob Notwehr nach § 32 StGB vorliegt. Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Angriff ist die von einem Menschen drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.⁷⁹ Der Angriff ist rechtswidrig, wenn das objektive Recht das Angriffsverhalten negativ bewertet, d.h. als Handlungsunwert missbilligt.⁸⁰ Gegenwärtig ist der Angriff von seinem unmittelbaren Bestehen bis zu seinem vollständigen Abschluss.⁸¹ Da S sich schon zur Flucht gewandt hatte, lag kein gegenwärtiger Angriff mehr vor, und somit ist Notwehr nach § 32 Abs. 2 StGB nicht anwendbar.

cc) Unter den gegebenen Umständen ist jedoch zu erwägen, ob eine sog. notwehrähnliche Lage vorlag. Als notwehrähnliche Lage bezeichnet man die präventive, anders nicht mögliche Abwehr künftiger Angriffe. Da aber der Rechtfertigungsgrund der Notwehr schon einen sehr weiten Anwendungsbereich abdeckt und sehr weitgehende Eingriffsbefugnisse einräumt, muss eine erweiternde Anwendung auf Präventivmaßnahmen zur Abwendung einer Gefahr, die noch gar nicht eingetreten ist, ausscheiden.⁸²

dd) Als Nächstes ist zu prüfen, ob das Verhalten des H mittels Rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) zu rechtfertigen ist. Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden. Eine Gefahr ist ein Zustand, in dem nach den konkreten Umständen der Eintritt des Schadens nahe liegt.⁸³ Eine Gefahr lag in diesem Fall vor, da mit einer späteren Wiederkehr des S zu rechnen war. Gegenwärtig ist eine Gefahr dann, wenn nach menschlicher Erfahrung der ungewöhnliche Zustand bei natürlicher Weiterentwicklung jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, wenn also der Eintritt eines Schadens sicher oder doch höchstwahrscheinlich ist, sofern nicht sofort Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.⁸⁴ Eine Gefahr im Sinne des § 34 StGB kann auch eine Dauergefahr sein. Gemeint ist damit ein gefahrdrohender Zustand von längerer Dauer, der jederzeit in eine Rechtsgutbeeinträchtigung umschlagen kann, ohne aber die Möglichkeit auszuschließen, dass der Eintritt des Schadens noch eine Weile auf sich warten lässt. Allerdings muss die Dauergefahr so dringend sein, dass sie nur durch unverzügliches Handeln wirksam abgewendet werden kann.⁸⁵ In diesem Falle ist von einer Dauergefahr zu sprechen, da H und E wiederholt von S aufgesucht wurden und ständig mit einem erneuten Eindringen des S in ihre Privatsphäre

⁷⁵ Lackner/Kühl aaO., § 223 Rn. 5.

⁷⁶ Lackner/Kühl aaO., § 223 Rn. 8.

⁷⁷ Lackner/Kühl aaO., § 15 Rn. 3.

⁷⁸ Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl., München 2007, § 127 Rn. 15.

⁷⁹ Lackner/Kühl aaO., § 32 Rn. 2.

⁸⁰ Lackner/Kühl aaO., § 32 Rn. 5.

⁸¹ Lackner/Kühl aaO., § 32 Rn. 4.

⁸² Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2005, § 7 Rn. 42.

⁸³ Lackner/Kühl aaO., § 34 Rn. 2.

⁸⁴ Lackner/Kühl aaO., § 34 Rn. 2.

⁸⁵ Wessels/Beulke aaO., Rn. 306.

rechnen mussten. Somit konnten sie auch nie abschätzen, wann eine erneute Belästigung durch S auftrete. Weiterhin darf die Gefahr nicht anders abwendbar sein. Dieses trifft zu, da H vor der Nutzung der Schusswaffe bereits die Alarmanlage installiert, ferner eine Schreckschusspistole zur Gefahrenabwehr gebraucht sowie die Polizei verständigt hatte. Weiterhin besagt § 34 StGB, dass eine Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut betroffen sein muss. Die Gesundheit der Eheleute wurde durch den S geschädigt, da Schlafstörungen und Angstattacken Folgen des Spannens waren, was unter die Gefährdung des Leibes fällt. Freiheit meint in diesem Zusammenhang die Bewegungsfreiheit. Diese wäre nur eingeschränkt gewesen, wenn H und E in ihrem Haus von S festgehalten worden wären. Eine Gefahr für die Freiheit der Eheleute bestand in diesem Fall nicht.⁸⁶ Als Eigentum bezeichnet man die umfassende rechtliche Herrschaftsmacht über eine Sache. Indem S den Eheleuten auch kleine Geldbeträge entwendete, lag auch eine Eigentumsgefährdung vor. Als weitere Rechtsgüter werden auch die Privatsphäre und das Hausrecht der Familie des H von § 34 StGB erfasst. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 2 i.V.m. 1 Abs. 1 GG schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Durch das Eindringen des S in die Privatsphäre des H wurde dessen freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt. Das Hausrecht ist das Interesse an ungestörter Betätigung des eigenen Willens in der Wohnung oder den übrigen Schutzbereichen unter dem Aspekt, nicht durch die Anwesenheit Unbefugter gestört zu werden.⁸⁷ Auch dieses Recht wurde durch den S verletzt, da er immer wieder in das Haus der Familie eindrang.

Zu prüfen ist nun, ob bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Die Abwägung zwischen dem drohenden Schaden und der bevorstehenden Gefahr erfordert eine genaue Betrachtung der Interessen des S und der des H sowie eine Einbeziehung der Folgen ihres Handelns. Nur so lässt sich ein Ergebnis finden, da unklar ist, wessen Interessen wesentlich überwiegen. Wesentlich meint in diesem Sinne eindeutig.⁸⁸ Das Interesse des S bestand in seiner körperlichen Unversehrtheit. Das Interesse des H dagegen lag in der Festnahme des S und somit der Prävention weiterer Übergriffe auf seine Privatsphäre und die seiner Familie sowie auf ihre Gesundheit und ihr Eigentum. Dafür ist zunächst die Gefährlichkeit des S genau zu betrachten. Da von S keine direkte Gefahr durch Aggressivität bzw. Gewalt ausging und er nicht jeden Tag das Ehepaar aufsuchte, handelte es sich um vergleichsweise "harmloses" Verhalten. Allerdings sind die Folgen aus dem Verhalten des S für die Eheleute nicht zu unterschätzen. Durch die ständige Dauerbelastung kam es zu Angstzuständen und Schlafstörungen sowie zu Beeinträchtigungen in der Berufsausübung der E. Auch zu berücksichtigen ist die Tatsache, dass sich mit jedem Eindringen die Situation noch weiter verschlimmerte. Insofern spricht einiges dafür, dass die Erhaltungsgüter das Eingriffsgut überwiegen. Zudem ist hier der Grundgedanke aus § 228 BGB zu beachten, nämlich dass sich die Notstandshandlung nicht gegen Rechtsgüter Unbeteiligter, sondern gegen den Gefahrverursacher selbst richtet (Defensivnotstand). Hiernach steht der durch H verursachte Schaden nicht außer Verhältnis zu der von S ausgehenden Gefahr, zumal H den S nicht tödlich verletzen wollte.

Weiterhin ist fraglich, ob der Schusswaffengebrauch ein angemessenes Mittel war, um die Flucht des S zu verhindern. Als angemessenes Mittel gilt alles, was nach den sozial-ethischen Normen der Gesamtrechtsordnung als billig und gerecht anerkannt wird.⁸⁹ Unter den gegebenen Umständen kann der Schusswaffengebrauch als angemessenes Mittel herangezogen werden, da alle milderen Mittel bereits erschöpft waren. H hatte nämlich zuvor eine Alarmanlage installiert, S mit einer Schreckschusspistole erschreckt und sogar die Polizei verständigt. Da alle diese Mittel nichts bewirkten, ist der Schusswaffengebrauch gegen S als mildestes angemessenes Mittel in der vorgegebenen Situation zu beurteilen.

Nach herrschender Meinung handelt nur rechtmäßig, wer auf Grund eines Erlaubnissatzes rechtmäßig handeln will (subjektives Rechtfertigungselement). Zum rechtfertigenden Notstand gehört somit subjektiv der Rettungswille.⁹⁰ Der Rettungswille, der überwiegend als Absicht (im Sinne zielgerichteten Wollens) verstanden wird, die Gefahr abzuwenden⁹¹, lag bei H mit der Absicht vor, weitere Übergriffe durch S zu verhindern und ihn dingfest zu machen. Somit ist nach § 34 StGB die Tat des H gerechtfertigt und nicht rechtswidrig.

c) H hat sich somit nicht wegen einer Gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht.

2. Einer näheren Prüfung der versuchten Nötigung nach §§ 22, 240 Abs. 1 u. 3 StGB oder versuchten Freiheitsberaubung nach §§ 22, 239 Abs. 1 u. 2 StGB bedarf es insofern nicht, da diese ebenso gerechtfertigt sind wie die Körperverletzung.

⁸⁶ Entsprechend kann auch bei dem Entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) nicht mit der Gefährdung der (allgemeinen Handlungs-) Freiheit argumentiert werden, wie dies allerdings der BGH (NJW 1979, 2053) fälschlicherweise in seinem Urteil tat. Dogmatisch verfehlt war es ferner, in der Entscheidung die Rechtfertigungsfrage offen zu lassen, denn der Entschuldigende Notstand setzt tatbestandlich eine rechtswidrige Tat voraus.

⁸⁷ Lackner/Kühl aaO., § 123 Rn 1.

⁸⁸ Lackner/Kühl aaO., § 34 Rn. 6.

⁸⁹ Vgl. Lackner/Kühl aaO., § 34 Rn. 6.

⁹⁰ Wessels/Beulke aaO., Rn. 306.

⁹¹ Lackner/Kühl aaO., § 34 Rn. 5.

Nachwort

(Jens Wilhelm, Mathis Dreher)

Wenngleich die vorstehenden Texte sorgfältig erarbeitet wurden und nach gegenwärtigem Rechtsstand vertretbare Ansichten wiedergeben, so bleibt doch jegliche rechtliche Gewährleistung für deren Inhalt ausgeschlossen. Auch sei, nicht nur aus urheberrechtlichen Gründen, davor gewarnt, die vorstehenden Rechtsgutachten (oder Teile daraus) unbesehen in eigene universitäre Übungsarbeiten zu übernehmen. Denn selbst motivierte und begabte Schüler müssen sich erst in die Juristerei und die Fallbearbeitung, insbesondere das Gutachtenschreiben, hineinfinden und können nur bedingt in gut zwei Wochen das Niveau universitärer Anfängerübungen oder Zwischenprüfungen erreichen.