

AUFSÄTZE

FREDERIK BEHR

Das Beschlussmängelrecht der Personen(handels)gesellschaften nach dem MoPeG

MILAN HOREY

Die Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit

NINA-MARIELLA LIPPARDT

Frauen in juristischen Berufen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts

FALLBEARBEITUNGEN

RICARDA BARDOWICKS

Ein ganz normaler Freitag der 13.

LOUIS VALENTINO KOLKMEYER

Kostenexplosion

STUDIUM UND DIDAKTIK

TOM HENDRIK BECKER UND HENDRIK UKEN

Schlüssel zum Erfolg: Wie gelingt die Klausur im Strafrecht?

SASKIA TRÜMLER

Vorstellung des Seminars »Dialogues on Criminal Justice - Stanford und Göttingen«



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Impressum



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

Vorstand des Geschäftsjahres 2023/2024

Vorstandsvorsitzende: Lena John
Schriftführer: Katharina Reisch
Kassenwartin: Lea Kruse

Mail: kontakt@g-rz.de

Web: <https://www.goettinger-rechtszeitschrift.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Seine Nutzung ist im Rahmen der Creative Commons Lizenz »CC BY-ND 3.0 DE« gestattet. Das Werk darf daher unter angemessener Namensnennung und ohne Bearbeitung oder Veränderung zu beliebigen Zwecken in jedwedem Format oder Medium verbreitet oder vervielfältigt werden. Weitere Informationen: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/d>

Ausgabe 1/2024, 7. Jahrgang, 1. Auflage, August 2024

© 2024 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Satz Yannik Kneisel

Druck esf-print Friedrichs, Berlin

Schrift Equity und Concourse von MB Type

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

Informationen

Erscheinungsweise

Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

Autor:in werden

Für kommende Ausgaben suchen wir stets Autor:innen, die Interesse an der Veröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Klausuren, Seminararbeiten, Studienarbeiten oder Erfahrungsberichten haben. Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an redaktion@g-rz.de.

Zitiervorschlag

Autor:in, GRZ 2024, Seite

Mitwirkende

Redaktionsleitung

Arne Misselwitz, Zivilrecht
Ricarda Bardowicks, Öffentliches Recht
Tim Priet, Strafrecht
Meret Unruh, Grundlagen des Rechts
Lena John, Studium und Didaktik

Schriftkoordination

Tim Konrad Becker

Ressort für Zivilrecht

Tim Konrad Becker, Nils Imgarten, Sven Neubert, Elisabeth Ungerecht, Jelle Christian Reinhardt, Fides Lisei Richter

Ressort für Öffentliches Recht

Henning Hilbert, Julian Jansen, Moritz Jestaedt, Anna Peuser, Jakob Schünemann, Sven Wedemeyer

Ressort für Strafrecht

Anneke Alberts, Tom Hendrik Becker, Belinda Behrens, Tim Nicklas Festerling, Amélie Klein, Lea Kruse, Louisa Lingner, Nils Lütgert, Katharina Reisch, Paul Schäfer, Julius Schütte, Ole Johannes Timm, Ottilia Katharina Voigt

Ressort für Grundlagen des Rechts

Mattis Bieberle-Aumann, Judith Ellersiek, Franz Keßeler, Tim Priet

Öffentlichkeitsarbeit

Theresa Couppée (Direktorin), Victoria Marie Dörre, Amélie Klein

Publikation

Yannik Kneisel (Direktor), Joja Drangmeister

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Martin Ahrens
Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sina Fontana, MLE.
Dr. Simon Gerdemann, LL.M. (Berkeley)
Prof. Dr. Inge Hanewinkel
Prof. Dr. Stefan Harrendorf
Prof. Dr. Hans Michael Heinig
Dr. Alexander Heinze, LL.M. (TCD)
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel
Priv.-Doz. Dr. Roman Lehner
Dr. Nikolaus Linder
Prof. Dr. Gerhard Lingelbach
Prof. Dr. Thomas Mann
Prof. Dr. Joachim Münch
Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten
Apl.-Prof. Dr. Peter Rackow
Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxon.)
Prof. Dr. Marcus Schladebach, LL.M.
Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger
Dr. Andreas Seidel
Prof. Dr. Alexander J. Thiele
Prof. Dr. Meik Thöne, M. Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Peter Unruh
Dr. Ferdinand Weber, MLE.

Vorwort

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Studierende,

Insbesondere durch den Austausch mit einer anderen Zeitschrift in den Gründungsanfängen konnten wir in den letzten Monaten noch einmal mehr realisieren, wie anspruchsvoll der Aufbau und die Etablierung einer studentischen Zeitschrift sind. Jede Veröffentlichung einer neuen Ausgabe ist ein Erfolg für sich. Ohne die intensive Zusammenarbeit unserer engagierten Mitglieder wäre dies nicht möglich. Da hinter der Herausgabe einer Zeitschrift viel mehr steckt als auf den ersten Blick ersichtlich, möchten wir zu diesem Anlass einen kleinen Einblick hinter unsere Kulissen geben.

Den Rahmen für die redaktionelle Arbeit der Göttinger Rechtszeitschrift bilden die Ansätze, Strukturen und Projekte, die in unseren zweiwöchig stattfindenden Redaktionstreffen erarbeitet werden. In erster Linie steht und fällt eine Zeitschrift jedoch stets mit dem Vertrauen und der Arbeit der Autorinnen und Autoren. Die formelle Arbeit an den einzelnen Beiträgen erfolgt in den Ressorts der jeweiligen Rechtsgebiete. Dort werden die Einreichungen in Zusammenarbeit mit den Autorinnen und Autoren begutachtet und lektoriert, bevor sie über die Schriftkoordination an das Publikationsteam weitergeleitet werden. Entscheidend sind somit das harmonische Zusammenwirken aller GRZ-Mitglieder, Kommunikation und Vertrauen. Für diese großartige Arbeit möchten wir uns auch dieses Mal herzlich bedanken. Genauso wichtig, wie die vereinsinterne Arbeit, ist die fachliche Überarbeitung der Einreichungen. Unser besonderer Dank gilt somit unserem wissenschaftlichen Beirat, der für unsere Veröffentlichungen unerlässlich ist.

Nun freuen wir uns sehr, Ihnen und Euch die Ergebnisse dieser Arbeit aus den letzten Monaten präsentieren zu dürfen.

In der Kategorie »Grundlagen des Rechts« widmet sich *Nina-Mariella Lipphardt* anhand der Werdegänge der Juristinnen Frieda Duensig (1864-1921) und Magdalene Schoch (1897-1987) Frauen in juristischen Berufen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts.

Im »Zivilrecht« setzt sich *Frederik Behr* mit den Neuerungen des Beschlussmängelrechts der Personen(handels)gesellschaften nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) auseinander. Die

Fallbearbeitung für Fortgeschrittene von *Ricarda Bardowicks* beleuchtet den Bereich gesetzlicher Schuldverhältnisse mit Schwerpunkt in der Geschäftsführung ohne Auftrag anhand des Erbensucher-Falles und des Deliktsrechts im Straßenverkehr.

Erstmals seit der Gründung der Göttinger Rechtszeitschrift findet sich unter den Beiträgen auch eine Referendar-examensklausur zur Examensvorbereitung. Die Fallbearbeitung im »Öffentlichen Recht« von *Louis Valentino Kolkmeier* behandelt neben einem kleinen baurechtlichen Einschlag insbesondere Fragen des Verwaltungsvollstreckungsrechts und der Kostentragung.

Der Aufsatz im »Strafrecht« von *Milan Horey* veranschaulicht die Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit.

Mit dem Leitfaden von *Tom Hendrik Becker* und *Hendrik Uken* in der Rubrik »Studium und Didaktik« soll der Einstieg in das Schreiben von Strafrechtsklausuren in den unteren Semestern erleichtert werden. Außerdem berichtet *Saskia Trümpler* von den Diskussionen und Erkenntnissen aus dem Seminar »Dialogues on Criminal Justice – Stanford & Göttingen«.

Das Ende der Ausgabe bilden – wie gewohnt – die Rechtsprechungsübersichten in allen drei Rechtsgebieten, die von *Arne Misselwitz*, *Max Hinz*, *Tim Priet* und *Julius Schütte* erstellt wurden.

Wir hoffen, dass auch Sie und Ihr beim Lesen auf Spannendes und Lehrreiches stoßt und wünschen eine anregende Lektüre! Bei jedweden Anliegen freuen wir uns über Zuschriften und Anregungen. Mit Vorfreude blicken wir auf die anstehenden Projekte und wünschen einen angenehmen Semesterausklang.

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand der Göttinger Rechtszeitschrift e.V.

Lena John, Katharina Reisch und Lea Kruse

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Frederik Behr

ZivilR Das Beschlussmängelrecht der Personen(handels)-
gesellschaften nach dem MoPeG → 1

Milan Horey

StrafR Die Grenze zwischen Straftat
und Ordnungswidrigkeit → 10

Nina-Mariella Lipphardt

GdR Frauen in juristischen Berufen in der ersten
Hälfte des 20. Jahrhunderts → 19

Fallbearbeitungen

Ricarda Bardowicks

ZivilR Ein ganz normaler Freitag der 13. → 26

Louis Valentino Kolkmeier

ÖffR Kostenexplosion → 36

Studium und Didaktik

Tom Hendrik Becker und Hendrik Uken

StuDi Schlüssel zum Erfolg: Wie gelingt
die Klausur im Strafrecht? → 43

Saskia Trümpler

StuDi Vorstellung des Seminars: »Dialogues on
Criminal Justice – Stanford & Göttingen« → 48

Varia

Arne Misselwitz

ZivilR Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht → 52

Max Hinz

ÖffR Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht → 55

Tim Priet und Julius Schütte

StrafR Rechtsprechungsübersicht Strafrecht → 58

ZivilR Aufsatz

Frederik Behr*

Das Beschlussmängelrecht der Personen(handels)-gesellschaften nach dem MoPeG

A. Einführung

Am Anfang stand der Mauracher Entwurf: Im Juni 2021 verabschiedete der Bundestag das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG).¹ Diese »Jahrhundertreform«² des Personengesellschaftsrechts trat zum 1. Januar 2024 in Kraft – und hat nicht zuletzt das Beschlussmängelrecht tiefgreifend verändert.

Diese Rechtsmaterie ist für Unternehmen gleich welcher Gesellschaftsform von großem Belang, koordinieren sie doch ihr Handeln wesentlich durch Beschlüsse. Leidet ein solcher an einem rechtlichen Mangel, gibt das Beschlussmängelrecht Auskunft darüber, welches rechtliche Schicksal den Beschluss ereilt.

Unter der Maxime »*Adieu Feststellungsmodell, bonjour Anfechtungsmodell*«³ erfährt diese bislang einzig durch Richterrecht konturierte Materie erstmals eine Kodifikation⁴ – zumindest für die Personenhandelsgesellschaften, namentlich die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG).

Der Aufsatz legt zunächst das geltende Beschlussmängelrecht kurz dar. Im Anschluss folgt die Darstellung der für OHG und KG eingeführten Klagearten samt jeweiliger Zulässigkeitsvoraussetzungen. Sodann richtet sich das Augenmerk auf den Meinungsstand zu der Frage, ob das Anfechtungsmodell allein auf Personenhandelsgesellschaften

zu beschränken ist. Der Aufsatz würdigt dies kritisch und schließt mit einem kurzen Fazit.

B. Geltendes Beschlussmängelrecht und Regelungsansatz des MoPeG

In Ermangelung besonderer Regelungen zur Geltendmachung von Beschlussmängeln im Personengesellschaftsrecht vollzieht sich diese *in praxi* im Einklang mit der h.M. über die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO.⁵ In Anbetracht des Umstands, dass *de lege lata* Mängel eines Beschlusses – ein Rechtsgeschäft eigener Art⁶ – grundsätzlich gem. §§ 134, 138 BGB zu dessen Nichtigkeit führen,⁷ richtet sich die Klage gegen die von der Beschlusswirksamkeit überzeugten Gesellschafter auf Feststellung der Nichtigkeit.⁸

Dieses Feststellungsmodell ermangelt sowohl einer Differenzierung nach der Schwere des Beschlussmangels als auch der Befristung der Klagemöglichkeit.⁹ Der daraus resultierenden teilweisen praktischen Untauglichkeit dieses Modells begegnen Gesellschafter bisweilen mit gesellschaftsvertraglich bedungenen Fristen.¹⁰ In Ermangelung solcher Klauseln verbleibt in eng umgrenzten Ausnahmefällen die Versagung der Geltendmachung des Beschlussmangels auf Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.¹¹

Fortan soll in Anlehnung an die §§ 241 ff. AktG eine Unterscheidung nach der Schwere des Mangels in anfechtbare und nichtige Beschlüsse erfolgen. Gegen erstere ist die Anfechtungsklage, gegen letztere die Nichtigkeitsklage anzustrengen. Einzig die Anfechtungsklage ist fristgebunden; ist sie verfristet, erwächst der anfechtbare – d. h. mangelbehafte, aber mit Beschlussfeststellung wirksame Be-

* Frederik Behr ist Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Braunschweig und wissenschaftliche Hilfskraft für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und neuere Privatrechtsgeschichte am Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. Inge Hanewinkel an der Georg-August-Universität Göttingen.

1 Der Entwurf der Bundesregierung (RegE) Drs. 19/27635 ist abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927635.pdf>, zuletzt abgerufen am 8.4.2024. Das MoPeG in seiner vom Bundestag verabschiedeten Fassung ist einsehbar unter: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%*%5b@attr_id=%27bgbl121s3436.pdf%27%5d, zuletzt abgerufen am 8.4.2024.

2 Lieder, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, 34 (34).

3 Noack, Adieu »Feststellungsmodell«, bonjour »Anfechtungsmodell« – über den Systemwechsel im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften, ZIP 2020, 1382 (1382).

4 Träger/Happ, Unzulängliche Institutionenbildung im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaft, NZG 2021, 133 (133); Storz, Der Referententwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Ein Überblick über die Änderungen und Ergänzungen zum Mauracher Entwurf, GWR 2021, 5 (6).

5 Schmidt, Beschlussmängel und Beschlussmängelstreitigkeiten nach der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZHR 187 (2023), 107 (110); Noack (Fn. 3), ZIP 2020, 1382 (1383).

6 Otte, Beschlussmängelstreitigkeiten nach dem MoPeG, RFamU 2023, 306 (306).

7 Würmer/Ebel, Wechselspiel der Beschlussmängelregime in den Personengesellschaften und der GmbH, NZG 2021, 963 (963).

8 Schmidt (Fn. 5), ZHR 187 (2023), 107 (110); Otte (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (307).

9 Noack (Fn. 3), ZIP 2020, 1382 (1383).

10 Ebd.

11 Ebd.

schluss¹² – im Interesse der Rechtssicherheit in Bestandskraft.¹³

Im Gegensatz zum sog. Mauracher Entwurf einer vom Bundesjustizministerium eingesetzten Expertenkommission erstrecken die §§ 110 bis 115 HGB n.F. das Anfechtungsmodell einzig auf die kaufmännischen Personengesellschaften OHG und KG.¹⁴

Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und die Partnerschaftsgesellschaft (PartG) verbleibt es auch nach nunmehr geltender Rechtslage bei der Geltendmachung eines Beschlussmangels via Feststellungsklage.¹⁵ Allerdings bleibt es der Gesetzesbegründung zufolge den Gesellschaftern von GbR und PartG unbenommen, das Anfechtungsmodell gesellschaftsvertraglich abzubilden.¹⁶

C. Das Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG

I. Beschlussmängelrecht, §§ 110 bis 115 HGB n.F.

Weichenstellend für die jeweils zulässige Klageart ist die Klassifizierung des Beschlusses als nichtig oder anfechtbar. Als dritte Kategorie kommt die Unwirksamkeit hinzu.

1. Kategorisierung von Beschlüssen in nichtig und anfechtbar, § 110 HGB n.F.

Die Einordnung eines Beschlusses als nichtig oder anfechtbar vollzieht sich nach § 110 HGB n.F. Die Fehlerfolgen sind exklusiv, schließen sich also gegenseitig aus.¹⁷

¹² *Otte* (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (307). Zur Beschlussfeststellung ist allein der Versammlungsleiter berufen (h. M.); er entscheidet somit über die bis auf Weiteres geltende Beschlusslage, s. hierzu einlässlich *Otte* (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (308).

¹³ RegE (Fn. 1) S. 124. Nicht festgestellte Beschlüsse sind hingegen weiterhin nur bei formeller und materieller Rechtmäßigkeit wirksam; insoweit bleibt der Gesellschafter zur Klärung der Beschlusslage auf die Feststellungsklage verwiesen, *Otte* (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (307); *Wörner/Ebel* (Fn. 7), NZG 2021, 963 (968); hierzu näher unter C. I. 3. c. bb.

¹⁴ *Lieder* (Fn. 2), ZRP 2021, 34 (35); *Heckschen*, Nächster Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts genommen – Referentenentwurf zum MoPeG vorgestellt, GWR 2021, 1 (3).

¹⁵ *Lieder* (Fn. 2), ZRP 2021, 34 (35); *Storz* (Fn. 4), GWR 2021, 5 (6).

¹⁶ *Tröger/Happ* (Fn. 4), NZG 2021, 133 (135); RegE (Fn. 1) S. 124; Den Dogmatiker irritiert ein solcher Gedanke freilich vor dem Hintergrund, dass das Beschlussmängelrecht als besonderes Zivilprozessrecht öffentliches Recht ist und nicht zur Disposition Privater steht – *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Papinian D 2, 14, 38). Darüber helfen weder die von *Schmidt* ((Fn. 5), ZHR 187 (2023), 107 (115)) beschworene »Autorität des MoPeG« noch die von *Otte* ((Fn. 6), RFam 2023, 306 (312)) ins Spiel gebrachte Lesart entsprechender Opt-in-Klauseln hinweg, die Gesellschafter wollten die Regelungen der §§ 110 ff. HGB-E n.F. (nur) in ihrem Verhältnis zueinander zur Anwendung bringen. Jedenfalls kann man auf eine solche Auslegung kaum die Bindung des Gerichts an Opt-in-Klauseln stützen. Es verwunderte allerdings nicht, sollte die Rechtsprechung in ihrem Pragmatismus das jeweilige Beschlussmängelregime nach dem Gesellschaftsvertrag ausrichten und sich von besagtem dogmatischen Einwand ungerührt zeigen.

¹⁷ RegE (Fn. 1) S. 228.

Ein Beschluss ist nach § 110 II 1 HGB n.F. nichtig, wenn er durch seinen Inhalt Rechtsvorschriften verletzt, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können (Nr. 1), oder er nach einer Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist (Nr. 2).

Anfechtungsklage wiederum kann gegen einen Beschluss wegen Verletzung von Rechtsvorschriften erhoben werden, § 110 I HGB n.F., wobei der Begriff »Rechtsvorschriften« jede Rechtsnorm und den Gesellschaftsvertrag umfasst.¹⁸

Somit ist die Nichtigkeit *ex tunc* und *ex lege* ohne Anfechtungserfordernis einzig die Folge der Verletzung zwingenden, d.h. i.S.v. § 110 II 1 Nr. 1 HGB n.F. unverzichtbaren, Rechts.

a) Bestimmung der Fehlerfolge anhand der Dispositionsbefugnis über das betroffene Recht

Die Anfechtbarkeit eines Beschlusses hingegen erwächst – wie ein Umkehrschluss aus § 110 II 1 Nr. 1 HGB n.F. im Zusammenspiel mit § 110 I HGB n.F. zeigt – aus nicht zur Nichtigkeit führenden Verstößen gegen gesellschaftsvertragliche Regelungen bzw. dispositives Recht.

Die Dispositionsbefugnis des Gesellschafters über die jeweilige gesetzliche oder vertragliche Vorgabe spiegelt sich somit gleichsam in der Dispositionsbefugnis, gegen den Beschluss eine Anfechtungsklage anzustrengen und die Nichtigkeit desselben herbeizuführen – oder ebendies zu unterlassen, vgl. § 110 II 1 Nr. 2 HGB n.F.¹⁹

b) Eingriff in relativ und absolut unentziehbare Rechte

Zwingende Rechtsvorschriften i. S. v. § 110 II 1 Nr. 1 HGB n.F. sind nach Auffassung des Gesetzesentwurfes über Gläubigerschutzvorschriften hinaus solche Normen, die den sog. unverzichtbaren Kernbereich der Mitgliedschaft jedes Gesellschafters berühren; was wiederum diesem Kernbereich zugehörig ist, bleibe weiterhin der Rechtsprechung anheimgestellt.²⁰

Allerdings hat der BGH die Kernbereichslehre zumindest begrifflich aufgegeben.²¹ Vielmehr stellt er darauf ab, ob unentziehbare Gesellschafterrechte in Rede stehen.²²

Zu differenzieren ist zwischen relativ und absolut unentziehbaren Rechten: Erstere vermag die Gesellschaftermehrheit dem Gesellschafter einzig bei Zustimmung desselben, letztere überhaupt nicht zu entziehen.²³

¹⁸ RegE (Fn. 1) S. 111.

¹⁹ RegE (Fn. 1) S. 229.

²⁰ RegE (Fn. 1) S. 229.

²¹ BGH, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13 = BGHZ 203, 77 Rn. 19 = BGH NZG 2014, 1296, 1299.

²² *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion, 1. Auflage, 2021, S. 130.

²³ RegE (Fn. 1) S. 229; vgl. *Drescher* (Fn. 22), S. 130.

Die Formulierung des § 110 II 1 Nr. 1 HGB n.F. ist so aufzufassen, dass lediglich ein Verstoß gegen *absolut* unentziehbare Rechte die Nichtigkeitsfolge zeitigen soll.²⁴ Zu diesen Rechten gehören das Teilnahme-, Rede- und Antragsrecht an bzw. in einer Gesellschafterversammlung, das Klagerecht gegen mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse sowie das Kontroll-, Informations- und Kündigungsrecht.²⁵

c) Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Beschlusses

Relativ unentziehbare Rechte wiederum sind vornehmlich das Mehrbelastungsverbot des § 707 BGB/§ 710 S. 1 BGB-E und Sonderrechte.²⁶ Hier zieht die fehlende Zustimmung weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit, sondern die Unwirksamkeit des Beschlusses nach sich.²⁷

Die Daseinsberechtigung dieser dritten Fehlerkategorie besteht darin, dem Gesellschafter ein *ius variandi* zu eröffnen, entweder seine Genehmigung zu versagen und endgültig nicht an den Beschluss gebunden zu werden oder sie zu erteilen.²⁸ Während die Fehlerfolge der Nichtigkeit ihm diese Möglichkeit entzöge, setzte die der Anfechtbarkeit die Zustimmung mit dem baren Ablauf der Klagefrist nach § 112 HGB n.F. gleich.²⁹

d) Behandlung von Fehlern im Beschlussverfahren

Neben Inhaltsmängeln wie der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und des Gleichbehandlungsgrundsatzes³⁰ ist auch ein Verfahrensmangel – zumindest i.d.R.³¹ – lediglich anfechtbar.³²

Dem Regierungsentwurf zufolge rührt dies von der überwiegend formlosen Gestaltung des Beschlussverfahrens bei Personenhandelsgesellschaften her.³³ Ein Verfahrensfehler

wiege demnach grundsätzlich nicht derart schwer, dass ihm *ex lege* Nichtigkeit beizumessen sei.³⁴

Ob im Ausnahmefall ein Verfahrensmangel in Gestalt eines das Teilnahmerecht des Gesellschafters berührenden und somit besonders gewichtigen Einberufungsmangels die Fehlerfolge der Nichtigkeit zeitigen kann, stellt der Regierungsentwurf der Rechtsprechung anheim.³⁵

Allerdings ist zu bedenken, dass gegen die bloße Anfechtbarkeit bei Einberufungsmängeln nicht eine etwaige Verfristung spricht.³⁶ Denn die dreimonatige Anfechtungsfrist beginnt gemäß § 112 I, II HGB n.F. erst mit Bekanntgabe des Beschlusses gegenüber dem anfechtungsbefugten Gesellschafter. Daher steht nicht zu befürchten, die Frist einer Anfechtungsklage laufe ab, ehe der fehlerhaft einberufene Gesellschafter in die Lage versetzt ist, sich über den Inhalt des in Rede stehenden Beschlusses zu informieren.

e) Relevanz und hypothetische Kausalität eines Verfahrensmangels

Ebenfalls der Rechtsprechung überantwortet wird die Klärung der Frage, inwieweit ein Verfahrensfehler für die Beschlussfassung kausal oder relevant zu sein hat, damit er anfechtbar oder – im Ausnahmefall – nichtig ist.³⁷

In Anbetracht des Umstandes, dass das für OHG und KG eingeführte Anfechtungsmodell sich an den §§ 241 ff. AktG orientiert, bietet sich eine Übertragung der dort geltenden Maßstäbe an.

Dem Wortlaut des § 243 I AktG zufolge führt jeder Verfahrensverstoß zur Anfechtbarkeit des Beschlusses, ist er denn nicht bereits nach § 241 Nr. 1 AktG nichtig.³⁸ Dennoch herrscht Einigkeit, dass der Verstoß darüber hinaus für die Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs von Relevanz sein muss.³⁹ Relevanz besteht bei einem den Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizit, dessen Schwere die Anfechtbarkeit rechtfertigt; dieser Schweregrad ist anhand einer am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Bewertung zu ermitteln.⁴⁰

²⁴ Drescher (Fn. 22), S. 130.

²⁵ BeckOKG-BGB/Schöne, Stand: 01.08.2023, § 709 Rn. 42; Koch, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit?, ZHR 182 (2018), 378 (404); Drescher (Fn. 22), S. 130.

²⁶ Drescher (Fn. 22), S. 130.

²⁷ RegE (Fn. 1) S. 230.

²⁸ RegE (Fn. 1) S. 230; Noack (Fn. 3), ZIP 2020, 1382 (1384).

²⁹ RegE (Fn. 1) S. 230. Noack (Fn. 3), ZIP 2020, 1382 (1384). Zur Folgefrage, ob für die Geltendmachung der Unwirksamkeit die – bislang für Personengesellschaften allein zur Verfügung stehende und daher auch vom BGH in solcherart Konstellationen in Ansatz gebrachte – Feststellungsklage nach § 256 ZPO oder eine Klage analog § 114 HGB n.F. anzustrengen ist, siehe C. I. 2. d.

³⁰ RegE (Fn. 1) S. 229.

³¹ Ebel/Wörner ((Fn. 7), NZG 2021, 963 (965)) verweisen auf den engen Wortlaut des § 110 II 1 Nr. 1 HGB n. F., welcher Beschlüsse nur für nichtig erklärt, verletzen sie *durch ihren Inhalt* Rechtsvorschriften. Sie folgern daraus die stete (bloße) Anfechtbarkeit von Verfahrensfehlern; von einer zu korrigierenden gesetzgeberischen Ungenauigkeit ausgehend hingegen Schirmmacher/Breuninger, Stimmverbote und Folgen fehlerhafter Beschlüsse in der Personengesellschaft; zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 17.1.2013 – II ZR 76/21, RFamU, 2023, 257 (260 f.) und Otte (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (308).

³² RegE (Fn. 1) S. 229.

³³ RegE (Fn. 1) S. 111.

³⁴ RegE (Fn. 1) S. 228 f. Bei der Aktiengesellschaft mit ihrem hochformalisierten Beschlussverfahren zeitigt ein Verfahrensfehler grds. gem. § 241 AktG die Nichtigkeitsfolge; dies wird mitunter für allzu streng erachtet, vgl. Schirmmacher/Breuninger (Fn. 31), RFamU, 2023, 257 (261).

³⁵ RegE (Fn. 1) S. 228 f.

³⁶ Schirmmacher/Breuninger (Fn. 31), RFamU, 2023, 257 (260).

³⁷ RegE (Fn. 1) S. 228; Träger/Happ (Fn. 4), NZG 2021, 133 (135).

³⁸ Horcher, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 6. Auflage, (2020), § 29 Rn. 131; Wörner/Ebel (Fn. 7), NZG 2021, 963 (969).

³⁹ Horcher (Fn. 38), 29 Rn. 131. Die Relevanztheorie ist bezüglich Informationspflichtverletzungen in § 243 IV 1 AktG kodifiziert: »Wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information *als wesentliche Voraussetzung* für die *sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte* angesehen hätte.«

⁴⁰ Horcher (Fn. 38), § 29 Rn. 131.

Der Aktionär muss nicht darlegen, dass die Versammlung in einem ordnungsgemäßen Verfahren anders abgestimmt hätte – auf ein womöglich anderes Beschlussergebnis i.S.e. hypothetischen Kausalität des Verfahrensmangels für den Beschluss kommt es grundsätzlich nicht an.⁴¹

Bei Personengesellschaften ist die hypothetische Kausalität des Verfahrensmangels für das Zustandekommen des Beschlusses gerade vonnöten.⁴² So führen *de lege lata* Verstöße gegen Form, Frist und Inhalt der Einberufung einer Gesellschafterversammlung nur dann zur Nichtigkeit des Beschlusses, soweit nicht auszuschließen ist, dass das Beschlussergebnis durch die Verletzung von Informations-, Teilnahme- oder Rederechten beeinflusst worden ist.⁴³

An einer solchen potentiellen Kausalität fehlt es, hätte – die gesellschaftsvertragliche Abbedingung des Einstimmigkeitsprinzips aus § 109 III HGB n.F., § 714 BGB n.F. vorausgesetzt – eine stabile Mehrheit den jeweiligen Beschluss ohnedies gefasst. Insofern verfügen feste Mehrheiten gleichsam über einen Freibrief, Verfahrensvorschriften zulasten der Minderheit auszuhebeln.⁴⁴

Die Anwendung des Relevanzkriteriums durch die Rechtsprechung erscheint mit Blick auf den Minderheitenschutz i.Ü. nicht nur in der Sache geboten,⁴⁵ sondern zumindest bei Personenhandelsgesellschaften ob der Orientierung der §§ 110 ff. HGB n.F. am Aktienrecht auch systematisch stimmig.

2. Klagearten

Die §§ 110 ff. HGB n.F. stellen dem Gesellschafter drei Klagearten zur Verfügung. §§ 110 I, 111, 112, 113 HGB n.F. regeln die Anfechtungsklage, § 114 HGB n.F. normiert die Nichtigkeitsklage und § 115 HGB n.F. unterstreicht die weiterhin bestehende Möglichkeit einer (verbundenen) Beschlussfeststellungsklage.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen und die Urteilstwirkung dieser Klagen sind im Folgenden in den Blick zu nehmen.

⁴¹ Horcher (Fn. 38), § 29 Rn. 131.

⁴² Die Rechtsprechung zu Personengesellschaften verwendet die Begriffe von Relevanz und hypothetischer Kausalität allerdings mitunter bedeutungsgleich, vgl. OLG Jena Ur. v. 10.08.2016 – 2 U 506/14 Rn. 70 = BeckRS 2016, 16921 mit Verweis auf BGH Ur. v. 30.03.1987 – II ZR 180/86 = BGH DNotZ 1988, 40 (44) zu einem Mangel in einem Beschlussverfahren in einer GmbH.

⁴³ BGH NZG 2014, 621 (621) = BGH Ur. v. 11.03.2014 – II ZR 24/13 Rn. 13; BGH NZG 2013, 57 (62) = ZIP 2013, 68 (74) (Rn. 47). Zudem muss der mit der verletzten Ladungsbestimmung verfolgte Zweck, dem einzelnen Gesellschafter die Vorbereitung auf die Tagesordnungspunkte und die Teilnahme an der Versammlung zu ermöglichen (sog. Dispositionsschutz), beeinträchtigt werden, BGH NZG 2014, 621 (621) = BGH Ur. v. 11.03.2014 – II ZR 24/13 Rn. 13; BGH NJW 1995, 1353 (1355 f.) = ZIP 1995, 738 (743). Diese Voraussetzung ähnelt der aktienrechtlichen Relevanz i. S. e. Legitimationsdefizits.

⁴⁴ Wörner/Ebel (Fn. 7), NZG 2021, 963 (969 f.).

⁴⁵ Wörner/Ebel (Fn. 7), NZG 2021, 963 (970).

a) Anfechtungsklage, §§ 110 I, 111 bis 113 HGB n.F.

aa) Klagegegenstand

Tauglicher Klagegegenstand ist ein i.S.v. § 110 I HGB n.F. anfechtbarer und somit nicht bereits *ipso iure* nichtiger Beschluss.

bb) Klagefrist

Die Klagefrist beläuft sich auf drei Monate ab Bekanntgabe des Beschlusses an den anfechtungsbefugten⁴⁶ Gesellschafter, § 112 I 1, II HGB n.F. Damit nimmt der Regierungsentwurf Abstand vom Mauracher Entwurf, der auch eine anderweitige Kenntnisnahme für den Fristbeginn genügen ließ.⁴⁷ Die zugrundeliegende Erwägung ist, dass die Gesellschafter dergestalt – d.h. mit dem Fristbeginn einzig bei Beschlussbekanntgabe – zu einer gewissen Formalisierung des Beschlussverfahrens veranlasst würden, gehe mit einer Bekanntgabe doch für gewöhnlich eine formelle Beschlussfeststellung einher.⁴⁸ Dies diene der Rechtssicherheit.⁴⁹ Eine weitere Abweichung vom Mauracher Entwurf liegt im Fehlen einer Ausschlussfrist; die Anfechtbarkeit von Beschlüssen ist zeitlich unbegrenzt möglich. In Extremfällen ist § 242 BGB als Korrektiv in Ansatz zu bringen.⁵⁰

Die gesellschaftsvertragliche Verkürzung der Frist auf unter einen Monat ist unwirksam, § 112 I 2 HGB n.F.

Für die Aktiengesellschaft sieht § 246 I AktG zwingend eine lediglich einmonatige Frist vor. Die unterschiedliche Fristlänge der handels- und aktienrechtlichen Anfechtungsklage rechtfertigt der Gesetzgeber mit der ungleich höheren Breitenwirkung eines Beschlusses einer AG, verfüge diese doch für gewöhnlich über weitaus mehr Mitglieder als eine Personengesellschaft.⁵¹ Daraus erwachse bei letzterer auch ein im Vergleich geringeres Bedürfnis nach möglichst schnell eintretender Rechtssicherheit.⁵²

Ferner liegt die in OHG und KG bestehende größere Verbundenheit der Gesellschafter zueinander der längeren Klagefrist zugrunde.⁵³ Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft mit ihrer i.d.R. hohen Mitgliederzahl kennen sich die Gesellschafter einer Personengesellschaft oftmals persönlich.⁵⁴ Der Einschätzung des Gesetzesentwurfes zufolge bilden diese persönlichen Beziehungen die Vertrauensgrundlage der gesellschaftlichen Tätigkeit und erleiden bereits durch bloße Klagerhebung schweren Schaden, weshalb dem Gesellschafter mit drei Monaten ein im Vergleich zur Aktiengesellschaft längerer Zeitraum zugestanden wird, in dem

⁴⁶ Zur Anfechtungsbefugnis siehe S. 5.

⁴⁷ Tröger/Happ (Fn. 4), NZG 2021, 133 (135).

⁴⁸ RegE (Fn. 1) S. 231.

⁴⁹ RegE (Fn. 1) S. 231.

⁵⁰ Tröger/Happ (Fn. 4), NZG 2021, 133 (135).

⁵¹ RegE (Fn. 1) S. 231.

⁵² RegE (Fn. 1) S. 231.

⁵³ RegE (Fn. 1) S. 231.

⁵⁴ RegE (Fn. 1) S. 231.

er die Möglichkeiten einvernehmlicher außergerichtlicher Streitbeilegung erschöpfend auszuloten vermag.⁵⁵

Treten die Parteien⁵⁶ in eine solche außergerichtliche Streitbeilegung ein, wird die Klagefrist entsprechend den für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 209 BGB gehemmt, § 112 III HGB n.F.

cc) Anfechtungsbefugnis

Anfechtungsbefugt ist § 111 I HGB n.F. zufolge jeder Gesellschafter, der oder dessen Rechtsvorgänger bei Beschlussfassung der Gesellschaft angehörte. Somit ist weder der Umfang der Beteiligung noch eine individuelle Betroffenheit noch die Teilnahme an der Abstimmung vonnöten.⁵⁷

Kommt es nach Beschlussfassung zum Mitgliedschaftsverlust, bleibt der Gesellschafter bei Bestehen eines berechtigten Interesses rechtsschutzbedürftig, § 111 II HGB n.F. Ein solches liegt bspw. nahe bei einem Ausschließungsbeschluss oder einem Beschluss, welcher für die Höhe der Abfindung von Belang ist.⁵⁸

dd) Sachliche und örtliche Gerichtszuständigkeit

Zuständig für die Anfechtungsklage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, § 113 I HGB n.F. Dadurch werden im Sinne der Verfahrensökonomie Anfechtungsklagen über denselben Streitgegenstand bei einem Gericht gebündelt.⁵⁹ Mit Blick auf die GmbH & Co. KG werden im Übrigen Friktionen verhindert: Ohne den Regelungsgehalt des § 113 I HGB n.F. würden Beschlussmängelstreitigkeiten der Komplementär-GmbH analog 246 III AktG streitwertunabhängig vor dem Landgericht ausgefochten, solche der KG jedoch streitwertabhängig u.U. vor dem Amtsgericht.⁶⁰

ee) Klagegegner

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 II HGB n.F. gegen die Gesellschaft zu richten. Dies stellt einen merklichen Wandel zur jetzigen Ausgestaltung der Passivlegitimation dar und vermag der der heutigen Rechtslage immanenten Problemen Abhilfe zu schaffen.

So ist *de lege lata* nach der h.M., die eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG ablehnt und in Beschlussmängelstreitigkeiten einzig die Feststellungsklage nach § 256 ZPO für statthaft erachtet, diese gegen die *dissentierenden* (d. h. die die Rechtsauffassung des Klägers von der Nichtigkeit des Beschlusses nicht teilenden) Gesellschafter zu richten – gerade

nicht gegen die Gesellschaft selbst.⁶¹ Nicht vonnöten ist folglich die Klageerhebung eines Gesellschafters einer OHG oder KG auf Nichtigkeitsfeststellung eines Gesellschafterbeschlusses gegen *sämtliche* übrigen Gesellschafter; diese stellen keine notwendige Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO dar.⁶²

Eine derartige Ausgestaltung entbehrt indes – wie eingangs erwähnt – nicht gewisser praktischer Schwierigkeiten. So wirkt das der Klage stattgebende Feststellungsurteil allein unter den Parteien, nicht aber gegenüber nicht am Verfahren partizipierenden Gesellschaftern.⁶³ Eine Beteiligung sämtlicher Gesellschafter ist jedoch nicht nur für eine umfassende Bindungswirkung bzw. Rechtskrafterstreckung, sondern u.U. auch für das Feststellungsinteresse i. S. d. § 256 I ZPO erforderlich: Bei (willkürlicher) Inanspruchnahme nur eines Teils der Gesellschafter als Klagegegner begegnet das Vorliegen ebendieses Feststellungsinteresses Bedenken.⁶⁴

Vertreter des Schrifttums monieren daher, dass die jetzige beschlussmängelrechtliche Passivlegitimation allein der Gesellschafter dem Kläger bisweilen unzumutbar sei.⁶⁵ Nur die Möglichkeit, Klagen unmittelbar gegen die Gesellschaft zu richten, eröffne effektiven Rechtsschutz.⁶⁶

Die Rechtsprechung behilft sich, um im Ausnahmefall eine Passivlegitimation der Gesellschaft zu begründen, bisweilen mit der ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrages.⁶⁷ Das OLG Celle bediente sich bspw. im Falle einer KG mit 260 Kommanditisten dieses Instruments mit der Begründung, das geltende Recht halte »keine passende Lösung bereit und der Kläger [wäre] andernfalls de facto rechtlos gestellt«. ⁶⁸ In der hohen Kommanditistenanzahl einerseits und dem bei Passivlegitimation allein der Gesellschafter damit einhergehenden umständlichen und kostenträchtigen Verfahren andererseits seien sachliche Gründe zu erblicken, die eine Passivlegitimation auch der Gesellschaft i.R.d. Feststellungsklage rechtfertigten.⁶⁹ Der BGH bestätigte das Urteil des OLG Celle im Ergebnis.⁷⁰

Das praktische Bedürfnis nach einem Wechsel der Passivlegitimation weg von den Mitgesellschaftern hin zur Gesellschaft ist somit höchstrichterlich – zumindest für die körperschaftlich strukturierte KG – anerkannt.

⁵⁵ RegE (Fn. 1) S. 231.

⁵⁶ Verhandlungen im Gesellschafterkreis sind als Verhandlungen des späteren Anfechtungsklägers mit der Gesellschaft zu werten, *Otte* (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (309).

⁵⁷ RegE (Fn. 1) S. 230.

⁵⁸ RegE (Fn. 1) S. 230; *Otte* (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (309).

⁵⁹ RegE (Fn. 1) S. 232.

⁶⁰ *Noack* (Fn. 3), ZIP 2020, 1382 (1386).

⁶¹ *Gaul*, Rechtsschutzmöglichkeiten bei fehlerhafter Entlastung in der KG – ein Beitrag zum Beschlussmängelrecht bei Personengesellschaften, DStR 2009, 804 (806).

⁶² BGH Urt. v. 15.06.1959 - II ZR 44/58 = NJW 1959, 1683 (1684).

⁶³ *Gaul* (Fn. 61), DStR 2009, 804, 806.

⁶⁴ *Gaul* (Fn. 61), DStR 2009, 804, 806.

⁶⁵ *Gaul* (Fn. 61), DStR 2009, 804 (806); vgl. *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohm/Freitag*, 4. Auflage, 2020, § 119 HGB Rn. 81 f.

⁶⁶ *Gaul* (Fn. 61), DStR 2009, 804 (806).

⁶⁷ *Gaul* (Fn. 61), DStR 2009, 804 (806).

⁶⁸ OLG Celle Urt. v. 26.08.1998-9 U 56/98 = NZG 1999, 64 (64).

⁶⁹ OLG Celle Urt. v. 26.08.1998-9 U 56/98 = NZG 1999, 64 (65).

⁷⁰ BGH Urt.v.07.06.1999-II ZR 278-98 = NJW 1999, 3113 (3115) = DStR 1999, 1325 (1326); *Gaul* (Fn. 61), DStR 2009, 804 (806).

Die Regelung des § 113 II HGB n.F. trägt diesem Bedürfnis Rechnung.

ff) *Wirkung des klagestattgebenden Urteils*

In Orientierung an § 248 I 1 AktG erstreckt § 113 VI HGB n.F. die Wirkung eines klagestattgebenden Urteils über den klagenden Gesellschafter und die beklagte Gesellschaft hinaus auf alle Gesellschafter.

Diese Wirkung *erga omnes* dient der Rechtssicherheit, versperrt sie anderen Gesellschaftern doch Klagen gestützt auf den angegriffenen – und vom Gericht für nichtig erklärten – Beschluss.⁷¹ Diese wären aufgrund entgegenstehender Rechtskraft bereits als unzulässig abzuweisen.⁷²

Noch größer nähme sich die erreichte Rechtssicherheit freilich aus, gälte § 113 VI HGB n.F. auch für klageabweisende Urteile; so würde auch in diesem Fall das Schicksal des Beschlusses einer endgültigen Klärung zugeführt. Dies berührte jedoch das in Art. 103 I GG verbrieftete Recht auf rechtliches Gehör in womöglich nicht zu rechtfertigender Weise.⁷³ Dergestalt bliebe es nämlich den übrigen Gesellschaftern verwehrt, andere Mängel bezogen auf denselben Beschluss gerichtlich geltend zu machen, obgleich die Klagefrist des § 112 HGB n.F. bei ihnen ggf. aufgrund eines unterschiedlichen Bekanntgabezeitpunkts noch nicht abgelaufen ist. Ein klageabweisendes Urteil wirkt folglich nur *inter partes*, § 113 VI HGB n.F. *e contrario*.⁷⁴

b) Nichtigkeitsklage, § 114 HGB n.F.

§ 114 S. 1 HGB n.F. erklärt die §§ 111 und 113 HGB n.F. für entsprechend anwendbar, erhebt ein Gesellschafter gegen die Gesellschaft Nichtigkeitsklage, d.h. nach der Legaldefinition des § 110 II 2 HGB n.F. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses. In Anbetracht der fehlenden Inbezugnahme des § 112 I HGB n.F. ist die Nichtigkeitsklage nicht fristgebunden.⁷⁵

71 RegE (Fn. 1) S. 235.

72 *Foerste/Musielak/Voit*, ZPO, 18. Auflage, 2021, Vorbemerkung §§ 253 – 299a Rn. 5a.

73 RegE (Fn. 1) S. 235.

74 Für eine *erga-omnes*-Wirkung auch des klageabweisenden Urteils *Otte* (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (309). I. Ü. entfaltet das klagestattgebende Urteil neben der materiellen Rechtskraftwirkung des § 113 VI HGB n.F. materielle Gestaltungswirkung nach § 110 II S. 1 Nr. 2 HGB n.F. (»Ein Gesellschafterbeschluss ist von Anfang an nichtig, wenn er nach einer Anfechtungsklage rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist.«). Das Urteil führt somit zu einer für und gegen jedermann wirkenden Gestaltung der materiellen Rechtslage: Der Beklagten, namentlich der Gesellschaft, obliegt es, den durch Beschlussfassung geschaffenen und ihr zurechenbaren rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, vgl. RegE (Fn. 1) S. 278.

75 Nichtigkeits- und Anfechtungsklage haben denselben Streitgegenstand, sodass eine jede Nichtigkeits- eine Anfechtungsklage enthält und umgekehrt; vor Ablauf der Frist des § 112 I HGB n. F. muss der Kläger also nicht Farbe bekennen, ob er den angegriffenen Beschluss für nichtig oder für bloß anfechtbar erachtet; dem Gericht steht das Erkennen auf beide Fehlerfolgen offen (§ 308 I ZPO) vgl. *Otte* (Fn. 6), RFamU 2023, 306 (309).

c) (Kombinierte) positive Feststellungsklage, § 115 HGB n.F.

§ 115 HGB n.F. regelt die Verbindung von Anfechtungs- und Feststellungsklage. § 115 S. 1 HGB n.F. zufolge kann ein Gesellschafter, wendet er sich gegen einen Beschluss, mit dem ein Beschlussvorschlag abgelehnt wurde, seinen Antrag auf Nichtigerklärung ebendieses ablehnenden Beschlusses mit dem Antrag verbinden, dass ein Beschluss festgestellt werde, der bei Annahme des Beschlussvorschlags rechtmäßig gefasst worden wäre (sog. positive Beschlussfeststellungsklage).

§ 115 S. 1 HGB n.F. unterstreicht, dass der Feststellungsklage (§ 256 I ZPO), die *de lege lata* in sämtlichen Beschlussmängelstreitigkeiten anzustrengen ist, nach Umstellung auf das Anfechtungsmodell ein eigener Anwendungsbereich verbleibt.⁷⁶ Die Anfechtungsklage verdrängt die Feststellungsklage nämlich nur insoweit, als das Begehren des klagenden Gesellschafters § 110 I HGB n.F. entspricht, mithin auf Nichtigerklärung eines Beschlusses wegen Verletzung von Rechtsvorschriften gerichtet ist.⁷⁷

Relevant wird eine derartige Klageverbindung, stellt ein Versammlungsleiter zu Unrecht (bspw. bei Vorliegen eines Zählfehlers oder fehlerhaft angenommener Mehrheitsverhältnisse) die Ablehnung eines Beschlusses – wiederum im Wege des Beschlusses – förmlich fest.⁷⁸ Bevor das Gericht eine Feststellung des »wahren« – d. h. bei fehlerfreier Zählweise bzw. Annahme der Mehrheitsverhältnisse verabschiedeten – Beschlusses treffen kann, gilt es, die vorläufige Bestandskraft des vom Versammlungsleiter festgestellten Beschlusses aufzuheben.⁷⁹ Dies geschieht im Wege der Anfechtungsklage.

Dem Gesellschafter wird es indes oftmals unzumutbar sein, sich auf die Anfechtung zu beschränken und einen neuen Beschluss des Inhalts des anfänglichen, rechtswidrig abgelehnten Beschlusses i.R.e. erneuten Abstimmung in der Gesellschafterversammlung herbeizuführen, könnten sich doch im Interim die Mehrheitsverhältnisse zu seinen Ungunsten verschoben haben.⁸⁰

In derlei Konstellationen schafft die Verbindung von Anfechtungsklage und positiver Beschlussfeststellungsklage Abhilfe.

Für letztere gilt nach § 115 S. 2 HGB n.F. gleichfalls eine dreimonatige Klagefrist, das Landgericht als ausschließlich zuständig und die Gesellschaft als richtige Klagegegnerin.

d) Isolierte Feststellungsklage und Unwirksamkeitsklage – gesetzgeberische Analogievorschläge

Die Feststellungsklage allein ist statthaft, wenn das Gericht zur Klärung der Frage angerufen wird, *ob* überhaupt und

76 RegE (Fn. 1) S. 235.

77 RegE (Fn. 1) S. 235.

78 RegE (Fn. 1) S. 236.

79 RegE (Fn. 1) S. 236.

80 RegE (Fn. 1) S. 236.

bejahendenfalls *mit welchem Ergebnis* ein Beschluss gefasst wurde. Der Gesetzesentwurf sieht von einer gesetzlichen Regelung der isolierten Beschlussfeststellungsklage ob der Mannigfaltigkeit denkbarer Konstellationen ab.⁸¹

Die Klage ist gegen den Gesellschafter zu richten, gegen den ein Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 I 1 ZPO in Gestalt einer Meinungsverschiedenheit über das Zustandekommen eines Beschlusses besteht: Während der klageerhebende Gesellschafter die Beschlussfassung im Einklang mit seinem Beschlussvorschlag geltend macht, geht der andere Gesellschafter von der Ablehnung ebendieses Beschlussvorschlags aus.⁸² Auch aus der umgekehrten Situation erwächst freilich ein Feststellungsinteresse.⁸³

Der Gesetzesentwurf möchte den praktischen Schwierigkeiten⁸⁴ bei großer Gesellschafterzahl, wie sie insbesondere Publikumskommanditgesellschaften aufweisen, auf zweierlei Weise Abhilfe schaffen: Zum einen geht er von einer Passivlegitimation der Gesellschaft analog § 113 II 1 HGB n.F., zum anderen von einer Rechtskrafterstreckung analog § 113 VI HGB n.F. aus, um das vom Gericht erkannte Beschlussergebnis für und gegen sämtliche Gesellschafter verbindlich festzustellen.⁸⁵

Der Gesetzesentwurf bleibt nicht auf halbem Wege stehen und erstreckt die angedachte Analogie auf § 113 I HGB n.F.: Auch für die isolierte Feststellungsklage möge ausschließlich das Landgericht am Sitz der Gesellschaft zuständig sein.⁸⁶

Allein eine Analogie zu § 112 HGB n.F. scheidet aus.⁸⁷ Die einer isolierten Beschlussfeststellungsklage zugrundeliegende Konstellation zeichne sich gerade durch das Fehlen einer förmlichen Beschlussfeststellung bzw. der Beschlussbekanntgabe und damit eines Anknüpfungspunkts für den Lauf einer Klagefrist aus, vgl. § 112 II HGB n.F.⁸⁸

Der Gesetzesbegründung zufolge sollen bei den kaufmännischen Personengesellschaften folglich im Ergebnis sowohl die kombinierte (über den Verweis des § 115 S. 2 HGB n.F.) als auch die isolierte Feststellungsklage (über eine Analogie zu § 113 HGB n.F.) den Vorschriften über die Anfechtungsklage (teilweise) unterworfen werden.

Darin jedoch erschöpfen sich die vom Gesetzgeber vorgeschlagenen Analogien nicht. So erachtet er für die Geltendmachung der Unwirksamkeit die analoge Anwendung des § 114 HGB n. F. für angezeigt.⁸⁹

Nach zuvor geltender Rechtslage hat der in seinen Rechten verletzte Gesellschafter auch insoweit eine Feststellungsklage nach § 256 I ZPO anzustrengen.⁹⁰

Zwar sehen weder § 114 HGB n.F. noch § 256 I ZPO eine Frist vor. Jedoch richtet sich die Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft selbst und ein ihr stattgebendes Urteil erstreckt die Rechtskraft auf sämtliche Gesellschafter, § 114 S. 1 i.V.m. § 113 II, VI HGB n.F.⁹¹

Da in der Klageerhebung des Gesellschafters die Versagung der Zustimmung zum Eingriff in sein relativ unentziehbares Recht zu erblicken und die Klage demgemäß auf die Feststellung der endgültigen Unwirksamkeit des Beschlusses gerichtet ist, hält der Gesetzesentwurf eine Gleichsetzung mit der Feststellung der Nichtigkeit für angebracht.⁹²

Diese vom Gesetzgeber empfohlenen bzw. prognostizierten Analogiebildungen sind insofern bemerkenswert, als nach allgemeiner Auffassung eine Analogie einer planwidrigen – d.h. vom Gesetzgeber gerade übersehenen – Regelungslücke bedarf.⁹³

Prima vista verunmöglicht mithin der eine Analogie vorschlagende Gesetzgeber ebendiese.⁹⁴

Keineswegs aber ist ausgemacht, dass sich die Rechtsprechung in dem ihr eigenen Pragmatismus von derlei dogmatischen Hürden aufhalten lässt. Untermauern ließe sich ein solch ergebnisorientierter Ansatz mit der Erwägung, dass das Kriterium der Planwidrigkeit im Bestreben wurzelt, Exegeten sich bei der Rechtsfortbildung nicht allzu weit vom positiven Recht und dem in ihm verkörperten gesetzgeberischen Willen entfernen zu lassen.⁹⁵

Ebendas jedoch ist nicht zu gewärtigen, gibt der Gesetzgeber selbst sein Plazet für eine Rechtsfortbildung. Planwidrig ist dieser Überlegung folgend eine Regelungslücke nur dann *nicht*, hat der Gesetzgeber sie gesehen, sich gegen ihre gesetzliche Ausfüllung entschlossen *und die Lückenhaftigkeit für gut befunden*. Vermag sich der Gesetzgeber aber wie hier trotz Kenntnis der gesetzlichen Lücke nicht zur Schließung derselben durchzurufen, möchte er aber der Rechtsprechung nichtsdestoweniger Vorschläge zur Lückenbewältigung an die Hand geben, so darf sie sich demnach durchaus von diesen inspirieren lassen.

81 RegE (Fn. 1) S. 236.

82 RegE (Fn. 1) S. 236; vgl. BeckOKG-GmbHG/*Leinekugel*, Stand: 01.08.2023, Anhang § 47 Rn. 267.

83 RegE (Fn. 1) S. 279; vgl. BGH, Urt. v. 09.12.1968 – II ZR 57/67 = NJW 1969, 841 (842).

84 Siehe oben S. 2.

85 RegE (Fn. 1) S. 236.

86 RegE (Fn. 1) S. 236.

87 RegE (Fn. 1) S. 236.

88 RegE (Fn. 1) S. 236.

89 RegE (Fn. 1) S. 237.

90 Vgl. BGH Urt. v. 21.10.2014 – II 84/13 = BGHZ 203, 77 Rn. 17; BGH Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08 = BGHZ 183, 1 Rn. 12; BGH, Urt. v. 05.03.2007 – II ZR 282/05 = ZIP 2007, 766 Rn. 15; BeckOK-GmbHG/*Leinekugel* (Fn. 82), § 47 Rn. 151.

91 *Noack* (Fn. 3), ZIP 2020, 1382 (1384); *Drescher* (Fn. 22), S. 131.

92 RegE (Fn. 1) S. 236 f.; vgl. *Noack* (Fn. 3), ZIP 2020, 1382 (1384).

93 *Danwerth*, Analogie und teleologische Reduktion – zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, ZfPW 2017, 230 (233).

94 *Danwerth*, (Fn. 93), ZfPW 2017, 230).

95 – zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, *Danwerth* (Fn. 93), ZfPW 2017, 230 (233, 370).

Eine solch extensive, der *Raison d'Être* des Kriteriums gleichwohl Rechnung tragende Lesart der Planwidrigkeit, lässt eine Umsetzung der gesetzgeberseits unterbreiteten Analogievorschläge auch dogmatisch gangbar erscheinen.

e) Feststellungsklage bei GbR und PartG

Auch bei einem solch weiten Verständnis scheidet für die GbR und PartG die analoge Anwendung der §§ 110 ff. HGB n. F. auf die hier weiterhin allein statthafte Feststellungsklage.

Insoweit fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke, nimmt der Gesetzesentwurf doch die nichtkaufmännischen Personengesellschaften vom Anfechtungsmodell aus⁹⁶ – und zwar in bewusster Abweichung vom Mauracher Entwurf, der ein einheitliches Beschlussmängelrecht für alle Personengesellschaften vorsah.⁹⁷

Mit der in der Gesetzesbegründung für GbR und PartG vorgesehenen Möglichkeit, das Anfechtungsmodell gesellschaftsvertraglich nachzubilden, möchte sich manch Vertreter im Schrifttum indes nicht begnügen.⁹⁸

So beschließt bspw. *Schmidt* seine Philippika gegen die gesetzgeberische Begrenzung des Anfechtungsmodells recht apodiktisch wie folgt:

»Ist aber das traditionelle Beschlussmängelrecht so unsachgemäß, wie es der MoPeG-Entwurf darstellt, so ist auf rechtsfortbildende Fortschreibung [der 110 ff. HGB n.F.] für alle mehrheitlich beschließenden Außen-Personengesellschaften zu sinnen. Die hiermit im Widerspruch zur Gesetzesbegründung vorgeschlagene Fortbildung druckfrischer Rechtsregeln ist zugegebenermaßen ein irregulärer, nachgerade gewalttätiger [sic!] Vorschlag, aber sie harmoniert mit der Monstrosität ihres Geburtsfehlers. [...] Wo andere auf kautelarjuristische Opt-in-Gestaltungen warten, verdient die analoge Anwendung der §§ 110 ff. HGB n.F. auf Mehrheitsbeschlüsse in Partnerschaftsgesellschaften und BGB-Außen-gesellschaften den Vorzug.«⁹⁹

Besagte Irregularität einer Analogiebildung aber stellen *Claußen* und *Pieronczyk* gerade in Abrede. So bestimme sich die Planwidrigkeit nicht nach rechtspolitischer Kritikwürdigkeit, sondern der Unvollständigkeit des Gesetzes gemessen an seinem eigenen Normzweck.¹⁰⁰ Gerade in diesem Sinne sei das MoPeG unvollständig, ziele es doch auf die Herstellung von u. a. den Klagegegner und die Beschlusswirksamkeit betreffende Rechtssicherheit überall dort ab, wo Bedarf nach einer solchen Sicherheit bestehe;¹⁰¹ diesen Bedarf

attestieren sowohl *Schmidt* als auch *Claußen* und *Pieronczyk* der nach dem Mehrheitsprinzip beschließenden Außen-GbR.¹⁰²

Darin erschöpft sich der Normzweck bei Lichte gesehen indes nicht. Dem Gesetzgeber ist zugleich daran gelegen, die Anwendbarkeit des Beschlussmängelregimes mittelbar vom typischerweise zu erwartenden Professionalisierungsgrad der jeweiligen Personengesellschaft abhängig zu machen. Ob wiederum diese Differenzierung sinnig ist, ist eine rechtspolitische Entscheidung. In Tat und Wahrheit geht es daher durchaus um deren Kritikwürdigkeit und nicht bloß um die anhand des Normzwecks zu bestimmende Unvollständigkeit.

Anders gewendet: Die Beschränkung des Anfechtungsmodells auf OHG und KG ist gerade plangemäß.

II. Meinungsstand zur Erstreckung des Anfechtungsmodells lediglich auf Personenhandelsgesellschaften

Der Befund, dass selbst dogmatische Volten nicht über die Erstreckung des Anfechtungsmodells lediglich auf Personenhandelsgesellschaften hinweghelfen, trifft freilich keine Aussage über die Güte dieser gesetzgeberischen Entscheidung.

Zwar gesteht der Gesetzesentwurf ein, dass die sog. institutionellen Voraussetzungen für das dem Aktienrecht nachgebildete Anfechtungsmodell für alle rechtsfähigen Personengesellschaften vorlägen.¹⁰³ Diese institutionellen Voraussetzungen bestünden in einer gewissen rechtlichen Verselbständigung des Verbandes gegenüber seinen Mitgliedern, der damit einhergehenden Existenz eines geeigneten Beklagten und der – aus dem Abbedingen des Einstimmigkeitsprinzips aus § 714 BGB-E und §109 III HGB n.F. resultierenden – Unterwerfung der Mitglieder unter eine Mehrheitsentscheidung.¹⁰⁴

Dennoch verlange das Anfechtungsmodell einen gewissen Professionalisierungsgrad und stelle demnach Mindestanforderungen an die Formalisierung des Beschlussverfahrens.¹⁰⁵ Diese wiesen für gewöhnlich eher die Personenhandelsgesellschaften OHG und KG als die nichtkaufmännischen Rechtsformen GbR und PartG auf.¹⁰⁶

Vertreter des Schrifttums ziehen allerdings in Zweifel, ob besagte Formalisierung der Beschlussfassung ein tragfähiges Differenzierungskriterium darstellt.¹⁰⁷ Denn der Gesetzes-

⁹⁶ vgl. RegE (Fn. 1) S. 111.

⁹⁷ *Lieder* (Fn. 2), ZRP 2021, 34 (35).

⁹⁸ Vgl. RegE (Fn. 1) S. 111.

⁹⁹ *Schmidt* (Fn. 5), ZHR 187 (2023), 107 (116).

¹⁰⁰ *Claußen/Pieronczyk*, Das Beschlussmängelrecht in der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Ein Plädoyer für die Erstreckung des Anfechtungsmodells auf die »eGbR«, NZG 2021, 620 (628); vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1995), S. 373 f.

¹⁰¹ *Claußen/Pieronczyk* (Fn. 102), NZG 2021, 620 (628).

¹⁰² *Claußen/Pieronczyk* beschränken ihre Analogieforderung auf die sog. eingetragene GbR (eGbR), NZG 2021, 620 (628).

¹⁰³ RegE (Fn. 1) S. 111.

¹⁰⁴ RegE (Fn. 1) S. 228.

¹⁰⁵ RegE (Fn. 1) S. 111.

¹⁰⁶ RegE (Fn. 1) S. 111.

¹⁰⁷ Siehe insb. *Tröger/Happ* (Fn. 4), NZG 2021, 133 (137), *Lieder* (Fn. 2), ZRP 2021, 34 (35) und *Schmidt* (Fn. 5), ZHR 187 (2023), 107 (114); Letzterer geißelt den gesetzgeberischen Verweis auf die bei der GbR gemeinhin fehlende Formalisierung des Beschlussverfahrens gar als »Kardinalfehler« und »verhängnisvolle Denkweise«, durch die sich eine »legislatorische Altlast«

entwurf selbst perpetuiert die behauptete fehlende Professionalisierung bei GbR und PartG, indem es mit § 109 HGB n.F. einzig die Beschlussfassung von OHG und KG formalisiert; anders gewendet liegt es gerade in der Hand des Gesetzentwurfes, die für das Anfechtungsmodell für vonnöten erachtete Professionalisierung auch der GbR aufzuerlegen.¹⁰⁸

Die Uneinheitlichkeit des Beschlussmängelrechts birgt ferner Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn bspw. eine anfangs kleingewerbliche GbR angesichts zunehmender Geschäftstätigkeit unbemerkt in den Anwendungsbereich der §§ 105 I 1, II HGB fällt, oder umgekehrt eine nichteingetragene OHG sich zur GbR wandelt.¹⁰⁹

Dem vermag entgegengehalten werden, dass die Anwendung des Anfechtungsmodells ohnehin nur für die Außen-GbR in Frage kommt und somit an anderer Stelle ein Abgrenzungsproblem, namentlich zur Innen-GbR, entsteht.¹¹⁰ Denn letztere ist auch nach neuerer Rechtslage nicht rechtsfähig und damit kein i.S.v. § 113 II 1 HGB n.F. tauglicher Klagegegner, vgl. §§ 740 ff. BGB-E.

Zudem lässt das Anfechtungsmodell im Allgemeinen eine Zunahme von Klagen erwarten, was gewissermaßen gegen die Erstreckung desselben auch noch auf die GbR spricht.¹¹¹ Beim Feststellungsmodell ist eine gesonderte Klage gegen den Beschluss nämlich insoweit verzichtbar, als dass dessen Nichtigkeit auch ohne Klage im Wege der Einwendung gegen bzw. als Vorfrage für einen Anspruch geltend gemacht werden kann.¹¹² Nach dem Anfechtungsmodell ist der Betroffene jedoch im Zweifelsfall auf eine Klage verwiesen, möchte er sich nicht letztlich die aus der Bestandskraft bzw. dem Klagefristablauf resultierende Wirksamkeit entgegenhalten lassen.¹¹³

Einzig ein einheitliches personengesellschaftliches Beschlussmängelrecht entspräche jedoch dem mit dem MoPeG nachvollzogenen Leitbildwandel der GbR »vom Vertrag zur Organisation«^{114, 115} Diese muss kraft ihrer Stellung als Rechtssubjekt¹¹⁶ auch Zurechnungssubjekt der kollektiven Willensbildung und damit Beklagte einer Beschlussmängelklage sein.¹¹⁷

Da zunehmend das Mehrheitsprinzip vereinbart wird (vgl. §§ 708, 714 BGB n.F., §§ 108, 109 III, IV HGB n.F.), besteht überdies der Konflikt zwischen Mehrheit und Minderheit

als eingangs erwähnte institutionelle Voraussetzung des Anfechtungsmodells verstärkt in sämtlichen Personengesellschaften, die Außen-GbR inbegriffen.¹¹⁸

Dieses einheitliche Bedürfnis nach Minderheitenschutz sowie überdies nach Rechtssicherheit gebietet die Einführung des Anfechtungsmodells für sämtliche mehrheitlich beschließenden Personengesellschaften.

Die Begrenzung desselben auf OHG und KG ist daher verfehlt.

D. Fazit

Die Debatte um den gebotenen Anwendungsbereich des neuen Beschlussmängelrechts darf nicht den Blick darauf verstellen, dass die Reform an sich auf nahezu durchweg positive Resonanz trifft. Und das zu Recht: Mag man die Beschränkung des Anfechtungsmodells auf Personenhandels-gesellschaften auch für misslungen halten, so werden doch jedenfalls für diese kaufmännischen Rechtsformen die mit dem Feststellungsmodell verbundenen Praxisschwierigkeiten ausgeräumt.

Zu einem Zeitpunkt wie dem unseren, an dem ein Gesetz gerade erst in Kraft getreten ist, verbleiben naturgemäß Fragen nach den Auswirkungen für die Rechtspraxis, im Falle des Beschlussmängelrechts des MoPeG vor allem:

Wird das Anfechtungsmodell im Vergleich zum Feststellungsmodell tatsächlich zu einer Zunahme von Klagen führen? Wie viele GbRs werden das Anfechtungsmodell gesellschaftsvertraglich nachbilden? Und inwieweit wird die Rechtsprechung – ungeachtet der dogmatischen Zweifel – von den in der Gesetzesbegründung angeratenen Analogien für die isolierte Feststellungs- und die Unwirksamkeitsklage Gebrauch machen?

Die Zeit wird zeigen, ob das neue Beschlussmängelrecht selbst von Mängeln frei ist.

ins reformierte Personengesellschaftsrecht hinüberrette.

¹⁰⁸ *Tröger/Happ* (Fn. 4), NZG 2021, 133 (138); *Lieder* (Fn. 2), ZRP 2021, 34 (35).

¹⁰⁹ *Tröger/Happ* (Fn. 4), NZG 2021, 133 (139); *Lieder* (Fn. 2), ZRP 2021, 34 (35).

¹¹⁰ *Drescher* (Fn. 22), S. 138.

¹¹¹ *Drescher* (Fn. 22), S. 126.

¹¹² Ebd.

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ RegE (Fn. 1) S. 107.

¹¹⁵ *Tröger/Happ* (Fn. 4), NZG 2021, 133 (138).

¹¹⁶ Vgl. RegE (Fn. 1) S. 103.

¹¹⁷ *Tröger/Happ* (Fn. 4), NZG 2021, 133 (138).

¹¹⁸ *Tröger/Happ* (Fn. 4), NZG 2021, 133 (138); vgl. *Schmidt* (Fn. 5), ZHR 187 (2023), 107 (115).

StrafR Aufsatz

Milan Horey*

Die Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit

A. Einführung

1.658 Ermittlungsverfahren wegen möglicher Verstöße gegen das Infektionsschutzgesetz (IfSG) wurden nach Angabe der ZEIT online allein bei den Staatsanwaltschaften in Niedersachsen zwischen Beginn der Covid19-Pandemie im Frühjahr 2020 und der Datenerhebung am 14.5.2021 eingeleitet.¹ Das bedeutet rund 1.700 Strafverfahren wegen Handlungen, die gegen Normen des IfSG verstoßen haben könnten. Doch war die Einstufung dieser Vorschriften als Strafnorm notwendig? Hätten diese Handlungen vom Gesetzgeber nicht viel eher als Ordnungswidrigkeiten eingestuft werden sollen?

133.915 potenziell strafwürdige Verstöße gegen § 265a StGB erfasst das Bundeskriminalamt in der Polizeilichen Kriminalstatistik für gesamt Deutschland im Jahr 2022.² Am 23.11.2023 vermeldeten dann jedoch mehrere Zeitungen übereinstimmend, dass Bundesjustizminister *Buschmann* beabsichtige, »Schwarzfahren«, das bisher gem. § 265a StGB als Straftat der Leistungerschleichung gewertet und verfolgt wurde, zu einer Ordnungswidrigkeit »herabzustufen«.³

47.023 Menschen wurden in Deutschland 2021 zu einer Strafe in Folge einer sogenannten »Trunkenheitsfahrt« verurteilt.⁴ In Hessen waren rund 7,4 % aller Verurteilungen (44.800) im Jahr 2021 solche nach § 316 StGB.⁵ Eine solche Verurteilung kann eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr

bedeuten. Doch wie lässt sich dies angesichts dessen rechtfertigen, dass § 24a StVG ebenfalls das alkoholisierte Fahren rügt, jedoch nur eine Ordnungsbuße zur Konsequenz hat?

Diese Zahlen zeigen auf, dass gerade auf wenig gravierend erscheinende Handlungen jährlich viele Strafverfolgungen und Verurteilungen folgen. An der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung solcher bagatellhafter Delikte⁶ besteht jedoch oftmals ein deutlich geringeres öffentliches Interesse⁷ als z.B. an der Verfolgung von Diebstahl, Betrug, Raub oder Körperverletzungen. Beim zweiten Blick auf die aufgezeigten Statistiken entsteht deshalb die rechtliche, kriminologische, aber auch strafrechtstheoretische Frage, was eine Handlung materiellrechtlich zu einer Straftat macht und wann als Alternative eine Ordnungswidrigkeit infrage kommt.

Da sich die Gerichtsbarkeit und auch der Täter auf die Einordnung von delinquenten Handlungen durch den Gesetzgeber verlassen,⁸ wird sich in der Wissenschaft seit langem darum bemüht, zur Beantwortung dieser Frage klare, eine gesetzgeberische Willkür ausschließende Abgrenzungskriterien aufzustellen. Die Ziele: Rechtsverständnis und Kontrolle des Gesetzgebers.

B. Untersuchungen

I. Historische Abgrenzungsidee

1902 veröffentlichte *James Goldschmidt* das Buch »Das Verwaltungsstrafrecht«. Darin unterschied er zwischen dem »Wollendürfen« und der »Wohlfahrt«.⁹ Als Ausübungsinstrument für das eigene »Wollendürfen«, aber auch als Eindämmungsinstrument gegenüber »gegerischem« expandierenden »Wollendürfen« jedes Individuums verstand er das Recht.¹⁰ Als die sichernde Instanz des von den Individuen nicht immer zwangsweise konkret verfolgten, aber dennoch allgemeinen Zwecks einer Gesellschaft (»Wohlfahrt«) begriff er die Verwaltung.¹¹ Zudem ging er davon aus, dass Rechtswidrigkeit (und damit: Unrecht) er-

* *Milan Horey* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer Seminararbeit im Rahmen des Seminars »Kriminalität und Kriminalisierung« des Schwerpunktbereichs VI bei Prof. Dr. *Alexander Baur* hervor.

1 ZEIT online, Corona-Verstöße: Rund 1600 Ermittlungsverfahren, <https://www.zeit.de/news/2021-05/14/corona-verstoesse-rund-1600-ermittlungsverfahren>, zuletzt abgerufen am 25.3.2024.

2 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik für gesamt Deutschland im Jahr 2022, <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=211742>, zuletzt abgerufen am 25.3.2024.

3 ZEIT online, Bernhardt: Schwarzfahren endlich entkriminalisieren, <https://www.zeit.de/news/2023-11/23/bernhardt-schwarzfahren-endlich-entkriminalisieren>, zuletzt abgerufen am 25.3.2024; Süddeutsche Zeitung online, Bernhardt: Schwarzfahren endlich entkriminalisieren, <https://www.sueddeutsche.de/panorama/justiz-schwerin-bernhardt-schwarzfahren-endlich-entkriminalisieren-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-231123-99-47507>, zuletzt abgerufen am 25.3.2024.

4 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2021, https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?__blob=publicationFile, S. 120, zuletzt abgerufen am 25.3.2024.

5 Hessisches Statistisches Landesamt, Strafverfolgungsstatistik 2021, https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/HEHeft_derivate_00012732/BV11_j21_a.pdf, S. 15 ff., zuletzt abgerufen am 25.3.2024.

6 Bzgl. Schwarzfahrens: Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger, StGB, 5. Auflage (2021), § 265a Rn. 2.

7 *Jarvers*, Die »Entkriminalisierung« von Bagatelldelikten in Italien, ZStW 2016, 549 (570); vgl. *Hoven*, Bagatelldelikte: Zum Umgang mit »geringfügigen Straftaten« im materiellen und prozessualen Recht, JuS 2014, 975 (976); *Eser*, Die Abgrenzung von Straftat und Ordnungswidrigkeit (1961), S. 126.

8 Vgl. ebd.

9 *Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht (Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Ebene) (1902), S. 529.

10 *Goldschmidt* (Fn. 9), S. 531 ff.

11 *Goldschmidt* (Fn. 9), S. 532.

fordere, dass sowohl formell gegen eine Norm verstoßen als auch materiell ein Rechtsgut beeinträchtigt werde.¹²

Er ging demnach von einem materiellen Unterschied zwischen dem eigentlichen Strafrecht als Grenze und Schutz des »Wollendürfens« und dem Verwaltungsstrafrecht (welches er systematisch dem Verwaltungsrecht zordnete)¹³ als Schutz der »Wohlfahrt« aus: Während ersteres materielle Rechtsverstöße als Unrecht ahnde, fehle es bei Verwaltungswidrigkeiten mangels Rechtsgutsverletzung am materiellen Unrecht, sodass das Verwaltungsstrafrecht nur formelle Normverstöße ahnde.¹⁴ Für ihn kam dabei die Verwaltung selbst als materielles Schutzgut nicht infrage.¹⁵ Er definierte das Verwaltungsstrafrecht als: »Inbegriff derjenigen Vorschriften, durch welche die mit der Förderung des öffentlichen oder staatlichen Wohls betraute Staatsverwaltung im Rahmen staatsrechtlicher Ermächtigung in der Form von Rechtssätzen an die Übertretung einer Verwaltungsvorschrift als Tatbestand eine Strafe als Verwaltungsfolge knüpft.«¹⁶

Infolge dieser ersten wissenschaftlichen und theoretischen Ansätze *Goldschmidts* wurde auf den Deutschen Juristentagen 1902 und 1908 vorgeschlagen, als Übertragung auf die Praxis die Übertretungen aus dem Reichsstrafgesetzbuch zu entfernen und ein eigenes Reichspolizeigesetzbuch zu schaffen.¹⁷

Als dies im Vorentwurf von 1909 abgelehnt wurde,¹⁸ entwickelten *James Goldschmidt*, *Wilhelm Kahl*, *Karl von Lilienthal* und *Franz von Liszt* 1911 eigenhändig einen Gegenentwurf. Dieser unterschied zwar zwischen Straftat und gesonderten Übertretungen, normierte sie jedoch noch mit einheitlichen Rechtsfolgen.¹⁹ Auch die folgenden Entwürfe gingen noch ähnlich vor.

II. Neuere Versuche einer klaren Grenzziehung

1. Jüngere Entwicklung hin zu formalen Unterschieden

Erst nach dem Ende des Nationalsozialismus ab Reform des Wirtschaftsstrafgesetzes 1952 und Geltung des Grundgesetzes (GG) 1949 sowie des aus dem Strafgesetzbuch

(StGB) ausgesonderten Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) 1952 wurde dann aktiv gesetzlich zumindest zwischen den unterschiedlichen *Rechtsfolgen* von Straftat und Ordnungswidrigkeit differenziert.²⁰ Zudem wurde aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips des Art. 20 III GG, vor allem in Verbindung mit Art. 92 GG und Art. 104 II GG die Strafgewalt der Polizei abgeschafft.²¹ Dies geschah insb. auch unter Berücksichtigung des rechtspolitischen Ziels, »der Justiz gegenüber der Verwaltungsbehörde eine bevorrechtigte Stellung einzuräumen.«²² Durch das Einführungsgesetz für das StGB 1974 wurden zudem die letzten Ordnungstatbestände aus dem StGB entfernt.²³ Eine gesetzlich-formale Einheit zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit wurde mithin bewusst verworfen.

Seitdem gibt es folgende formale Ausgestaltungsunterschiede der Deliktsformen: Die primären Rechtsfolgen unterscheiden sich in Geld- und Freiheitsstrafe einerseits und Geldbuße andererseits; die verfolgende Instanz (Staatsanwaltschaft versus Ordnungsbehörde) ist unterschiedlich und Straftaten dürfen ausschließlich von Gerichten behandelt werden; zudem besteht bei Ordnungswidrigkeiten anders als bei Straftaten kein behördlicher Verfolgungszwang. Auch werden begangene Ordnungswidrigkeiten anders als Straftaten nicht als Vorstrafen in das Bundeszentralregister eingetragen.²⁴

2. Jüngere materiellrechtliche Abgrenzungsansätze

Trotz der somit geschaffenen formalen Rahmensetzung der Deliktsformen wurde eine *materielle* Abgrenzung nicht aktiv gesetzlich vorgenommen.²⁵ Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dem Gesetzgeber ausdrücklich freie Hand bei der Einordnung verschiedener Handlungen in die Deliktsformen zugestanden.²⁶

Dennoch wäre die Festlegung eines Maßstabes für die Erfüllung der Repräsentationspflicht²⁷ des primär durch Wahlen kontrollierten²⁸ Bundestags (Gesetzgeber) gegenüber der Bevölkerung der Rechtssicherheit und Transparenz zuträglich (siehe schon A.).

Die Orientierung am Verfolgungszweck ist dabei wenig zweckdienlich, hat doch sowohl die Ahndung einer Straftat²⁹

¹² *Goldschmidt*, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, GA 1902, 71 (84).

¹³ *Goldschmidt* (Fn. 12), 71 (90).

¹⁴ *Goldschmidt* (Fn. 12), 71 (85 f.).

¹⁵ *Goldschmidt* (Fn. 12), 71 (89).

¹⁶ *Goldschmidt* (Fn. 12), 71 (89 f.).

¹⁷ Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, S. 272 f.; Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages, S. 517; *Olshausen*, Der deutsche Juristentag. Sein Werden und Wirken, in: Eine Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum. (1910), S. 384 (449).

¹⁸ Reichsjustizamt, Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch 1909, S. 3; Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs: Erster Beitrag: Die Stellung des Vorentwurfs gegenüber dem Streit der Strafrechtsschulen (1910), S. 34.

¹⁹ *Kahl/v.Lilienthal/v.Liszt/Goldschmidt*, Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuch (1911), Vorwort IV.

²⁰ KK/*Mitsch*, Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Auflage (2018), Einleitung Rn. 36.

²¹ BVerwG NJW 1958, 1963 (1964); BT-Drs. V/1296, S. 23; BT-Drs. I/2100, S. 14.

²² BT-Drs. V/1296, S. 23.

²³ BGBl. 1974 I S. 472; Göhler/Gürtler/*Thoma/Seitz/Bauer*, Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar, 18. Auflage (2021), Einleitung Rn. 11.

²⁴ Gassner/Seith/*Gassner*, OWiG Handkommentar, 2. Auflage (2020), Einleitung Rn. 4.

²⁵ Vgl. KK/*Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 36.

²⁶ BVerfGE 22, 49 (78).

²⁷ Sachs/*Magiera*, GG, 9. Auflage (2021), Art. 38 Rn. 10.

²⁸ Dürig/Herzog/Scholz/*Greszick*, GG, Band 3, 103. EL (2024), Art. 20 Rn. 136.

²⁹ MüKoStGB/*Maier*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 4. Auflage (2020), § 46 Rn. 46.

als auch die einer Ordnungswidrigkeit³⁰ sowohl repressive als auch präventive Zwecke.³¹ Zwar hat der Bundestag in seiner Drucksache V/1296 erklärt, »der Gesetzgeber [habe sich] von dem Grundsatz leiten lassen, einmal solche Handlungen lediglich mit Geldbuße zu bedrohen, die zwar ethisch farblos sind, deren Bekämpfung jedoch im Interesse der öffentlichen Ordnung notwendig ist, zum anderen aber auch Handlungen, bei denen der Unrechtsgehalt der Tat so gering ist, daß kein Grund für das sittliche Pathos des Strafens gegeben ist«. ³² Damit legte er jedoch keine Kriterien zur Abgrenzung fest, sondern bot nur einen unbestimmten Ansatz, der aufgeteilt ist in die Orientierung am öffentlichen Interesse und die Orientierung am Gewicht des Unrechts.

Die Lehre teilt sich seit der gesetzlichen Normierung der formalen Unterschiede von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zur materiellrechtlichen Abgrenzung: Ein Teil möchte quantitativ vorgehen (*a*), wobei die Quantität das Unrechtsgewicht darstellt, ein Teil qualitativ (*b*), wobei das qualitative Merkmal teils eine Rechtsguts-, teilweise eine Individualrechtsgutsverletzung sein soll und ein Teil, der eine qualitativ-quantitative Lösung für vorzuzugswürdig hält (*c*).³³

a) »Quantitative« Theorie

Während seit der Idee der wesensmäßigen Unterscheidbarkeit *Goldschmidts* [oben B. I.] in der Lehre wiederholt behauptet wurde, finale Kriterien für die Abgrenzung gefunden zu haben, gab es stets auch eine wissenschaftliche Fraktion, die sich mit dem Finden eines geeigneten Wesensunterschiedes schwerer tat. Diese spiegelt sich heute größtenteils in der sogenannten »quantitativen« Theorie wider. Die Vertreter dieser Theorie kommen zu dem Ergebnis, dass es keinen (eindeutigen) wesensmäßigen Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit gibt. Innerhalb dieser Ansicht muss jedoch differenziert werden zwischen der »rein quantitativen« und der »unechten quantitativen« Theorie.

aa) »Rein quantitative« Theorie/materiellrechtliche (und rechtsfolgenbezogene) Einheitslehre

Die »rein quantitative« Theorie konzentriert sich bei ihren Untersuchungen größtenteils auf bereits eingestufte Delikte und will daraus einen Unterschied ableiten.³⁴ Sie kann dabei jedoch keinen anderen als einen gewichtsmäßigen Unterschied des Unrechts zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit ausmachen.³⁵ Dieser sei jedoch nicht einheitlich zwischen den Delikten im Grenzbereich definierbar, sodass ein wesensdefinierender Unterschied zwischen den beiden

Deliktsarten schlicht nicht vorliege.³⁶ Es gibt zwar auch Vertreter dieser Theorie, die im GG einen Wesensunterschied zu finden versuchen, sie halten es aber für nicht geeignet, daraus eine Abgrenzung vorzunehmen, was sie wiederum ebenfalls zu einem nur gewichtsmäßigen Unterschied führt.³⁷

Zusätzlich nehmen viele der Vertreter dieser Theorie auch keine Unterscheidung auf Rechtsfolgenebene vor: Für sie ist die für Ordnungswidrigkeiten angedrohte Geldbuße von ihrer Rechtsnatur aus eine Strafe.³⁸ Damit sei sie Teil der Strafgerichtsbarkeit iSv Art. 92 GG.³⁹ Die Verfechter dieser Ansicht kommen mithin zu dem einzig konsequenten Ergebnis, dass die Befugnis von Behörden, Bußgelder zu verhängen, verfassungswidrig ist, weil alle Delikte aufgrund ihrer Ununterscheidbarkeit den Strafgerichten zuzuweisen sind.⁴⁰

Ein anderer Teil dieser Lehre kann zwar materiellrechtlich ebenfalls keinen Unterschied zwischen den Deliktformen ausmachen, versucht aber, die Unterscheidung zwischen Strafe und Geldbuße aufrechtzuerhalten.⁴¹ Aber auch dieser Teil muss (wenn auch widerwillig) zur Verfassungswidrigkeit der Verhängungsbefugnis der Behörden kommen, da die Rechtsfolge nicht über den Anwendungsbereich des Art. 92 GG entscheiden kann, sondern an der materiellen Ununterscheidbarkeit bereits eine Verfassungswidrigkeit festgemacht werden muss.⁴² Die Gerichte sind nicht nur für das Verhängen der Rechtsfolge »Strafe« zuständig, sondern für das Behandeln von Straftaten generell.⁴³ Deshalb ist auch z.B. die Ansicht *Bettermanns*, dass von Art. 92 GG nur die Verhängung von *Freiheitsstrafen* umfasst ist⁴⁴ unbeachtlich für die Verfassungswidrigkeit der Bußgeldverhängung durch die Behörde bei materieller Ununterscheidbarkeit der Deliktformen.

Für alle Vertreter dieser »rein quantitativen« Theorie sind also Straftat und Ordnungswidrigkeit auf materieller Ebene bis auf uneinheitliche graduelle Tendenzen gleich. Die Bezeichnung »quantitative Theorie«, die indiziert, dass eine annähernd einheitliche Unterscheidung aufgrund von Gewicht vorgenommen werden kann, ist damit für sie verfehlt: Vielmehr handelt es sich teils um eine materiellrechtliche und rechtsfolgenbezogene, teils um eine nur materiellrechtliche Einheitslehre mit nur graduellen, aber nicht einheitlich qualifizierbaren Unterschieden.

³⁰ KK/Rogall (Fn. 20), § 17 Rn. 8 f.

³¹ Lemke/Mosbacher/Lemke, OWiG, 2. Auflage (2005), Einleitung Rn.12; Noak, Einführung ins Ordnungswidrigkeitenrecht – Teil 2: Rechtsfolgen, ZJS 2012, 329 (329).

³² BT-Drs. V/1296, S. 23.

³³ Vgl. BeckOK OWiG/Gerhold, 1.10.2023, Einleitung Rn. 7.

³⁴ Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage (2020), S. 16.

³⁵ Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten (1982), Band 2, S. 251; Nowroussian, Ordnungswidrigkeitenrecht (2019), S. 2.

³⁶ Schoreit, Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten, GA 1967, 225 (235); Bülte (Fn. 34), S. 16.

³⁷ Stein, Straftat und/oder Ordnungswidrigkeit? (2008), S. 130, 148.

³⁸ Mattes (Fn. 35), S. 299.

³⁹ Mattes (Fn. 35), S. 465.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Schoreit (Fn. 36), 225 (234 ff.).

⁴² Schoreit (Fn. 36), 225 (236).

⁴³ Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, GG, Band 7, 103. EL (2024), Art. 92 Rn. 52.

⁴⁴ *Bettermann*, Strafgewalt und rechtsprechende Gewalt: Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Entkriminalisierung der Verkehrsdelikte, 2. Dt. Verkehrstag 1964, 21 (45).

bb) Umschlagtheorie/«unechte quantitative» Theorie

Die zweite sogenannte »quantitative« Theorie behauptet, ein »Umschlagen« des Quantitativen ins Qualitative sei möglich, eine einheitliche quantitative Grenze also qualifizierbar.⁴⁵ Dass dies jedoch keineswegs der Fall ist, wurde von Autoren wie z.B. *Mattes* bereits eingehend dargelegt, indem eine Vielzahl von Delikten abgeglichen wurden.⁴⁶ Überdies würde die Theorie, wenn eine einheitliche Grenzziehung möglich wäre, ohnehin nicht mehr quantitativ, sondern qualitativ mit dem Merkmal des »Unrechtsgewichtsumschlagspunktes«⁴⁷ bzw. »Strafwürdigkeitsumschlagspunktes«⁴⁸ agieren. Deshalb handelt es sich auch hierbei nicht um eine »quantitative« Theorie, sondern eine »unechte quantitative« (qualitative) Theorie.

Eine quantitative Theorie ist mithin entweder eine Einheitstheorie, die zum Ergebnis kommen muss, dass die Behördenverfolgungsbefugnis verfassungswidrig ist, oder eine qualitative mit dem Merkmal des Umschlagspunktes, wobei äußerst zweifelhaft ist, dass ein solcher jemals einheitlich bestimmt wird. Insofern könnte man auch drastischer formulieren: Jede quantitative Theorie ist eigentlich eine (zumindest materiellrechtliche) Einheitstheorie.

b) Qualitative Theorie

In Anschluss an *Goldschmidts* Theorie von der Unterscheidung von Verwaltung und Recht existiert heute gegenüber den quantitativen Theorien die qualitative Theorie. Auch hier ist in zwei Formen der Ansicht abzugrenzen: Die eine (veraltete) nimmt an, dass Ordnungswidrigkeiten Verstöße gegen die Ordnung, nicht aber gegen Rechtsgüter sind (aa); die andere, dass Ordnungswidrigkeiten zumindest keine Verletzungen oder Beeinträchtigungen von Individualrechtsgütern umfassen (bb).

aa) Ordnungswidrigkeiten als »rechtsgutlose« Delikte

Diese vor allem früher vertretene Theorie differenzierte zwischen Straftaten als Rechtsgüterschutz und den Ordnungswidrigkeiten als »rechtsgutlosen« Delikten, die »Verwaltungsungehorsam« rügen sollen.⁴⁹

⁴⁵ Rotberg/*Boujong/Kleinewefers/Wilts*, Ordnungswidrigkeiten Kommentar, 5. Auflage (1975), S. 49; *Sax*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Handbuch der Grundrechte (1959), Band 3/2, S. 923.

⁴⁶ *Mattes* (Fn. 35), S. 53 ff.

⁴⁷ So *Rotberg* (Fn. 45), S. 48.

⁴⁸ So *Sax* (Fn. 45), S. 923.

⁴⁹ *Lange*, Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 1 (9); OLG Hamm GA 1969, 156 (156); Schönke/Schröder/*Eser*, StGB, 18. Auflage (1976), Vorb. § 38 Rn. 35; *Maurach*, Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil, 1. Auflage (1954), S. 15; *Patzig*, Das Ordnungswidrigkeitenrecht: Versuch einer theoretischen Standortbestimmung, VerwA 1950, 339 (341).

bb) Ordnungswidrigkeiten als nicht Individualrechtsgüter schützende Delikte

Die modernere Entwicklung innerhalb der qualitativen Theorie geht hin zu der Annahme, dass es einen Kernbereich des Strafrechts gibt, der im Schutz vor *Individualrechtsgutsbeeinträchtigungen/-verletzungen* besteht,⁵⁰ während das Ordnungswidrigkeitenrecht primär vor Verstößen gegen *überindividuelle* Interessen schützen soll.⁵¹ Es sei dabei auch nicht ausgeschlossen, dass Ordnungsvorschriften zugleich einen Schutzcharakter für Individualrechtsgüter im Vorfeld aufweisen: In erster Linie soll jedoch durch sie vor Verstößen gegen die Ordnung bewahrt werden.⁵²

c) »Qualitativ-quantitative« Abgrenzung des BVerfG

Einen vermittelnden Ansatz hat das BVerfG gefunden. Er wird »qualitativ-quantitative« Abgrenzung genannt und beinhaltet die Idee, dass es zwar (wie auch die qualitative Theorie es schon vertritt [oben B. II. 2. b]) einen Kernbereich des Strafrechts gebe, in den keine Ordnungswidrigkeit eindringen könne – mithin einen qualitativ abgrenzbaren Bereich.⁵³ Dieser Bereich sei danach abgrenzbar, ob die Handlung sich in einem solchen Maße gegen die Rechtsordnung richte, dass eine Ahndung mit Geldbuße ethisch »unerträglich«⁵⁴ erscheine – Straftat (sozialethischer Unwert),⁵⁵ oder ob bloßer Ungehorsam vorliege und mithin der »Ernst staatlichen Handelns fehle« – Ordnungswidrigkeit (technischer Unwert).⁵⁶ Ordnungswidrigkeiten hätten zudem nur den Charakter bloßer »Pflichtenmahnungen«.⁵⁷ Andererseits sei (anders als bei der qualitativen Theorie) im Grenzbereich nur eine graduelle Unterscheidung möglich, die durch den Gesetzgeber nach quantitativen Gesichtspunkten zu erfolgen habe.⁵⁸ Dabei gesteht das Gericht dem Gesetzgeber ausdrücklich freie Hand zu (siehe schon B. II. 2.).⁵⁹ Dies sei auch vorzugswürdig, da dieser Bereich dem gesellschaftlichen Wandel in besonderem Maße unterworfen sei.⁶⁰

⁵⁰ *Günther*, Die Ordnungswidrigkeit – Delikt ohne unmittelbar verletztes individuelles Opfer, in: FS Tiedemann (2008), S. 165 (168); *Kleszczewski/Krenberger*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Auflage (2023), § 1 Rn. 35; *Laustetter*, Grenzen des Glücksspielstrafrechts (2011), S. 29; *Hassemer*, Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt (2008), S. 91 f.

⁵¹ KK/*Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 115, der allerdings außerhalb des Kernbereiches nicht rein qualitativ vorgehen will.

⁵² *Müller-Engelmann*, Das Beschlussverfahren als Möglichkeit zur Entlastung der Amtsgerichte und zur Verfahrensbeschleunigung in Bagatellsachen, ZRP 6/1981, 133 (134); KK/*Mitsch* (Fn. 21), Einleitung Rn. 115.

⁵³ BVerfGE 27, 18 (29).

⁵⁴ Bülte (Fn. 34), S. 16.

⁵⁵ BVerfGE 45, 272 (289).

⁵⁶ BVerfGE 27, 18 (33); BVerfGE 45, 272 (289).

⁵⁷ BVerfGE 9, 167 (171).

⁵⁸ BVerfGE 27, 18 (30).

⁵⁹ Ebd.; BVerfGE 22, 49 (81); BVerfGE 23, 113 (126).

⁶⁰ BVerfGE 45, 272 (289).

3. Bewertung der neueren Ansichten

a) Kritik an der »quantitativen« Theorie

Wenn die »quantitativen« Theorien zur Verfassungswidrigkeit der Behörden-Befugnis zur Verhängung von Ordnungsbußen kommen, ist dies nur das konsequente Resultat. Der Kritikpunkt ist ein anderer: das Vorgehen dieser Theorien. Sie untersuchen nämlich vornehmlich bereits eingestufte Delikte. Eine Orientierung an solchen zur Strukturierung ist zwar möglich und kann Gewohnheiten des Gesetzgebers bei der Einordnung aufzeigen, sie setzt aber eigentlich zu spät an.⁶⁴ Die Frage, welcher Unterschied zwischen existierenden Straftaten und Ordnungswidrigkeiten besteht, muss umgewandelt werden in die Frage, welcher Unterschied zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten bestehen *soll*; in welche materiellen Wesensunterschiede mit den formal bereits vorgesehenen Rechtsformen »Straftat« und »Ordnungswidrigkeit« verschiedene Zuwiderhandlungen gegen Recht also eingeteilt werden *können*. Diese Theorie erliegt mithin zwangsläufig einem Zirkelschluss. Zudem spricht sogar ihre eigene Methode gegen sie: Es gibt durchaus Ordnungswidrigkeiten mit höherem Unrechtsgehalt als Straftaten (z.B. im Kartellrecht).⁶²

Gegen den Teil dieser Lehre, der zwar die Verfassung zur Unterscheidung heranzieht, aber aus ihr keinen Wesensunterschied ableiten zu können glaubt, lässt sich aufgrund ihrer legitimen Methode weniger einwenden. Es wird sich jedoch im weiteren Verlauf zeigen, dass das GG sehr wohl als zur grundlegenden Unterscheidung geeignet angesehen werden kann [unten B. III. 1.].

b) Kritik an der »qualitativ-quantitativen« Theorie

Gegen die sogenannte »qualitativ-quantitative« Methode des BVerfG spricht auf den ersten Blick nicht viel: Sie grenzt wesensmäßig zwischen Kernbereich Strafrecht und Kernbereich Ordnungswidrigkeitenrecht ab und nimmt an, dass im Grenzbereich eine Unterscheidung nur nach Gewicht möglich ist. Ihr größter Schwachpunkt ist jedoch ihre Unbestimmtheit.⁶³ Das BVerfG beabsichtigt [oben B. II. 2. c)], nach den undurchsichtigen Begriffen »sozialethischer Unwert« und »technischer Unwert« abzugrenzen und im Grenzbereich nennt es überhaupt keine Ansätze zu einer einheitlichen Wertung.

c) Kritik an den qualitativen Theorien

Die auch schon von *Goldschmidt* initiierte Trennung von Verwaltung und Recht(sgut) ist in Anbetracht dessen, dass »die ordnungsgemäße (rechtsgebundene) Verwaltungstätigkeit

(Art. 20 III GG) selbst ein Rechtsgut [...] darstellt«⁶⁴ und dass auch Ordnungswidrigkeiten sogar Individualrechtsgüter in einem Vorstadium schützen können, nicht mehr haltbar.

Die Kritik an der modernen qualitativen Theorie ist hingegen weniger intuitiv: Sie beabsichtigt, Verfassungswidrigkeiten zu vermeiden und möchte deshalb neben der Abgrenzung der Kernbereiche selbst im Grenzbereich (z.B. bei abstrakten Gefährdungsdelikten) allgemeingültige Wesensunterschiede festgemacht haben. Abgesehen davon, dass im bereits eingeordneten Recht solche nicht ohne weiteres auszumachen sind, besteht bei dieser Theorie die Gefahr, dass materiell-rechtlich-qualitative Unterschiede (insb. Individualrechtsgüterbeeinträchtigungen) konstruiert werden, nur weil ein Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit verfassungsrechtlich bestehen *muss*.⁶⁵

III. Festlegung der geeigneten Abgrenzungskriterien

Vor allem die Methode [oben B. II. 3. a)], aber auch die genauere Untersuchung des GG sprechen gegen das Vorgehen der quantitativen Theorie und für eine wesensmäßige Abgrenzbarkeit. Die Ansichten des BVerfG und der Individualrechtsgüterverletzungslehre können dafür jedoch nur die Grundlage sein: Aufgrund ihrer Unbestimmtheit und mangelnder Umfänglichkeit müssen sie konkretisiert werden. Anknüpfend werden deshalb Prämissen zur Konkretisierung aufgestellt, die darauffolgend anhand des GG spezifiziert und erläutert werden. Die Abgrenzung von Straftat und Ordnungswidrigkeit lautet wie folgt:

Es gibt einen Kernbereich des Strafrechts, in den Handlung gehören, die primär Individualrechtsgutsverletzungen (-beeinträchtigungen) des Bürgers oder des Staates *unmittelbar* zur Folge haben.⁶⁶

Ordnungswidrigkeiten sind im Kernbereich vor allem Brüche eines »Daseins- oder Gefahrenvorsorgestandards«. ⁶⁷ Zwar können auch Ordnungstatbestände im Vorfeld und mittelbar (abstrakt) vor (Individual-)Rechtsgüterbeeinträchtigungen schützen. Dies tun sie jedoch nicht unmittelbar und ohnehin liegt der Schutzfokus regelmäßig gerade nicht vornehmlich auf den Rechtsgütern, sondern primär auf der generellen Wahrung der Ordnung.⁶⁸

⁶⁴ *Kraatz*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage (2023), S. 46.

⁶⁵ Dazu neigt bezüglich des Glücksspielstrafrechts beispielweise *Laustetter* (Fn. 50), S. 191, wenn er nur deshalb davon ausgeht, dass die §§ 284, 285 StGB das Vermögen der spielenden Person schützen, um sich nicht dem »Widerspruch eines unzulässigen staatlich auferlegten Paternalismus ausgesetzt« zu sehen.

⁶⁶ So auch *KK/Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 115; in die Richtung geht auch der Vorschlag von *Fischer*, Die Legitimität des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB) – Unter besonderer Berücksichtigung des »Rechtsguts« Integrität des Sports (2020), S. 241, den Sportwettbetrug wegen fehlender Rechtsgutsverletzung dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu überführen.

⁶⁷ *Kluszczewski/Krenberger* (Fn. 50), § 1 Rn. 56.

⁶⁸ *Hefendehl*, Ordnungswidrigkeiten: Legitimation und Grenzen – Ein vergleichender Blick auf Deutschland und Chile, ZIS 2016, 636 (639); *Schmidt von Rhein*, Das schriftliche Verfahren in Bußgeldsachen, NStZ 1981, 380 (381).

⁶¹ BeckOK OWiG/*Gerhold* (Fn. 33), Einleitung Rn. 7.

⁶² *KK/Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 114; Achenbach, Ahnende Sanktionen gegen Unternehmen und die für sie handelnden Personen im deutschen Recht, Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995), S. 283 (291); dies erkennt auch *Mattes* (Fn. 35), S. 75 an.

⁶³ *KK/Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 106.

Im Grenzbereich zwischen den später zu bestrafenden und den als Ordnungswidrigkeiten zu ahnenden Handlungen, der sich in Gefährdungshandlungen erschöpft, lässt sich wie folgt unterscheiden: Handlungen, die zu konkreten und »potenziell-konkreten« Gefährdungen von Individualrechtsgütern führen, müssen Teil des Kriminalstrafrechts sein. Rein-abstrakt gefährliche Handlungen sind (sobald irgendeine Form von Ordnungsbezug gegeben ist) Ordnungswidrigkeiten oder (wenn sie ausnahmsweise ausschließlich individualrechtsgüterbezogene Gefährlichkeit aufweisen und keinen Ordnungsbezug bergen) straffrei.⁶⁹

1. Kernbereich des Kriminalstrafrechts

Die aufgelisteten Grundsätze liegen (wenn auch nicht ausdrücklich) in der Verfassung begründet.⁷⁰ Der Kernbereich des Kriminalstrafrechts ist insb. durch die Grundrechte als Individualinteressen⁷¹ aller Menschen gekennzeichnet und ist gegründet auf der Menschenwürde, der Freiheit der Willensbildung und Persönlichkeit, der Gerechtigkeit sowie Menschlichkeit⁷² und der Rechtsstellung des Staatsbürgers.⁷³ Taten, die sich gegen diese Werte richten – also gegen den Körper, die Freiheit, das Leben, die Gesundheit, die Selbstbestimmung, das Eigentum oder sonstige besonders wichtige⁷⁴ verfassungsrechtlich geschützte Güter (auch des Staates)⁷⁵ – sind Straftaten. Dies gilt allerdings nur, wenn die Güter unmittelbar beeinträchtigt oder verletzt sind.⁷⁶ Andernfalls kann das Kriminalstrafrecht als *ultima ratio* nicht mehr greifen. Das Kriminalstrafrecht ist deshalb *ultima ratio* und mithin für die verfassungsgeschützten Güter zuständig, weil es schwerere Folgen vorsieht als Ordnungstatbestände und der Gerichtsbarkeit die »wichtigeren« Fälle obliegen sollen.⁷⁷

Folglich ergibt sich zumindest der Kernbereich des Strafrechts zwingend aus der Verfassung. Gegen diese Theorien spricht auch nicht, dass man in jeglichen Ordnungswidrigkeiten ebenso Art. 20 III GG mitgeschützt sehen kann bzw. dass Ordnungswidrigkeiten teilweise auch den Schutz von Individualrechtsgütern (mit)beabsichtigen. Denn Kriterium einer Abgrenzung muss sein, ob primär und unmittelbar

daseinskonstitutive⁷⁸ Individualrechtsgüter eines anderen unmittelbar durch die Handlung beeinträchtigt werden. Liefse man ein Rechtsgut wie »die Ordnung« oder überhaupt generelle Verstöße gegen Recht für ein Inkriminieren ausreichen, griffe das *Ultima-ratio*-Prinzip zu kurz.

Auch das Argument, es müsse einen »vorpositiven« (strafrechtlichen) Rechtsgutsbegriff geben, der nicht je nach politischen Zielen des Gesetzgebers beliebig dehnbar ist,⁷⁹ schlägt fehl. Denn erstens sind die dem GG zu entnehmenden essenziellen Rechtsgüter oftmals international anerkannt⁸⁰ und der Menschheit immanent,⁸¹ sodass man den Gesetzgeber durch das GG gerade nicht nur an seinem eigenen Maßstab misst,⁸² und zweitens muss gerade eine Wandelbarkeit bestehen.⁸³ Sicherlich ist dieses Argument vor dem Hintergrund von Gewaltherrschaften wie derjenigen im Nationalsozialismus angebracht, jedoch liefse sich eine solche wohl kaum von »vorpositiven« Rechtsgütern von ihren politischen Zielen abbringen; dazu bedarf es anderer Sicherungsmechanismen. Zudem handelt es sich zwar bei der Rechtsordnung um ein Konstrukt. Dabei ist sie aber Produkt »vorpositiver« Werte und Güter, sodass die Suche dieser zwangsweise erneut ins Gesetz führt.⁸⁴

Der Kernbereich des Kriminalstrafrechts ist für Ordnungswidrigkeiten verschlossen und andersherum können Taten, die sich primär und unmittelbar gegen diese Rechtsgüter richten, auch niemals Ordnungswidrigkeiten sein.⁸⁵ Dafür, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht beabsichtigt, sich in erster Linie mit Individualrechtsgüterschutz auseinanderzusetzen, spricht insb. auch das Bußgeldverfahren. Es sieht an keiner Stelle einen Verletzten als Verfahrensbeteiligten vor und signalisiert damit, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht dem Individualrechtsgüterschutz dienen soll.⁸⁶

Wichtig ist überdies, dass nicht zwingend alle primären, unmittelbaren Individualrechtsgutsbeeinträchtigungen kriminalstrafrechtlich pönalisiert werden müssen: Bei manchen kann es auch an der Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit der Normierung als Straftat fehlen.⁸⁷

Für die Abgrenzung des Kernbereiches des Kriminalstrafrechts baut die hiesige Theorie somit noch auf dem qualitativen Ansatz *Goldschmidts* auf, nach dem kriminal-

69 Ebenso: *Frisch*, Grenzen des Strafrechts, in: FS Stree-Wessels (1993), S. 69 (91 f.); *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte (1998), S. 384 f.; in eine ähnliche Richtung: *KK/Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 118.

70 *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht (1991), S. 55; vgl. BVerfGE 27, 18 (29); vgl. *Rosenkötter*, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 6. Auflage (2002), S. 17; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte (1996), S. 144, der jedoch aus der Verfassung nur einen »negativen« Rechtsgutsbegriff entnehmen zu können glaubt; *Buß*, Der Weg zu einem deutschen Stalkingstrafatbestand (2008), S. 203 f.; *LK/Weigend*, Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Band 1, 13. Auflage (2020), Einleitung Rn. 14.

71 *Lagodny* (Fn. 70), S. 140.

72 BVerfGE 5, 85 (204 ff.); BVerfGE 6, 32 (40 ff.).

73 *Jarass/Pieroth/Kment*, GG, 17. Auflage (2022), Art. 92 Rn. 3; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht (2002), S. 380.

74 *Stein* (Fn. 37), S. 129.

75 Vgl. *Hefendehl* (Fn. 68), 636 (642).

76 So auch: *KK/Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 115.

77 Vgl. BVerfGE 22, 49 (80).

78 Vgl. *Hefendehl* (Fn. 68), 636 (642).

79 So aber *Appel*, Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens (1998), S. 357; *Stein* (Fn. 37), S. 130.

80 Vgl. zu Art. 2 GG: *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, GG, Band 1, 103. EL (2024), Art. 2 Rn. 7.

81 Vgl. *Dreier/Sauer*, GG, 4. Auflage (2023), Vorb. vor Art. 1 Rn. 18.

82 So aber *Appel* (Fn. 79), S. 357, wobei bereits fraglich ist, ob ein Messen eines demokratisch legitimierten, repräsentativen Gesetzgebers an seinem eigenen Maßstab überhaupt zu kritisieren ist.

83 BVerfG NJW 2008, 1137 (1138).

84 Vgl. ebd.; vgl. *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Auflage (2023), S. 385.

85 *Günther* (Fn. 50), S. 165 (167).

86 *Günther* (Fn. 50), S. 165 (170).

87 Vgl. *Günther* (Fn. 50), S. 165 (167).

strafrechtliche Normen einen »rechtsgutsbezogenen Freiheitskonflikt«⁸⁸ lösen sollen [oben B. I.].

2. Kernbereich des Ordnungswidrigkeitenrechts

Im Kernbereich der Ordnungswidrigkeiten stellt es sich hingegen folgendermaßen dar: Handlungen, die sich primär nur gegen einen bestimmten normierten »Daseins- oder Gefahrenvorsorgestandard« wenden, können keine Straftaten sein.⁸⁹ Bei ihnen fehlt mit den Worten des BVerfG der »Ernst staatlichen Handelns« [oben B. II. 2. c)], weil die unbedingte Schutzwürdigkeit anders als bei unmittelbaren Individualrechtsgutsverletzungen/-beeinträchtigungen sich nicht aus der Verfassung aufdrängt. Ihre Ahndung ist nichtsdestotrotz geboten, um ein gesellschaftliches geordnetes Zusammenleben zu gewährleisten.⁹⁰ Sie werden daher oftmals als Ordnungswidrigkeiten mit Bußen geahndet.

3. Grenzbereich

Der Grenzbereich zwischen zu bestrafenden und nicht zu bestrafenden Handlungen ist demnach insoweit begrenzt, als es in ihm weder um Individualrechtsgutsverletzungen/-beeinträchtigungen noch um reine Daseins- und Gefahrenvorsorgevorschriften gehen kann. Einzig verbleibend sind damit Gefährdungs- und Risikohandlungen – insb. abstrakte Gefährdungsdelikte sind dabei streitig.⁹¹

Konkrete Gefährdungen von Individualrechtsgütern sind zwar auch nur im Vorfeld einer Individualrechtsgüterbeeinträchtigungen angesiedelt, bei ihnen hängt das Nichteintreten einer Verletzung jedoch nur von vom Täter nicht kontrollierbaren Umständen ab.⁹² Mithin liegt ein hinreichende Annäherung an das Unmittelbarkeitserfordernis der Beeinträchtigung vor. Sie müssen mithin als Straftat (oder straffrei bei fehlender Verhältnismäßigkeit) klassifiziert werden.

Abstrakt gefährliche Handlungen hingegen, bei denen eine konkrete Bedrohung eines Individualrechtsguts nicht einmal potenziell in Betracht kommt, können nicht mehr als unmittelbare Verstöße gegen essenzielle Rechtsgüter der Verfassung angesehen werden. Vielmehr sind es Handlungen, die sich gegen die Gefahrenvorsorge richten. Sie dürfen nicht unter Kriminalstrafe (als *ultima ratio*) stehen.⁹³

Abstrakt gefährliche Handlungen wiederum, die die Gefahr des unvermittelten »Umschlagens« in eine konkrete

Individualrechtsgutsgefährdung beinhalten, müssen als »erweiterte Vorfeld-Delikte« Teil des Kriminalstrafrechts sein. Bei solchen Handlungen ist nämlich stets ein Individualrechtsgut präsent, dessen konkrete Gefährdung zumindest möglich ist.⁹⁴ Bei der Beurteilung, welche Handlung ein solches potenzielles »Umschlagen« beinhaltet, ist eine wertende Betrachtung nicht ausgeschlossen. Die Wertung lässt sich jedoch generell und einheitlich (qualitativ) festlegen: Eine »abstrakt« gefährliche Handlung muss und darf nur Teil des Kriminalstrafrechts sein, »insofern sie Kräfte entfesselt, die der Täter nicht mehr beherrscht, und die im Einzelfall geeignet sind, unbestimmt viele Menschen zu gefährden oder unmittelbar die freie Existenz eines Einzelnen als Ganze in Frage zu stellen.«⁹⁵

Der Gesetzgeber kann unter Berücksichtigung historischer, kultureller,⁹⁶ und anderer dem Wandel unterworfenen rechtspolitischer⁹⁷ Umstände (Gerichtskapazität, Verfolgungsinteresse, etc.) entscheiden, ob und in welcher Zahl er Ordnungstatbestände zur Verfolgung der Schaffung abstrakter Gefährlichkeit oder Straftatbestände für (potenziell) konkrete Gefahren schafft. Damit kann er als »Volksorgan« mit freiem Mandat⁹⁸, die sich wandelnden Interessen der Bevölkerung als Souverän des Staates aufnehmen und widerspiegeln. Dabei kann und muss er insb. Verhältnismäßigkeitsabwägungen anwenden.

Die vorgenommene Abgrenzung führt konsequenterweise zu dem unbequemen Umstand, dass kriminalstrafrechtlich bereits normierte abstrakte Gefährdungsdelikte, die tatbestandlich eine zumindest potenziell-konkrete Gefährdung nicht vorsehen, mit diesen Ergänzungen zu versehen oder aus dem Kernbereich des Strafrechts zu entfernen und dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu überweisen bzw. in Einzelfällen (wenn sie zur Ordnungswahrung aufgrund ihres hohen Einzelfallbezugs unsinnig sind [unten zu § 173 StGB]) straffrei zu gestalten sind.⁹⁹ Dies gilt selbst dann, wenn im Falle einer nicht potenziell-konkreten Gefährdung von der Verurteilung abgesehen werden darf, weil es bereits dem *Ultima-ratio*-Prinzip widerspricht, solche Handlungen zunächst generell unter Strafe zu stellen.¹⁰⁰

Dies ist trotz der Unannehmlichkeiten auch rechtspolitisch zu begrüßen: nämlich aufgrund der historischen Balance von Sicherheit und Freiheit. *Schünemann* spricht in diesem Zusammenhang von einem »liberalen Strafrecht«, das sich nicht in ein »Polizeistaatliches« und Präventives

88 *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat (1989), S. 352.

89 *Kleszczewski/Krenberger* (Fn. 50), § 1 Rn. 56; vgl. auch Czimek, Verbot privater Jugendpornographie – Untersuchung zu § 184c StGB unter besonderer Berücksichtigung von privaten Schriften (2019), S. 259; anders jedoch Fischer, StGB, 70. Auflage (2023), Einleitung Rn. 12 f.: Der Unterschied von Strafverfolgung und Prävention sei »unmodern«.

90 Vgl. *KK/Mitsch* (Fn. 20), Einleitung Rn. 115.

91 *Lagodny* (Fn. 70), S. 416.

92 BGH NStZ 2013, 167 (167); MüKoStGB/*Radtke*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 6, 4. Auflage (2022), vor § 306 Rn. 8; *Zieschang* (Fn. 69), S. 51.

93 Ebenso: MüKoStGB/*Hefendehl*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 5, 4. Auflage (2022), § 265a Rn. 22.

94 Vgl. *Zieschang* (Fn. 69), S. 391.

95 *Kleszczewski/Krenberger* (Fn. 50), § 1 Rn. 36 f.

96 Vgl. *Jellinek*, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Auflage (1908), S. 122, der das Strafrecht als den besten »Kulturmesser« versteht.

97 Jarass/Petersen/Weidemann/*Heine*, KrW-/AbfG, 1.9.2011, § 61 Rn. 2.

98 Vgl. BeckOK *GG/Butzer*, 15.8.2023, Art. 38 Rn. 123.

99 Ebenso: *Zieschang* (Fn. 69), S. 384 f.; Frisch (Fn. 69), S. 69 (91 f.); vgl. auch Schönke/Schröder/*Heine/Bosch*, StGB, 30. Auflage (2019), vor §§ 306 ff. Rn. 6a.

100 Ähnlich wohl auch *Zieschang* (Fn. 69), S. 383 f.

verwandeln dürfe.¹⁰¹ Dem ist zumindest insoweit zuzustimmen, als das abstrakte Gefährdungsdelikte oftmals im Ordnungswidrigkeitenrecht normiert werden können, eine »präventive Kumulierung« und mithin »Deliberalisierung« zumindest des Kriminalstrafrechts mithin nicht von Nöten¹⁰² (und obendrein systemwidrig) ist. Zudem ist zu befürchten, dass antiproportional zum Ansteigen kriminalstrafrechtlich-regulatorischer Vorfeldabwehr die Selbstverantwortung der Gesellschaft zur Gefahrenbeseitigung sinkt.¹⁰³

IV. Anwendung der Kriterien auf Beispiele

Für die Beispiele aus der Einleitung bedeuten diese Prämissen Folgendes:

Beim *Schwarzfahren* (§ 265c StGB) steht primär eine Verletzung des Individualvermögens des Bahnbetreibers im Raum.¹⁰⁴ Durch das Fahren ohne Zahlen des Preises wird der Bahnbetreiber um seinen Anspruch auf Zahlung gebracht und mithin in seinem verfassungsrechtlich geschützten Vermögen als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit¹⁰⁵ (nicht: des Eigentums) beeinträchtigt. Demzufolge wäre Schwarzfahren grundsätzlich als Straftat zu klassifizieren. Eine Einstufung als Ordnungswidrigkeit wäre »systemwidrig«.¹⁰⁶ Das bedeutet jedoch nicht, dass eine Einstufung als Straftat zwingend ist. Dies ist nicht der Fall, wenn es an der Verhältnismäßigkeit der Normierung fehlt. Es gilt deshalb für das Schwarzfahren: Straftat oder Straffreiheit,¹⁰⁷ nicht aber Ordnungswidrigkeit. Die Abwägung zur Straffreiheit obliegt dem Gesetzgeber [oben B. III. 3.].

Der Unterschied zwischen § 24a StVG und § 316 StGB ist ein scheinbarer. Beide Tatbestände beinhalten abstrakte Gefährdungshandlungen. Um dem Kriminalstrafrecht gerecht zu werden, bedarf § 316 StGB deshalb neben der Unkontrollierbarkeit des Fahrzeugs durch den Fahrer auch der Komponente der potenziellen Umschlagmöglichkeit in eine konkrete Individualrechtsgüterbeeinträchtigung¹⁰⁸ (z.B., indem die Nähe anderer Personen vorausgesetzt wird oder die Gefährdung der eigenen Person – anders als bei der ein-

samen 20-Meter-Fahrt mit acht km/h auf einem Feldweg¹⁰⁹ – möglich ist).¹¹⁰

Im IfSG ist die Unterscheidung zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat durch den Gesetzgeber derweil zutreffend getroffen: § 73 IfSG, der Ordnungswidrigkeiten vorsieht, enthält abstrakt gefährliche Handlungen (z.B. das Nicht-Melden einer Krankheit) und § 74 IfSG, der Straftaten reguliert, solche, bei denen durch den Zusatz des Verbreitens einer Krankheit eine konkrete Gefährdungskomponente gegeben ist.

Es finden sich aber auch abgesehen von diesen Beispielen vermehrt Entkriminalisierungsdebatten bezüglich einzelner Delikte (vgl. die Folgenden). Oftmals werden diese Debatten überhaupt nur losgetreten, weil sich die betroffenen Delikte im Grenzbereich zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit befinden. Die aufgestellte Theorie hat dadurch auch für andere »Grenztaten« (vorliegend nur eine Auswahl) gewichtige Konsequenzen:

Beim *Falschparken* wird zwar beiläufig auch das Individualvermögen des Parkuhnbetreibers geschützt, primär schützt das Falschparken jedoch die Flüssigkeit der Straßenverkehrsordnung.¹¹¹ Anders als beim Schwarzfahren ist also die Einstufung als Ordnungswidrigkeit richtig.

Der *Inzest* gem. § 173 StGB ist ebenfalls als abstraktes Gefährdungsdelikat anzusehen.¹¹² Ihm fehlt es jedoch an einer potenziell-konkreten Individualrechtsgutsverletzung. Geschützt werden soll durch die Vorschrift in erster Linie die Gesundheit möglicher Abkommen: Für die Bestrafung wegen Inzests ist aber nicht einmal die Geschlechtsreife bzw. Fruchtbarkeit erforderlich.¹¹³ Mithin darf § 173 StGB ohne Modifikation nicht im Kriminalstrafrecht verbleiben. Es kommt jedoch als Alternative, da einzig eine Individualrechtsgutsverletzung, nicht aber die generelle Ordnung als Schutzzweck vorliegt, richtigerweise auch keine Herabstufung der bestehenden Vorschrift zu einer Ordnungswidrigkeit in Betracht, sondern ausschließlich Straffreiheit.

Beim *unerlaubten Entfernen vom Unfallort* iSd § 142 StGB fehlt es am Kriterium der Unmittelbarkeit der Individualrechtsgutsverletzung. Zwar dient das Verbleiben am Unfallort primär dem Interesse des Unfallgegners an der Beweissicherung¹¹⁴ zum privatrechtlichen Vermögensausgleich durch Versicherungen. Das reicht für eine potenziell-konkrete Bedrohung aufgrund möglicherweise präsenter Zeugen oder anderer vorhandener Beweismittel jedoch nicht aus. Diese Handlung gefährdet neben der Rechts-

¹⁰¹ Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 (StR) 131 (132).

¹⁰² Vgl. Kindhäuser (Fn. 88), S. 355; vgl. Başar, Modernes Strafrecht – vergessene Freiheit? (2014), S. 281.

¹⁰³ Vgl. Herzog, Grenzen der strafrechtlichen Kontrolle gesellschaftlicher Risiken – eine kritische Perspektive auf das Gefährdungsstrafrecht, in: Lahti/Nuotio (Hrsg.), Strafrechtstheorie im Umbruch – Finnische und vergleichende Perspektiven (1992), 367 (368 f.).

¹⁰⁴ MüKoStGB/Hefendehl (Fn. 93), § 265a Rn. 23.

¹⁰⁵ Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani, GG, Band 2, 103. EL (2024), Art. 14 Rn. 277.

¹⁰⁶ MüKoStGB/Hefendehl (Fn. 93), § 265a Rn. 23.

¹⁰⁷ Vgl. MüKoStGB/Hefendehl (Fn. 93), § 265a Rn. 24.

¹⁰⁸ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Zieschang, StGB, 6. Auflage (2023), § 316 Rn. 7.

¹⁰⁹ Der tatsächlich benutzte Feldweg ist nämlich in der Tat vom Verkehrsbegriff umfasst: siehe BGH, Beschl. v. 1.12.2020 – 4 StR 519/19, Rn. 6 (juris).

¹¹⁰ Ähnlich: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Zieschang (Fn. 108), § 316 Rn. 4.

¹¹¹ BeckOK StVR/Grabow, 16.10.2023, § 12 StVO vor Rn. 1.

¹¹² Karst, Die Entkriminalisierung des § 173 StGB (2009), S. 71.

¹¹³ Karst (Fn. 112), S. 72, 241.

¹¹⁴ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 99), § 142 Rn. 1a.

sicherungsordnung nur abstrakt fremde Individualrechtsgüter¹¹⁵ und ist somit entgegen der bisherigen Einstufung zu entkriminalisieren.

C. Resümee

Als Zusammenfassung lässt sich feststellen, dass der Streit um die Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit die schwere und dem Wandel unterworfenen Frage birgt, welche Handlungen Kriminalstrafen rechtfertigen und welche nicht. Seit der Einführung des GG und des OWiG ist diese Frage noch relevanter geworden, um dem Gesetzgeber, der nunmehr vorgefertigte Formen hat, in die er verschiedene Zuwiderhandlungen einsortieren muss, Anhalts- und Kontrollpunkte aufzubieten.

Während ein nicht unbeachtlicher Teil der Lehre eine Abgrenzung für materiell nicht einheitlich durchführbar hält, lässt sich mit dem BVerfG und der qualitativen Theorie zurecht ein Wesensunterschied feststellen, der sich aus der Verfassung ergibt: Unmittelbare Individualrechtsgutsbeeinträchtigungen müssen dem Kernbereich des Kriminalstrafrechts angehören. Der Kernbereich des Ordnungsrechts besteht in der »Gefahren- und Daseinsvorsorge«; vor *unmittelbaren* Individualgutsverletzungen schützt es nie primär. Im Grenzbereich entscheidet die (potenzielle) Konkretheit einer Individualgefährdung über die Zugehörigkeit zum Kriminalstrafrecht. Rein-abstrakt »gefährliche« (präziser: konkret ungefähliche) Handlungen dürfen nicht als Straftat behandelt werden.

Ein Großteil des Gefährdungsstrafrechts bedarf daher der Reform.

¹¹⁵ *Duttge*, Unterdrückung archaischer Urtriebe mittels Strafrecht? – Grund und Grenzen einer Pönalisierung der Verkehrsunfallflucht, JR 2001, 181 (182); vgl. MüKoStGB/Zopfs, Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Auflage (2021), § 142 Rn. 4 ff.

GdR Aufsatz

Nina-Mariella Lipphardt*

Frauen in juristischen Berufen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts

Lange war es für Frauen undenkbar, einen juristischen Beruf zu ergreifen. Dies änderte sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts Schritt für Schritt. Frauen in den juristischen Berufen blieben jedoch Ausnahmerecheinungen, was anhand der Werdegänge der Juristinnen Frieda Duensing (1864-1921) und Magdalene Schoch (1897-1987) verdeutlicht wird.

A. Der lange Weg zum Jubiläum: 100 Jahre Frauen in juristischen Berufen

Im Jahr 2022 veranstaltete der Deutsche Juristinnenbund e.V. im Bundesministerium der Justiz eine Jubiläumsveranstaltung zur 100-jährigen Zulassung von Frauen zu den juristischen Berufen.¹ Es wurde an die ersten deutschen Juristinnen und ihren Einsatz für den gleichberechtigten Zugang zu den juristischen Berufen erinnert.² Denn bis zur Verabschiedung des Gesetzes über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege am 11. Juli 1922 war es ein langer Weg und auch nach der Verabschiedung galt es Widerständen und Rückschritten entgegen zu treten.

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den wichtigsten Eckpunkten dieser Entwicklung im Deutschen Kaiserreich (1871-1918), der Weimarer Republik sowie im Nationalsozialismus (1933-1945) auseinander. Exemplarisch wird dies anhand der Werdegänge der Juristinnen Frieda Duensing (1864-1921), die ihr Leben der Jugendwohlfahrt widmete, und Magdalene Schoch (1897-1987), der ersten habilitierten deutschen Rechtswissenschaftlerin, betrachtet.

B. Die Situation von Juristinnen im Deutschen Kaiserreich (1871-1918): am Beispiel von Frieda Duensing, einer Juristin zwischen Recht und Sozialarbeit

»Obrigkeit ist männlich; das ist ein Satz, der sich eigentlich von selbst versteht. Von allen menschlichen Begabungen liegt keine dem Weibe so fern wie der Rechtssinn.«³ Dieses Zitat des nationalliberalen Historikers Heinrich von Treitschke aus einer seiner Vorlesungen lässt es schon erahnen: Der

Zugang zum Jurastudium blieb Frauen im Kaiserreich zunächst verwehrt, sie waren höchstens als Gasthörerinnen in juristischen Vorlesungen geduldet.⁴

Am eignen Leibe erfuhr dies Frieda Duensing (1864 - 1921)⁵, eine der ersten deutschen Juristinnen und Wegbereiterin der modernen staatlichen Jugendfürsorge.⁶ Nachdem sie zunächst eine Ausbildung zur Lehrerin absolvierte,⁷ begann sie zum Wintersemester 1897/98 das Jurastudium an der Universität Zürich⁸, da sie zu diesem Zeitpunkt an einer deutschen Universität keinen Abschluss erwerben konnte.⁹

In einem Brief vom 3. Februar 1900 aus Zürich an eine Freundin klagte Frieda Duensing über ihr Vorankommen im Studium: »Wie gut sind doch die Männer dran, die arbeiten auf ein bestimmtes Ziel hin. Mich quält doch immer wieder die Frage: Was damit anfangen?«¹⁰

Auf Grund der mangelnden akademischen und beruflichen Perspektiven war eines der zentralen Ziele der ersten Frauenbewegung in Deutschland die Verbesserung der Bildungschancen von Frauen.¹¹ Die verschiedenen Vorstöße der Frauenbewegung zeigten Wirkung: Im Jahr 1900 wurden in Baden Frauen zum (Jura-)Studium zugelassen.¹² Auch andere Bundesstaaten öffneten in den Folgejahren ihre

⁴ *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, *Juristinnen in Deutschland: Die Zeit von 1900 bis 2003*, 4. Auflage (2003), S. 13.

⁵ *Röwekamp*, *Juristinnen: Lexikon zu Leben und Werk* (2005), S. 82.

⁶ Die Jugendwohlfahrt wurde mit der Jahrhundertwende immer mehr zur staatlichen Aufgabe, während sie vorher häufig privat oder kirchlich organisiert wurde, vgl. *Zeller*, *Frieda Duensing (1864-1921): Leiterin der »Deutschen Zentrale für Jugendfürsorge«* in Berlin, in: *Dinghaus* (Hrsg.), *Frauenwelten: Biographisch-historische Skizzen aus Niedersachsen* (1993), S. 221 (221).

⁷ *Dies.*, a.a.O., S. 149.

⁸ In Zürich immatrikulierte sich bereits 1872 die erste Frau, Elizaveta Boguslavskaja, an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, vgl. *Streiter*, *Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät*, in: *Verein feministische Wissenschaft Schweiz* (Hrsg.), *Ebenso neu als kühn: 120 Jahre Frauenstudium an der Universität Zürich* (1988), S. 177 (177); *Die Universität Zürich war damit die erste Universität im deutschsprachigen Raum, die Frauen zum Studium zuließ*, vgl. *Stump*, *Zugelassen und ausgegrenzt: Pionierinnen des Frauenstudiums an der Universität Zürich*, in: *Verein feministische Wissenschaft Schweiz* (Hrsg.), *Ebenso neu als kühn: 120 Jahre Frauenstudium an der Universität Zürich* (1988), S. 15 (16).

⁹ *Deutscher Juristinnenbund e.V.* (Fn. 4), S. 13.

¹⁰ *Duensing*, *Aus Briefen und Tagebuchblättern*, in: *Ihre Freunde* (Hrsg.), *Frieda Duensing: Ein Buch der Erinnerung*, 2. Auflage (1923), S. 33 (176).

¹¹ *Deutscher Juristinnenbund e.V.* (Fn. 4), S. 13.

¹² *Birn*, *Ein Naturrecht auf höhere Bildung: Die Anfänge des Frauenstudiums in Deutschland*, die Hochschule 2019, S. 109 (112).

* *Nina-Mariella Lipphardt* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen des Seminars »Juristinnen als Vorkämpferinnen für Frauenrechte und Gleichberechtigung« im Sommersemester 2023 bei Prof. Dr. *Eva Schumann* hervor.

¹ Bundesministerium der Justiz, *100 Jahre Frauen in juristischen Berufen*, https://www.bmj.de/SharedDocs/Veranstaltungen/DE/2022/0711_DJB.html?nn=17134, zuletzt abgerufen am 3.6.2023.

² Ebd.

³ v. *Treitschke*, *Politik: Vorlesungen gehalten an der Universität zu Berlin von Heinrich von Treitschke*, Bd. 1 (1897), S. 252.

Universitäten dem Frauenstudium.¹³ Zum Wintersemester 1908/09 folgten die Nachzügler Hessen und Preußen.¹⁴ In Mecklenburg brauchte man sogar noch ein Jahr länger.¹⁵ Damit war der erste Stein auf dem Weg in die juristischen Berufe aus dem Weg geräumt, allerdings konnten Frauen das Jurastudium nur mit der Promotion abschließen.¹⁶ Sie wurden weder zu den Staatsexamina noch zum Vorbereitungsdienst zugelassen.¹⁷

Auch Frieda Duensing hatte 1903 in Zürich ihr Studium mit einer Promotion zum Thema »Die Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen, ein Versuch ihrer strafrechtlichen Behandlung« beendet.¹⁸ Zu diesem Zeitpunkt war sie die sechste Frau, die dort den Dr. iur. erwarb.¹⁹ Frieda Duensing's Freundin, die Politikerin und Frauenrechtlerin Gertrud Bäumer, sagte später über Frieda Duensing's Dissertation: »In dieser Arbeit erfasste sie ihren Auftrag. [...] Handgreifliche, unverantwortliche Lücken hatten hier ein Familienrecht gelassen, dem es in erster Linie darauf ankam, die elterliche, und das hieß im Grunde die väterliche Autorität sicherzustellen.«²⁰ Frieda Duensing prangerte Missstände im Familienrecht an²¹ und verknüpfte das juristische Arbeiten mit ihren Erfahrungen in der Pädagogik. 1904 ging sie als Leiterin der Zentralstelle für Jugendfürsorge nach Berlin.²² In der erst 1901 gegründeten Zentralstelle, die lediglich aus einem Büroraum bestand,²³ beschäftigte sie sich mit der Förderung der »Hilfe im Einzelfall«²⁴ und dem Auf- und Ausbau der staatlichen Jugendfürsorge.²⁵ Sie suchte Helferinnen, die bereit waren, Einzelvormundschaften zu übernehmen,²⁶ plante die Aufgabenverteilung zwischen

staatlichen Stellen und verschiedenen caritativen Vereinen²⁷ und brachte die konfessions- und parteiübergreifende Arbeit an der Jugendgerichtshilfe²⁸ voran. 1911 gab Frieda Duensing schließlich die Geschäftsführung, wohl auch aus Erschöpfung,²⁹ auf. Ihrer angeschlagenen Gesundheit zum Trotz wurde sie Mitglied in der 1917 gegründeten Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe,³⁰ unterrichtete verschiedene Kurse im Bereich der sozialen Arbeit³¹ und wurde 1919 Leiterin der Sozialen Frauenschule in München.³² Damit erfüllte sie sich einen Lebenstraum und hatte endlich die Möglichkeit den Schulalltag nach ihren Vorstellungen zu gestalten.³³ Bereits am 05. Januar 1921 verstarb Frieda Duensing aber in München an einer Lungenentzündung.³⁴ In einem Nachruf bezeichnete sie ein alter Freund, der Archäologe Ludwig Curtis, als »Wanderer zwischen zwei Welten.«³⁵ Sie wurde nie zur Richter- oder Anwaltschaft zugelassen,³⁶ sondern widmete ihr Leben den vielen Schnittstellen von Wohlfahrtspflege und Recht.

C. Die Situation von Juristinnen in der Weimarer Republik (1918 - 1933)

Während Frauen in anderen europäischen Staaten schon lange anwaltlich tätig wurden,³⁷ schoben sich in der Weimarer Republik Reich und Länder gegenseitig die Verantwortung für die Zulassung der Frauen zu den Staatsexamina und zum Referendariat zu.³⁸ Seit 1919 konnten Frauen in Preußen³⁹, Hamburg⁴⁰ und den meisten anderen Ländern am erste Staatsexamen teilnehmen.⁴¹ Weitere Reformvorhaben in diesem Bereich waren allerdings durch einen Kompetenzkonflikt gelähmt.⁴² Zentraler Streitpunkt des Kompetenzkonflikts war die Auslegung des § 2 I GVG, der besagte, dass

13 Seit 1903 konnten sich in Bayern Frauen immatrikulieren, seit 1904 auch in Württemberg, vgl. ebd.; 1906 folgte Sachsen und 1907 Thüringen, vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung v. 24.06.2022: Die Zulassung von Frauen als Rechtsanwältinnen im Jahr 1922, WD 10 – 3000 – 022/22, S. 4.

14 *Schraut*, Bürgerinnen im Kaiserreich: Biografie eines Lebensstils (2013), S. 124.

15 *Beese*, Frauenstudium in Rostock zwischen 1909/10 bis 1945, in: Krüger (Hrsg.), Frauenstudium in Rostock: Berichte von und über Akademikerinnen (2010), S. 23 (25).

16 *Hartwich/Steinitz*, Juristinnen? Nein, danke! - Die Juristenausbildung als Mittel der Ausgrenzung von Frauen aus rechtshistorischer Perspektive, *djbZ* 2008, S. 128 (129).

17 Ebd.

18 *Bäumer*, Gestalt und Wandel: Frauenbildnisse (1939), S. 667.

19 *Streiter* (Fn. 8), S. 177 (183).

20 *Bäumer* (Fn. 18), S. 667.

21 *Zeller*, Duensing, Frieda, in: Maier (Hrsg.), Who is who der Sozialen Arbeit (1998), S. 149 (149).

22 *Klönne*, Frieda Duensing (1864-1921), in: Kleinau/Mayer (Hrsg.), Erziehung und Bildung des weiblichen Geschlechts: Eine kommentierte Quellensammlung zur Bildungs- und Berufsbildungsgeschichte von Mädchen und Frauen Bd. 2 (1996), S. 76 (77).

23 *Baum*, Die Arbeit, in: Ihre Freunde (Hrsg.), Frieda Duensing: Ein Buch der Erinnerung, 2. Auflage (1923), S. 229 (271).

24 *Klönne* (Fn. 22), S. 76 (77); Frieda Duensing forderte - ganz im Sinne der »Hilfe im Einzelfall« - praktische und an die Zielgruppe angepasste Hilfsangebote, vgl. *Duensing*, Die Jugendpflege an der weiblichen Jugend: Leitsätze, Die Lehrerin 1913, S. 3 (3).

25 *Klönne* (Fn. 22), S. 76 (77)

26 *Zeller* (Fn. 6), S. 221 (223).

27 *Bäumer* (Fn. 18), S. 668.

28 *Röwekamp* (Fn. 5), S. 84.

29 *Curtius*, Torso: Verstreute und nachgelassene Schriften (1957), S. 262.

30 *Wapler*, Der Erziehungsgedanke im Fürsorge- und Jugendstrafrecht 1920-1970, in: Schumann/Wapler (Hrsg.), Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren (2017), S. 25 (27).

31 *Röwekamp* (Fn. 5), S. 84.

32 *Zeller* (Fn.21), S.149 (150).

33 *Röwekamp* (Fn. 5), S. 84.

34 *Dies.*, a.a.O., S. 82.

35 *Curtius* (Fn. 29), S. 263.

36 *Erffa*, Der weibliche Rechtsanwalt, in: Magnus (Hrsg.), Die Rechtsanwaltschaft (1929), S. 471 (472).

37 In Frankreich wurden Frauen seit 1900 in die Anwaltschaft zugelassen. 1904 folgte Norwegen, anschließend die restlichen skandinavischen Staaten, die Niederlande und die Schweiz, vgl. *Kohleiss*, Frauen in und vor der Justiz: Der lange Weg zu den Berufen der Rechtspflege, *KritV* 1988, S. 115 (116); 1917 ließ auch England Anwältinnen zu, vgl. *M.N.*, Verhandlungen der 14. Vertreterversammlung des Deutschen Anwaltvereins: Stenographischer Bericht, *Juristische Wochenschau* 1922, S. 5 (12).

38 *Berent*, Die Frau in juristischen Berufen, *Die Frau der Gegenwart: Deutsche Zeitschrift für moderne Frauenbestrebungen* 1917, S. 153 (153).

39 *Erffa* (Fn. 36), S. 471 (474); *Huerkamp*, Bildungsbürgerinnen (1996), S. 110.

40 *Huerkamp* (Fn. 39), S. 275.

41 *Erffa* (Fn. 36), S. 471 (474).

42 *Röwekamp*, Der graue Alltag des Stimmrechts?: Die Zulassung von Frauen zu den juristischen Berufen als ein Schritt zu Citizenship-Rechten in der Weimarer Republik, *Ariadne* 2018, S. 90 (94 f.).

die Befähigung zum Richteramt durch das Ablegen von zwei Prüfungen erlangt wird.⁴³ Einige Länder beriefen sich darauf, dass der Gesetzgeber damit ausschließlich Männer gemeint habe.⁴⁴ Daher sei es Aufgabe des Reiches, die Vorschrift entsprechend anzupassen, um den Ländern die Zulassung von Frauen zur zweiten Prüfung und dem Vorbereitungsdienst zu ermöglichen.⁴⁵ Trotzdem wurden Frauen ab 1921 in Baden, Preußen und Hamburg zum Vorbereitungsdienst zugelassen.⁴⁶ Ein Jahr später wurden endlich die Ämter und Berufe in der Rechtspflege für Frauen geöffnet.⁴⁷ Mithin wurde auch ausdrücklich anerkannt, dass sie die Befähigung zum Richteramt erwerben können.⁴⁸ Bis dahin galt es aber noch einige Widerstände zu brechen.

I. Die Weimarer Reichsverfassung: »Grundsätzliche« Gleichberechtigung

Die einfachen Gesetze, welche Frauen aus den juristischen Berufen ausschlossen, liefen Art. 109 und Art. 128 I und II der im August 1919 erlassenen Weimarer Reichsverfassung (WRV) zuwider.⁴⁹ Art. 109 WRV besagte, dass Männer und Frauen grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten haben.⁵⁰ Relevant war außerdem Art. 128 I WRV der bestimmte, dass alle Staatsbürger ohne Unterschied nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zuzulassen sind.⁵¹ Art. 128 II WRV forderte explizit die Abschaffung aller Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte.⁵² Die neuen Bestimmungen weckten Hoffnung unter denen, die die Zulassung von Frauen zu den juristischen Berufen befürworteten.⁵³ Trotz des augenscheinlich eindeutigen Wortlauts der Verfassungsnormen aus heutiger Perspektive, wurden mannigfaltige Rechtfertigungen für die Nichtzulassung von Richterinnen, Staats- und Rechtsanwältinnen vorgebracht:

Art. 128 II WRV wurde dahingehend ausgelegt, dass er sich nur auf Frauen beziehe, die bereits in einem Beamtinnenverhältnis standen.⁵⁴ Ein Anspruch von Frauen auf Zugang zum Beamtentum - und damit auch zur Richter- und Staatsanwaltschaft - leitete sich nicht aus Art. 128 II WRV ab.⁵⁵ Außerdem umstritten und relevant für die Rechtfertigung

der Nichtzulassung von Frauen zu den juristischen Berufen waren die Begriffe »grundsätzlich« und »staatsbürgerlich« in Art. 109 WRV.⁵⁶ Dem Begriff »staatsbürgerlich« liegt zu Grunde, dass sich die Gleichberechtigung von Frauen und Männer lediglich auf Rechte und Pflichten gegenüber dem Staat bezieht.⁵⁷ Die Beschränkung »grundsätzlich«, die in früheren Verfassungsentwürfen nicht vorgesehen war, erlaubte »durch die Verschiedenheit der männlichen und der weiblichen Natur«⁵⁸ wiederum Ausnahmen von der staatsbürgerlichen Gleichberechtigung.⁵⁹

II. Diskurse, Debatten und Diskussionen um die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege

Diese »Hintertür«⁶⁰ machten sich die Gegner der Zulassung zu Nutze. Auf dem vierten Deutschen Richtertag am 22. Mai 1921 in Leipzig fürchteten die Anwesenden um die »berufsrichterliche Objektivität«⁶¹, welche Frauen auf Grund ihrer »seelischen Eigenart [...] und dem Einfluss der Monatsperiode usw.«⁶² nicht gewährleisten könnten. Ein Amtsrichter aus München warnte vor einer Verweichlichung der Strafrechtspflege⁶³, ein anderer sprach Frauen die Fähigkeit zum logischen Denken ab.⁶⁴ Daneben könne Männern nicht zugemutet werden, dass eine Frau über sie richtet.⁶⁵ Ganz in diesem Sinne fiel auch die an die Diskussion anschließende Abstimmung aus: Von den 250 Anwesenden stimmten fünf für die Eignung der Frau zum Richteramt.⁶⁶

Die 14. Vertreterversammlung des deutschen Anwaltvereins behandelte am 28. Januar 1922 in Braunschweig die Frage der Zulassung von Frauen zur Anwaltschaft auf Grund einer Anfrage des Reichsjustizministeriums.⁶⁷ Trotz eines ausführlichen Plädoyers des Justizrats Dr. Bieber zu Beginn der Diskussion, in dem dieser an die Anwaltschaft appellierte, »in sich festzustellen, was ein wirkliches Urteil und was ein Vorurteil ist«⁶⁸, verwies der Rechtsanwalt Dr. Ebertsheim auf den »Einfluß gewisser Vorkommnisse in Frauenleben.«⁶⁹ Frauen seien »unzufrieden, weinerlich und streitsüchtig«⁷⁰ und würden gar »in eine Art anormalen Zustand geraten«⁷¹, der sie daran hindere objektiv Recht

43 IdFv. 1.10.1879.

44 *Berent*, Die Zulassung der Frauen zu den juristischen Berufen, Die Frau 1919/20, S. 332 (333 f.).

45 Ebd.

46 *Huerkamp* (Fn. 39), S. 110 f.

47 Ebd.

48 RGBl. I 1922 573.

49 RGBl. 1919 1383.

50 RGBl. 1919 1383, 1404.

51 RGBl. 1919 1383, 1407.

52 RGBl. 1919 1383, 1407.

53 *Deutscher Juristinnenbund e.V.* (Fn. 4), S. 17 ff.

54 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Auflage (1933), S. 587; *Aldag*, Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung: Eine öffentlich-rechtliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage (1925), S. 75.

55 *Anschütz* (Fn. 54), S. 587; *Aldag* (Fn. 54), S. 75.

56 *Anschütz*, (Fn. 54), S. 529 f.

57 Verfassunggebende Deutsche Nationalversammlung, Verhandlung v. 15.07.1919, Bd. 328, S. 1560 f.; *Anschütz*, (Fn. 54), S. 529 f.

58 RGZ 102, 166, 170.

59 Verfassunggebende Deutsche Nationalversammlung, Verhandlung v. 28.05.1919, Bd. 336, S. 370.

60 *Aldag* (Fn. 54), S. 74.

61 *Stadelmann*, Der vierte Richtertag: Die Zulassung der Frau zum Richteramt, DRiZ 1921, S. 195 (202).

62 Ebd.

63 Ders., a.a.O., S. 203.

64 Ders., a.a.O., S. 205.

65 Ders., a.a.O., S. 202.

66 Ders., a.a.O., S. 206.

67 *N.N.* (Fn. 37), Juristische Wochenschau 1922, S. 5 (11).

68 Ebd.

69 Ders., a.a.O., S. 14.

70 Ebd.

71 Ebd.

zu sprechen.⁷² Daneben sei die Frau »zu schade für den Anwalts- und Richterberuf«⁷³, in welchem sie »das Niveau herabdrück[en]«⁷⁴ würde. Insgesamt sprachen sich 45 der anwesenden Anwälte gegen die Zulassung von Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege aus und 22 dafür.⁷⁵ Zur Verzögerung der Zulassung trug neben dem Widerstand aus Richter- und Anwaltschaft erneut ein negativer Kompetenzkonflikt zwischen Reich und Ländern bei.⁷⁶

Vor allem die Frauen im Reichstag sowie Abgeordnete der DDP⁷⁷ und der SPD befürworteten die Öffnung der Rechtspflege für Juristinnen.⁷⁸ Am 26. Januar 1921 forderte Marie-Elisabeth Lüders (DDP) im Reichstag die uneingeschränkte Zulassung von Frauen zum Berufsrichtertum und zur Anwaltschaft.⁷⁹ Am 2. Dezember 1920 hatten bereits 32 Parlamentarierinnen verschiedener Fraktionen einen dahingehenden Antrag an die Reichsregierung gerichtet.⁸⁰ Dieser Antrag konnte im Anschluss an die Debatte vom 26. Januar 1921 keine Mehrheit auf sich vereinen.⁸¹ Trotz erheblicher Gegenrede⁸² wurde aber der Antrag des Abgeordneten Gustav Radbruchs (SPD), der die Reichsregierung dazu aufforderte »baldigst«⁸³ einen solchen Gesetzesentwurf zu präsentieren, angenommen. Aufschwung bekam die Zulassung der Frau zu den juristischen Berufen erneut als Gustav Radbruch im Oktober 1921 Justizminister wurde.⁸⁴ Er hatte sich schon vor seiner Ernennung für die Zulassung der Frauen zur Rechtspflege eingesetzt⁸⁵ und legte dem Reichsrat am 3. Februar 1922 einen entsprechenden Gesetzesentwurf vor.⁸⁶ Am 25. April wurde dieser im Reichstag ohne weitere Debatten angenommen.⁸⁷ Am 11. Juli 1922 trat das Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege⁸⁸ in Kraft.⁸⁹

In der Gesetzesbegründung wurde angeführt, dass Frauen sich schon in anderen Tätigkeitsfeldern bewährt hätten und die ihnen zugeschriebene Empathie und Emotionalität insbesondere in Ehe- und Strafsachen sowie in der Jugend-

gerichtsbarkeit von Nutzen sein könnten.⁹⁰ Das Gesetz wurde außerdem damit begründet, dass die Belange von Frauen durch ihre Betätigung als Richterin oder Anwältin stärker in die Rechtsordnung einfließen würden.⁹¹

III. Nach der Verabschiedung: Wirkungen des Gesetzes über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege

Nach der Verabschiedung des Gesetzes stieg die Zahl der Jurastudentinnen an den deutschen Universitäten an.⁹² In der Praxis häuften sich aber Probleme bei der Umsetzung: Einige Bezirke verweigerten Frauen weiterhin unter Verweis auf die fragliche Eignung von Frauen die Einstellung als Richterin, darunter Oldenburg und Hamburg.⁹³ In Oldenburg, Hamburg und Bayern war auch 1929 noch keine Assessorin beschäftigt.⁹⁴ Abschreckend gewirkt haben sicherlich auch Berichte über einen »Konkurrenzkampf der Geschlechter«⁹⁵ in den juristischen Berufen sowie über Ausbilder, die »der Zulassung der Frauen zu den juristischen Berufen feindlich gegenübersteh[en] und der Referendarin fühlbar machen [...], wie ungeeignet sie ist und wie wenig sie leistet.«⁹⁶ Die berufliche Situation wirkte auf Juristinnen und die, die es gerne werden wollten, sehr unsicher.⁹⁷ Mit dem Einsetzen der Weltwirtschaftskrise im September 1929 spitzte sich der Kampf um Arbeitsplätze weiter zu.⁹⁸ Berufstätigen Frauen wurde vorgeworfen, dass sie Arbeitsplätze für Männer, die auf den Verdienst angewiesen waren, als Doppelverdienerinnen blockierten.⁹⁹

Schon im Dezember 1922 war allerdings die erste Frau, Dr. Maria Otto¹⁰⁰, in die Anwaltschaft aufgenommen worden.¹⁰¹ Als erste deutsche Richterin folgte 1924 Dr. Marie Munk in Berlin.¹⁰²

72 Ebd.

73 Ders., a.a.O., S. 13.

74 Ebd.

75 Ders., a.a.O., S. 19.

76 Deutscher Reichstag, Verhandlung v. 26.1.1921, Bd. 347, S. 2134.

77 Die Deutsche Demokratische Partei (DDP) war eine linksliberale Partei, die zwischen 1918 und 1930 bestand, vgl. *Asmuss*, Die Deutsche Demokratische Partei (DDP), <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/weimarer-republik/innenpolitik/ddp.html>, zuletzt abgerufen am 27.5.2023.

78 *Huerkamp* (Fn. 39), S. 276.

79 Deutscher Reichstag, Verhandlung v. 26.1.1921, Bd. 347, S. 2135.

80 Deutscher Reichstag, Antrag v. 2.12.1920, Bd. 365, S. 705.

81 S. Antrag Agnes und Genossen, vgl. Deutscher Reichstag, Verhandlung v. 26.1.1921, Bd. 347, S. 2168; *Röwekamp* (Fn. 42), *Ariadne* 2018, S. 90 (95).

82 Deutscher Reichstag, Verhandlung v. 26.1.1921, Bd. 347, S. 2139 f.

83 Deutscher Reichstag, Verhandlung v. 26.1.1921, Bd. 347, S. 2168.

84 *Mühle/Scriba*, Gustav Radbruch 1878-1949, <https://www.dhm.de/lemo/biografie/gustav-radbruch.html>, zuletzt abgerufen am 27.5.2023.

85 Deutscher Reichstag, Verhandlung v. 26.1.1921, Bd. 347, S. 2111.

86 *Huerkamp* (Fn. 39), S. 279.

87 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 13), S. 12.

88 RGBl. 1922 I 573.

89 *Huerkamp* (Fn. 39), S. 279.

90 Deutscher Reichstag, Begründung v. 25.4.1922, Bd. 372, S. 4508.

91 Ebd.

92 Hochschulverwaltungen, Deutsche Hochschulstatistik: Sommerhalbjahr 1928 (1928), S. VIII.

93 *Bajohr/Rödiger-Bajohr*, Die Diskriminierung der Juristin in Deutschland bis 1945, *Kritische Justiz* 1980, S. 39 (44).

94 *Deutscher Juristinnenbund e.V.* (Fn. 4), S. 23.

95 *Munk*, Die juristische Ausbildung der Frauen, *Der junge Jurist: Beilage zur DJZ* 1925, S. 282 (282).

96 Ebd.

97 *Gaebel*, Berufskreis der Nationalökonomin und Juristin, in: *Wirtschaftshilfe der deutschen Studentenschaft, Wohin: Ein Ratgeber zur Berufswahl der Abiturienten* (1929), S. 46 (50 f.).

98 *Cordes*, Frauen als Wegbereiter des Rechts: Die ersten deutschen Juristinnen und ihre Reformforderungen in der Weimarer Republik (2012), S. 28.

99 *Edelheim*, Gleichberechtigt?: Angriffe gegen die berufstätige Frau, *Vossische Zeitung* v. 23.6.1932, o.S.; *Cordes* (Fn. 98), S. 29.

100 Maria Otto soll, neben ihrer Tätigkeit als Assistentin in einer Münchener Kanzlei, drei Jahre lang Examenkurse besucht haben, um direkt nach der Novellierung das zweite Staatsexamen ablegen zu können, vgl. *Erffa* (Fn. 36), S. 471 (473).

101 *Cancik*, Der Kampf um Gleichberechtigung als Voraussetzung der demokratischen Republik, in: *Dreier/Waldhoff*, Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung (2018), S. 151 (170).

102 *Kohleiss* (Fn. 37), S. 115 (121).

D. Die Situation von Juristinnen in der NS-Zeit (1933-1945): am Beispiel von Maria Magdalene Schoch, einer Vorreiterin in der Wissenschaft

1932, nur ein Jahr vor der »Machtübernahme« der Nationalsozialisten am 30. Januar 1933, habilitierte sich Magdalene Schoch in der Rechtswissenschaft und war damit nicht nur die erste habilitierte Frau, sondern blieb bis 1946¹⁰³ auch die einzige.¹⁰⁴

Mit der »Machtübernahme« der Nationalsozialisten verschlechterte sich die Situation der Juristinnen drastisch. Im Sinne der NS-Ideologie war der Frau in erster Linie die Rolle der Hausfrau und Mutter zugeordnet.¹⁰⁵

Dies spürte auch Magdalene Schoch. Ihre Tätigkeit am Institut für Auswärtige Politik, die sie bereits 1923 begonnen hatte, gab sie noch im selben Jahr auf.¹⁰⁶ Auch ihr Engagement im Zonta-Club, einer in den USA gegründete Initiative, deren Hauptanliegen die Verbesserung der Situation berufstätiger Frauen ist,¹⁰⁷ war fortan illegal.¹⁰⁸ Ihr akademischer Lehrer Professor Albrecht Mendelssohn Bartholdy wurde Ende des Jahres 1933 auf Grund seiner jüdischen Herkunft zwangsemigriert¹⁰⁹ und emigrierte 1934 nach Oxford.¹¹⁰ In der Folgezeit versuchte Magdalene Schoch nur noch unpolitische Vorlesungen zu halten,¹¹¹ sie verweigerte den Beitritt in die NSDAP¹¹² und den »Hitler-Gruß«, außerdem nahm sie weiterhin Beiträge jüdischer Autor*innen in die Amerika-Post, eine deutsch-englische Zeitschrift, welche sie selbst heraus gab,¹¹³ auf.¹¹⁴ Albrecht Mendelssohn Bartholdy

verstarb bereits 1936.¹¹⁵ Zu seiner Beerdigung reiste einzig Magdalene Schoch - trotz Drohungen, dass sie ihre universitäre Anstellung verlieren könne - aus Hamburg an.¹¹⁶

Anders als viele andere Juristinnen konnte Magdalene Schoch ihre Arbeit aber zunächst fortsetzen. Um Juristinnen aus ihren Tätigkeitsfeldern zu verdrängen und die juristische Ausbildung für Frauen wieder zu verschließen, wurde nämlich früh eine ganze Reihe von Gesetzen erlassen: Die Zulassung von Frauen zum (Jura-)Studium wurde durch das Gesetz gegen die Überfüllung deutscher Schulen und Hochschulen¹¹⁷ vom 28. April 1933 begrenzt. Genauere Ausführungsbestimmungen traf gemäß § 6 des Gesetzes der Reichsminister des Innern Wilhelm Frick.¹¹⁸ Dieser verordnete im November 1933, dass nur noch 10% der Studienbeginnenden weiblich sein dürften.¹¹⁹ Außerdem wurde am 30. Juni 1933 das Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und Versorgungsrechts¹²⁰ erlassen, welches in § 7 Nr. 1 die Kündigung verheirateter Beamtinnen, deren Versorgung gesichert erschien, bestimmte. § 6b des Gesetzes bestimmte zudem, dass Beamtinnen - unter Verstoß gegen Art. 128 II WRV - schlechter bezahlt werden konnten als ihre Kollegen.¹²¹ Im Juli 1934 wurde schließlich eine Neufassung der Justizausbildungsordnung¹²² erlassen. In § 2 I wurden Anforderungen an den »jungen deutschen Manne«, ¹²³ der sich zum ersten Staatsexamen melden möchte, gestellt. Gemäß § 4 II soll der Student den Erwartungen an einen »gebildeten deutschen Manne«¹²⁴ entsprechen. Diese Formulierungen wurden teilweise dahingehend verstanden, dass Frauen mit dem Erlass nicht mehr zur ersten juristischen Prüfung zugelassen werden konnten.¹²⁵ Da das Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege¹²⁶ weiterhin in Kraft blieb, wurde andererseits argumentiert, dass Frauen das Ablegen beider Staatsexamina nicht verweigert werden könne, dennoch wurde »dringend abgeraten«.¹²⁷

In einem Erlass vom 17. September 1935 verkündete das Reichsjustizministerium den Oberlandesgerichtspräsidenten sowie den Generalstaatsanwälten, dass Frauen nach dem 31.

103 1946 habilitierte sich die Rechtswissenschaftlerin Gertrud Schubart-Fikentscher in Leipzig, vgl. *Schultz*, Marie Luise Hilger: Zum Leben und Wirken einer Arbeitsrechtlerin im 20. Jahrhundert, *djbZ* 2016, S. 187 (188).

104 *Wapler*, Frauen in der Geschichte des Rechts, in: *Foljanty/Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft, 2. Auflage (2012), S. 33 (45).

105 *Dölemeyer*, Die Zulassung von Frauen in die Rechtsanwaltschaft und ihr Ausschluss in der NS-Zeit, in: *Ascheri/Ebel/Heckel/Padoa-Schioppa/Pöggeler/Ranieri/Rütten*, »Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert«: Festschrift für Kurt Wolfgang Nörr (2003), S. 151 (158 f.).

106 *Lembke/Valentiner*, Magdalene Schoch - die erste habilitierte Juristin in Deutschland, *Hamburger Rechtsnotizen* 2012, S. 93 (97).

107 *Lembke*, Magdalene Schoch (1897-1987): Erste habilitierte Juristin und »freiwillige« Emigrantin, in: *Kritische Justiz*, Streitbare JuristInnen: Eine andere Tradition, Band 2 (2016), S. 446 (452).

108 *Dies.*, a.a.O., (452 ff.).

109 *Nicolaysen*, Albrecht Mendelssohn Bartholdy (1874-1934): Jurist - Friedensforscher - Künstler, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2011, S. 1 (27).

110 *Ders.*, a.a.O., (28).

111 *Schoch*, Eine »Ehemalige« im Reich der Wissenschaft, in: *Krause/Nicolaysen*, Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897-1987): Reden aus Anlass der Benennung des Hörsaals J im Hauptgebäude der Universität Hamburg in Magdalene-Schoch-Hörsaal am 15. Juni 2006 (2008), S. 69 (78).

112 *Ebd.*; in der Zeit von 1933-1945 waren an der Universität Hamburg rund 65% der Hochschullehrer der Partei beigetreten, vgl. *Nicolaysen*, Wandlungsprozess der Hamburger Universität im 20. Jahrhundert, <https://www.uni-hamburg.de/einrichtungen/zentrale-einrichtungen/arbeitsstelle-fuer-universitaetsgeschichte/geschichte.html>, zuletzt abgerufen am 21.5.2023.

113 *Schoch* (Fn. 111), S. 69 (71 f.).

114 *Nicolaysen*, Konsequent widerstanden - Die Juristin Magdalene Schoch, in: *Filter/Reich*, Jan, Respekt!: Frauen verändern Wissenschaft an

der Universität Hamburg, 2. Auflage (2020), S. 31 (36).

115 *Nicolaysen* (Fn. 109), S. 1 (28).

116 *Ebd.*

117 *RGBl.* 1933 I 225.

118 *Eikenberg*, Wilhelm Frick 1877-1946, <https://www.dhm.de/lemo/biografie/wilhelm-frick.html>, zuletzt abgerufen am 25.5.2023.

119 *Huerkamp* (Fn. 39), S. 80.

120 *RGBl.* 1933 I 433.

121 *RGBl.* 1933 I 433, 435.

122 *RGBl.* 1934 I 727.

123 *RGBl.* 1934 I 727.

124 *RGBl.* 1934 I 727, 728.

125 *Wagner*, Justizausbildungsordnung des Neuen Reiches: Rechtsstudium/Referendariat/Staatsprüfungen (1934), S. 35 f.

126 *RGBl.* 1922 I 573.

127 *Palandt/Richter*, Die Justizausbildungsordnung des Reiches nebst Durchführungsbestimmungen (1934), S. 39 f.

März 1936 nicht mehr als Richterin oder Staatsanwältin einzustellen seien.¹²⁸

Adolf Hitler teilte erst im August 1936 dem Leiter der Parteikanzlei Martin Bormann mit, dass er Frauen in der Richter- und Anwaltschaft für ungeeignet hielt.¹²⁹ Dieser leitete die Stellungnahme Hitlers an das Reichsjustizministerium weiter.¹³⁰ Wer zu diesem Zeitpunkt noch als Richterin tätig war, wurde nach Möglichkeit in die Verwaltung versetzt.¹³¹ Das Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege vom 11. Juli 1922¹³² galt weiterhin fort.¹³³ Eine entsprechende Änderung der Rechtslage hielt man in Anbetracht des »Führerbefehls« nicht für notwendig.¹³⁴ Am 21. Februar 1936 wurde eine Neufassung der Reichsrechtsanwaltsordnung¹³⁵ erlassen, welche in § 2 die Ableitung eines anwaltlichen Probedienstes vor der Zulassung verlangte. Über die Aufnahme in den anwaltlichen Probedienst entschied gem. § 4 I der Reichsrechtsanwaltsordnung der Reichsjustizminister.¹³⁶ Folgerichtig ließ dieser keine Frauen zum Probedienst zu, wodurch der Zugang zur Anwaltschaft den Juristinnen versperrt war.¹³⁷

Wohl auch unter dem Eindruck dieser Entwicklungen stehend, verließ Magdalene Schoch Deutschland 1937 und emigrierte in die USA.¹³⁸ Im September 1938 fand sie eine Anstellung als wissenschaftliche Assistentin bei Erwin Griswold an der Harvard Law School.¹³⁹ Auch dort war sie die erste Privatdozentin¹⁴⁰ und die einzige Frau auf weiter Flur.¹⁴¹ 1943 gab sie ihre Stelle in Harvard auf und ging nach Washington in das Office of Economic Warfare, wo sie als Kennerin des deutschen Rechts willkommen war.¹⁴² In der Folgezeit plante sie gemeinsam mit anderen aus Deutschland emigrierten Personen, die juristischen Aspekte der amerikanischen Besatzung.¹⁴³ Später sagte Magdalene Schoch, dass sie es nicht bereue, bis 1937 in Deutschland geblieben zu sein, da sie nur so Einblicke in die Verfasstheit des NS-Staates bekommen hätte, welche es ihr nun ermöglichen ihren Anteil zum Niedergang des Regimes beizu-

tragen.¹⁴⁴ Ende 1945 wurde die Behörde schließlich aufgelöst und Magdalene Schoch verlor ihre Anstellung.¹⁴⁵ Ungefähr zur selben Zeit ging ein Lehrstellenangebot der Universität Hamburg bei ihr ein, welches sie bestimmt mit den Worten »I would never set foot into that institution«¹⁴⁶ ablehnte. Stattdessen arbeitete sie weiter an ihrer Karriere in den USA: 1946 wurde sie als Spezialistin für International and Foreign Law im Departement of Justice in Washington, wo sie ganze 20 Jahre blieb, tätig.¹⁴⁷ Sechs Jahre später wurde sie außerdem vor dem US Supreme Court als Anwältin zugelassen.¹⁴⁸ Mit ihren Einkünften unterstützte Magdalene Schoch ihre Familie: 1950 nahm sie ihren Neffen Leonhard auf, etwas später folgte ihre Schwester mit drei weiteren Kindern.¹⁴⁹ Magdalene Schoch kam alleine für den Lebensunterhalt der Familie auf.¹⁵⁰ Wahrscheinlich bewog sie die finanzielle Belastung dazu, obwohl sie sich lange gestraubt hatte, beim Amt für Wiedergutmachung Ansprüche anzumelden.¹⁵¹ Zentrale Frage des Verfahrens war, ob Magdalene Schoch politisch verfolgt worden war oder »freiwillig« auswanderte.¹⁵² Der Antrag wurde abgelehnt, 1962 erhob sie aber Klage beim Landgericht Hamburg und konnte einen Vergleich erzielen, der ihr ein Ruhegehalt einbrachte.¹⁵³

Auch wenn Magdalene Schoch sich nicht als Widerständlerin verstand, so hat sie sich doch als »eine entschiedene Bekennerin zu liberaler und sozialer Lebens- und Weltanschauung erwiesen und mit kompromissloser Deutlichkeit die im Nationalsozialismus zutage tretenden Anschauungen der Gewaltherrschaft, des Antisemitismus und Militarismus abgelehnt und bekämpft.«¹⁵⁴ Nach ihrem Ausscheiden aus dem Departement of Justice war sie weiterhin als Anwältin tätig.¹⁵⁵ Am 6. November 1987 verstarb sie in Falls Church bei Washington.¹⁵⁶

E. Frauen in juristischen Berufen: gestern und heute

»Der Weg der Juristin [...] ist vielfach als ein Leidensweg bezeichnet worden, und das mit Recht! Kein Beruf musste von den Frauen so erkämpft werden wie dieser.«¹⁵⁷

128 Huerkamp (Fn. 39), S. 291.

129 Ebd.

130 Abgedruckt bei Meier-Scherling, Die Benachteiligung der Juristin zwischen 1933 und 1945, DRiZ 1975, S. 10 (11); Bajohr/Rödiger-Bajohr (Fn. 93), Kritische Justiz 1980, S. 39 (47).

131 Ebd.

132 RGBl. 1922 I 573.

133 Kohleiss (Fn. 37), KritV 1988, S. 115 (122).

134 Meier-Scherling (Fn. 130), DRiZ 1975, S. 10 (11 f.).

135 RGBl. 1936 I 107.

136 RGBl. 1936 I 107.

137 Huerkamp (Fn. 39), S. 293.

138 Lembke (Fn. 107), S. 446 (450).

139 Rövekamp (Fn. 5), S. 370.

140 Ebd.

141 Die Harvard Law School ließ Frauen erst 1950 zum Studium zu, vgl. N.N., Through the years, <https://hls.harvard.edu/today/through-the-years-women-at-harvard-law-school/>, zuletzt abgerufen am 22.5.2023.

142 Nicolaysen, Festrede: Magdalene Schoch - eine biographische Skizze, djBZ 2013, S. 29 (32).

143 Ebd.

144 Rövekamp, (Fn. 5), S. 371.

145 Nicolaysen, Über das couragierte Leben von Magdalene Schoch, in: Krause/Nicolaysen, Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897-1987): Reden aus Anlass der Benennung des Hörsaals J im Hauptgebäude der Universität Hamburg in Magdalene-Schoch-Hörsaal am 15. Juni 2006 (2008), S. 43 (55).

146 Schoch (Fn. 111), S. 69 (80).

147 Nicolaysen (Fn. 145), S. 43 (55 f.).

148 Rövekamp (Fn. 5), S. 371.

149 Lembke/Valentiner (Fn. 106), Hamburger Rechtsnotizen 2012, S. 93 (98).

150 Nicolaysen (Fn. 145), S. 43 (57).

151 Nicolaysen (Fn. 114), S. 31 (42).

152 Lembke/Valentiner (Fn. 106), S. 93 (97).

153 Nicolaysen (Fn. 142), djBZ 2013, S. 29 (33).

154 So äußerte sich die Oberschulrätin Olga Essig in einer eidesstattlichen Erklärung v. 31.3.1955 im Verfahren um Wiedergutmachungsansprüche von Magdalene Schoch, vgl. Nicolaysen (Fn. 114), S. 31 (41).

155 Nicolaysen (Fn. 142), djBZ 2013, S. 29 (33).

156 Ebd.

157 Erffa (Fn. 36), S. 471 (472).

So äußerte sich die Juristin Margarethe Freiin von Erffa im Jahr 1929, nachdem die Ämter und Berufe in der Rechtspflege den Frauen zwar zugänglich waren, aber noch bevor mit der nationalsozialistischen »Machtübernahme« eine erneute Welle des Rückschritts über die Juristinnen und ihre Karrierewege hereinbrach. Seitdem an den deutschen Universitäten Frauen Rechtswissenschaft studieren konnten, kämpften sie darum, beide Prüfungen ablegen und am Vorbereitungsdienst teilnehmen zu dürfen, um die Befähigung zum Richteramt zu erhalten. Von Anfang an waren sie dabei mit Vorurteilen und Ressentiments konfrontiert, was ihnen Durchhaltevermögen und Resilienz zur Verwirklichung des Vorhabens abverlangte. Anhand der beruflichen Einschränkungen, die Juristinnen in der NS-Zeit hinnehmen mussten, verdeutlicht sich, wie ausgeprägt die Abneigung gegenüber weiblichen Akteurinnen in der Richter- und Anwaltschaft auch mehr als ein Jahrzehnt nach ihrer Zulassung noch war. Mühsam errungene Fortschritte können innerhalb kürzester Zeit wieder verloren werden.

Auch heute lohnt es daher, für die Gleichstellung in den juristischen Berufen sowie in der Ausbildung einzustehen. Schon seit 2004 studieren in Deutschland mehr Frauen als Männer Jura,¹⁵⁸ dennoch sind nur 17% aller juristischen Lehrstühle an Frauen vergeben.¹⁵⁹ Der Anteil der Frauen in der Anwaltschaft steigt seit Jahrzehnten kontinuierlich, lag 2022 aber dennoch bei nur 36,2%.¹⁶⁰ In der Richter- und Staatsanwaltschaft sieht es besser aus: 2020 waren beinahe genauso viele Frauen wie Männer in der Richterschaft tätig.¹⁶¹ Die Staatsanwältinnen waren sogar überproportional vertreten.¹⁶² Umso bedauerlicher ist es daher, dass 2021 70,6% der Führungspositionen in der Justiz von Männern besetzt waren.¹⁶³ Die oft unterdurchschnittlichen Repräsentation

von Frauen in den juristischen Berufen verdeutlicht, dass auch mehr als hundert Jahre nach der erstmaligen Zulassung von Frauen in die Rechtspflege noch keine vollständige Gleichstellung erreicht ist. Weiterhin gilt es Diskriminierung und Benachteiligung sowohl in der juristischen Ausbildung als auch im Berufsalltag zu erkennen und aktiv anzugehen.

158 Statistisches Bundesamt, Konjunkturindikatoren im Studienfach Rechtswissenschaften, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Konjunkturindikatoren/Lange-Reihen/Bildung/lrbil03a.html>, zuletzt abgerufen am 6.6.2023.

159 *Töpfer*, Wo ist das Leck in der Pipeline?: Eine interdisziplinäre Untersuchung der juristischen Ausbildung und wissenschaftliche Karriere in der Rechtswissenschaft unter Berücksichtigung von Genderaspekten (2022), S. 152; zum Vergleich: 2021 waren 27% aller Lehrstühle an deutschen Hochschulen weiblich besetzt, damit liegen die juristischen Fakultäten unter dem Durchschnitt, s. Statistisches Bundesamt, Frauenanteil in der Professorenschaft von 1999 bis 2021, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/160367/umfrage/frauenanteil-in-der-professorenschaft-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 7.6.2023.

160 Bundesrechtsanwaltskammer, Anteil der Rechtsanwältinnen an allen Rechtsanwälten in Deutschland von 1970 bis 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/256419/umfrage/anteil-der-rechtsanwaeltinnen-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 7.6.2023.

161 Bundesamt für Justiz, Zahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege, https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Richterstatistik_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=5, zuletzt abgerufen am 7.6.2023.

162 Bundesamt für Justiz, Zahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege, https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Richterstatistik_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=5, zuletzt abgerufen am 7.6.2023.

163 BMFSFJ, Anteil von Frauen und Männern in den Führungspositionen

in der Justiz, <https://www.daten.bmfsfj.de/daten/daten/anteil-von-frauen-und-maennern-in-fuehrungspositionen-in-der-justiz-134430>, zuletzt abgerufen am 7.6.2023.

ZivilR Fallbearbeitung

Ricarda Bardowicks*

Ein ganz normaler Freitag der 13.

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

SACHVERHALT

Vanessa (V) will als Alleinerbin ihres verstorbenen Vaters dessen Nachlass im Rahmen eines Flohmarkts veräußern und stellt vorab Fotos einiger Sachen ins Internet, um Interessenten anzulocken. Kunsthändler Albert (A) stößt zufällig auf die Anzeige der V. Dabei wird er auf eine kolorierte Lithografie aufmerksam, für die V 60 EUR verlangt. Als Kunstexperte ist A sofort begeistert von dem Bild. A beginnt zu recherchieren und findet nach einer aufwändigen und mit Reisen verbundenen Suche heraus, dass es sich bei der Lithografie um ein unsigniertes Unikat des bekannten Künstlers Otto Mueller handelt, das einen Marktwert von 30.000 EUR hat. Für die Reisen wendet A einen Betrag von 1.000 EUR auf, der zeitliche Arbeitsaufwand von A als Kunsthändler ist mit 2.000 EUR zu veranschlagen.

Am darauffolgenden Freitag, den 13.10.2023, begibt sich A gemeinsam mit seiner langjährigen und zuverlässigen Mitarbeiterin Marlene (M) zum Flohmarkt der V. Als gegenüber der V Interesse an der Lithografie bekundet, erklärt diese aus Unwissenheit über den wahren Wert des Kunstdrucks, ihn für 60 EUR an ihn veräußern zu wollen. Da A die V nicht »über den Tisch ziehen« möchte, macht er im Gespräch mit ihr Andeutungen, dass sie einen großen Fehler begehe, wenn sie den Kunstdruck so günstig veräußere. Zu diesem Preis könne er das Angebot der V deshalb nicht guten Gewissens annehmen. Stattdessen mache er ihr ein Gegenangebot: Er sei bereit, V Näheres zu dem Künstler und dem wahren Wert der Lithografie zu offenbaren, wenn sie damit einverstanden sei, dass er den Kunstdruck in ihrem Namen über sein Geschäft veräußere. Da ihm die Lithografie so gut gefalle und er ihn gerne in guten Händen wissen möchte, verlange er von ihr auch nur die Hälfte der üblichen Verkaufsprovision (nur 10 % anstelle von 20 % des Verkaufspreises). Dadurch würde V immer noch ein Vielfaches von dem ursprünglich angesetzten Preis erhalten. Die kleine Provision müsse er als Ausgleich für seinen erheblichen Rechercheaufwand im Vorfeld von ihr verlangen. Die inzwischen misstrauisch gewordene V lehnt das Angebot von A jedoch strikt ab und gibt vor, den Kunstdruck nun doch für sich behalten zu wollen. Ingeheim will V ihn jetzt erst recht verkaufen, aber den gesamten Verkaufspreis für sich behalten.

* Die Autorin studiert seit dem Wintersemester 2020/2021 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murrmann.

Noch am gleichen Abend beginnt V selbst zu recherchieren. Mitte November 2023 stößt V auf den ver-

sierten Kunstliebhaber Karl (K), der den wahren Wert der Lithografie feststellen kann und ihn V sogleich für 30.000 EUR abkauft.

Als A wenige Tage später Kenntnis von der Veräußerung der Lithografie an K erlangt, ärgert er sich maßlos über V, schließlich hätte sie ohne ihn niemals den wahren Wert des Kunstdrucks erkannt. Deshalb verlangt A von V nunmehr unter allen rechtlichen Gesichtspunkten die Zahlung von 3.000 EUR.

Frage 1: Kann A von V die Zahlung von 3.000 EUR verlangen?

BEARBEITUNGSHINWEIS ZU FRAGE 1

Etwas Vorschriften aus dem HGB sind außer Betracht zu lassen.

Im Anschluss an den enttäuschenden Flohmarktbesuch fahren A und M zum Ladengeschäft des A zurück. M steuert den Firmenwagen des A, dessen Halter und Eigentümer er ist. Kurz vor dem Ziel biegt M auf eine breite Hauptstraße ein. Auf der rechten Seite der Fahrbahn befindet sich ein Fahrradstreifen, auf dem der Fahrradfahrer Fridolin (F) ohne einen Schutzhelm fährt. In diesem Moment beginnt ein heftiger Platzregen, sodass die Sichtverhältnisse erheblich beeinträchtigt sind. Zwar vermindert M sofort ihre Geschwindigkeit. Sie verkennt jedoch, dass sie das Fahrzeug auch wegen der nassen Straße und des dadurch längeren Bremsweges noch etwas stärker hätte abbremsen müssen. Wegen eines auf dem Fahrradstreifen liegenden großen Astes verlässt F ohne einen Schulterblick und ohne sein Aussehen anzukündigen den Fahrradstreifen und fährt vor das Fahrzeug des A. M bremst sofort ab, kommt jedoch wegen der nassen Fahrbahn nicht rechtzeitig zum Stehen und fährt F an. F stürzt und zieht sich Prellungen und Schürfwunden zu. Außerdem wird das neue Fahrrad des F so stark beschädigt, dass ein wirtschaftlicher Totalschaden entsteht. Darüber hinaus entstehen erhebliche Lack- und Blechschäden am Kfz des A.

Sechs Wochen später erhält M sowohl von F als auch von A Post. F verlangt von M Schadensersatz i.H.v. insgesamt 1.800 EUR für alle ihm infolge des Unfalls entstandenen Schäden (600 EUR für die Heilbehandlungskosten [von

denen 300 EUR auf dem Unterlassen des Tragens eines Helms beruhen] und 1.200 EUR für das Fahrrad). Auch A verlangt von seiner Arbeitnehmerin M den Schaden an dem Firmenwagen i.H.v. 1.000 EUR ersetzt. M ist über alle diese Forderungen empört: F habe den Unfall doch selbst verursacht, weil er ohne Schulterblick und Ankündigung auf die Fahrbahn ausgesichert sei. Zudem hätte er auch einen Helm tragen können, um sich vor Kopfverletzungen zu schützen. Ferner sei sie immer davon ausgegangen, dass sie als Arbeitnehmerin für Schäden an einem Firmenwagen nicht einstehen zu müssen.

Frage 2: Welche Ansprüche hat F gegen M?

Frage 3: Welche Ansprüche hat A gegen M?

BEARBEITUNGSHINWEISE ZU DEN FRAGEN 2 UND 3

Ein Gutachter stellt fest, dass M bei angepasster Geschwindigkeit gerade noch rechtzeitig zum Stehen gekommen wäre, ihr Fahrverhalten aber (nur) als leichteste Fahrlässigkeit zu werten ist. Etwaige versicherungsrechtliche Aspekte sind außer Betracht zu lassen

GLIEDERUNG:

Frage 1: Kann A von V die Zahlung von 3.000 EUR verlangen?

- A. Vertragliche Ansprüche
- B. Ansprüche aus c.i.c.
 - I. Schuldverhältnis
 - II. Sonstige Voraussetzungen
 - III. Ergebnis
- C. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag
 - I. Geschäftsbesorgung
 - II. Fremdes Geschäft
 - III. Ergebnis
- D. Ansprüche aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag
- E. Bereicherungsansprüche
- F. Gesamtergebnis

Frage 2: Welche Ansprüche hat F gegen M?

- A. § 7 StVG
- B. § 18 StVG
 - I. Fahrzeugführer
 - II. Fall des § 7 I StVG
 - 1. Rechts(gut)verletzung
 - 2. Beim Betrieb
 - III. Verschulden
 - IV. Kein Ausschluss
 - V. Rechtsfolge
 - VI. Ergebnis
- C. § 823 I
 - I. Tatbestand
 - II. Rechtsfolge
 - III. Ergebnis

- D. § 823 II iVm. Schutzgesetz
- E. Gesamtergebnis

Frage 3: Welche Ansprüche hat A gegen M?

- A. § 18 StVG
- B. §§ 280 I, 241 II
- C. Ansprüche aus Delikt
- D. Gesamtergebnis

GUTACHTEN:

Die vorliegende vom Schwierigkeitsgrad her als mittelschwer anzusehende, aber umfangreiche Klausur wurde im Rahmen der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene im Wintersemester 2023/2024 bei Prof. Dr. *Rüdiger Krause* als 2. Klausur geschrieben, wobei der Schwerpunkt insgesamt auf den gesetzlichen Schuldverhältnissen lag. Dabei enthält die Klausur zwei gleichberechtigte unterschiedliche Sachverhaltsteile. Im ersten Teil ging es anhand einer an den Erbensucher-Fall¹ angelehnten Konstellation vorrangig um das inhaltlich wie auch vom Aufbau her immer wieder schwierige Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) sowie um das Bereicherungsrecht, während im zweiten Teil anhand einer klassischen Verkehrsunfallsituation das Deliktsrecht einschließlich des Straßenverkehrsrechts im Vordergrund standen. Durch drei konkrete Fallfragen sollte die Lösung strukturiert werden. Außerdem sollten durch zwei Bearbeitungshinweise etwaigen »Ausflügen« in andere Rechtsbereiche vorgebeugt sowie mögliche Unklarheiten beim Verständnis des Sachverhalts vermieden werden. Schließlich sollte durch den Abdruck von einigen Normen aus der StVO die Prüfung des zweiten Teils erleichtert werden.

Mit einer Durchschnittsnote von 4,2 Punkten und einer Nichtbestehensquote von 40,65% fiel die von 123 Teilnehmenden mitgeschriebene Klausur schlechter aus als die beiden anderen Klausuren in der Fortgeschrittenenübung, was vermutlich am nicht geringen Umfang sowie in der Schwierigkeit lag, die im zweiten Teil zu prüfenden Anspruchsgrundlagen strukturiert darzustellen. Auch wurde vor dem Hintergrund, dass die Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene der letzte große Test im Zivilrecht vor dem Eintritt in die Examensvorbereitungsphase ist, durchaus streng korrigiert.

Die vorliegende Lösung besticht durch einen klaren Aufbau und (zumindest überwiegend) die bei umfangreichen Lösungen erforderliche Fähigkeit, zwischen problematischen Aspekten, die näher zu entfalten sind, und unproblematischen Aspekten, bei denen man sich kurzfassen muss, um mit der zur Verfügung stehenden Zeit auszukommen, zu unterscheiden. Zwar ist auch die von der Bearbeiterin dankenswerter Weise zur Verfügung gestellte Klausurleistung nicht fehlerfrei. Dies kann freilich auch

¹ BGH NJW 2000, 72.

nicht erwartet werden, zumal beim Schreiben einer Klausur häufig sehr schnell entschieden werden muss, welche Fragen man in welcher Reihenfolge und mit welcher Ausführlichkeit anspricht. Die folgenden Anmerkungen verstehen sich deshalb nicht nur als Kritik, sondern auch als Anregung, an welchen Stellen eine noch größere Präzision möglich gewesen wäre. Zugleich mögen sie verdeutlichen, dass auch für eine herausragende Leistung kein enzyklopädisches Wissen erwartet wird, sondern »nur« die Fähigkeit, auf der Grundlage von soliden Kenntnissen und einem guten Systemverständnis einen unbekanntem Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht angemessen zu bearbeiten.

Frage 1: Kann A von V die Zahlung von 3.000 EUR verlangen?

A könnte einen Anspruch gegen V auf Zahlung von 3.000 Euro haben.

Zwar sollte im Obersatz grundsätzlich bereits eine konkrete Anspruchsgrundlage genannt werden. Der gewählte Anfang ist hier aber möglich, weil durch die weitere Gliederung auf der Ebene der Großbuchstaben sogleich deutlich wird, dass die Verfasserin verschiedene Rechtsinstitute nacheinander prüft, die man natürlich nicht alle bereits an dieser Stelle nennen kann.

A. Vertragliche Ansprüche

Zunächst könnten vertragliche Ansprüche des V in Betracht kommen. Dies ist der Fall, wenn A und V einen Kaufvertrag im Sinne des § 433² geschlossen und A eine etwaige Pflicht verletzt hat.

Dieser Einstieg ist weniger gut gelungen, weil keine konkrete Anspruchsgrundlage genannt wird. Auch lag ein Kaufvertrag (über was?) fern. Vielmehr war an einen Maklervertrag (§ 652 I BGB) oder an einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 I BGB i.V.m. § 611 I BGB) zu denken, wobei eine vertragstypologische Einordnung aber letztlich offenbleiben konnte, wenn ein Vertrag ohnehin nicht zustande gekommen ist.

Ein Kaufvertrag kommt durch zwei korrespondierende Willenserklärungen, namens Angebot und Annahme, gemäß der §§ 145 ff. zustande. Zunächst müsste ein Angebot, § 145, vorliegen. Ein Angebot ist eine auf Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung, welche inhaltlich so bestimmt ist, dass die Annahme, § 147, durch ein einfaches »Ja« erfolgen kann.³

Terminologisch genauer ist es, anstelle eines »Angebots« von einem »Antrag« zu sprechen (vgl. § 145 BGB), wobei allerdings zuzugeben ist, dass in der Rechtsprechung und in den Lehrbüchern sehr häufig auch der Begriff »Angebot« verwendet wird.

Fraglich ist, ob das Inserieren der Lithografie bereits ein Angebot der V darstellt. V hatte geplant diese auf dem Flohmarkt anzubieten und wollte mittels des Fotos lediglich Interessenten anlocken. Dies wurde durch die Anzeige auch deutlich, sodass es aus maßgeblicher Sicht des Empfängerhorizontes, §§ 133, 157, am erforderlichen Rechtsbindungswillen der V fehlte.⁴ Im Übrigen kann auch davon ausgegangen werden, dass die V sich nicht mehrfach binden wollte und der Gefahr des Abschlusses einer Vielzahl von Kaufverträgen entgehen wollte.⁵

Ein Angebot der V könnte jedoch auf dem Flohmarkt erfolgt sein. Sie erklärte gegenüber A das Kunstwerk für 60 Euro veräußern zu wollen. Dieses Angebot müsste A angenommen haben. Die Annahme meint eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung, die die uneingeschränkte Zustimmung zum Angebot beinhaltet. A stimmte dem Kaufpreis von 60 Euro jedoch nicht zu und machte der V ein Gegenangebot. Gemäß § 150 II gilt eine geänderte Annahme als Ablehnung des Angebots verbunden mit einem neuen Angebot. Es kam mithin kein Kaufvertrag über die Lithografie zwischen A und V zum Preis von 60 Euro zustande.

Das neue Angebot des A (Gegenangebot) könnte die V angenommen haben. Dann wäre ein Kaufvertrag zustande gekommen. V lehnte das Angebot jedoch strikt ab und wollte die Lithografie nicht an A verkaufen.

Mangels Angebot und Annahme scheiden vertragliche Ansprüche aus, da es am erforderlichen Kaufvertrag fehlt.

Der Vertragsabschlussmechanismus wird hier etwas ausführlich geschildert. Auch kranken die Ausführungen daran, dass ersichtlich nur ein denkbarer Kaufvertrag in Betracht gezogen wird. Hierdurch bleibt der Gedanke außerhalb des Blickfeldes, dass A den geforderten Betrag möglicherweise als Aufwendungsersatz verlangen kann (vgl. § 652 II BGB), was allerdings zu verneinen war, weil es auch insoweit an einer hierfür erforderlichen vertraglichen Einigung fehlt. Schließlich hätte man noch kurz überlegen können, ob sich V gegenüber A treuwidrig verhält und sich deshalb gemäß § 242 BGB möglicherweise nicht auf das Nichtzustandekommen eines Vertrags berufen kann, was aber ebenfalls zu verneinen war.

B. Ansprüche aus c.i.c.

A könnte einen Anspruch auf 3.000 Euro gegen V aus §§ 280 I, 311 II, 241 II haben.

I. Schuldverhältnis

Zunächst müsste zwischen A und V ein Schuldverhältnis i.Sd. § 280 I vorliegen. Ein rechtsgeschäftliches Schuldver-

² Alle nicht weiter bezeichneten §§ sind solche des BGB.

³ Vgl. zum Abschluss eines Vertrages: *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Auflage (2022), § 8 Rn. 1 ff.

⁴ Zur Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung: *MüKoBGB/Busche*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Auflage (2021), § 133 Rn. 12.

⁵ Vgl. auch *invitatio ad offerendum*, *Fritzsche*, Der Abschluss von Verträgen, §§ 145 ff. BGB, JA 2006, 674 (675).

hältnis zwischen den Parteien – wie etwa ein Kaufvertrag – besteht wie bereits festgestellt nicht.

Es könnte sich jedoch ein rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis iSd. § 311 II ergeben haben. Indem A und V auf dem Flohmarkt über die Lithografie gesprochen und gegenseitig Angebote abgegeben haben, haben sie Vertragsverhandlungen aufgenommen. Somit liegt ein Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 1 vor.⁶

Das Vorliegen eines (vorvertraglichen) Schuldverhältnisses wird kurz und treffend bejaht.

II. Sonstige Voraussetzungen

V müsste eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt haben, welche sie zu vertreten hat, vgl. § 280 I.⁷

Ob die letztliche Ablehnung eines Angebotes überhaupt eine Pflichtverletzung darstellt, ist fraglich. Im Rahmen der Privatautonomie trägt grundsätzlich jede Partei eigens das Risiko, dass es möglicherweise nicht zu einem Vertragsschluss nach Abschluss der Verhandlungen kommt. Eine andere Beurteilung würde die Parteien faktisch zum Vertragsschluss zwingen, was den Grundsätzen der Privatautonomie entscheidend zuwiderläuft.⁸

Auf diese Punkte kommt es jedoch dann nicht an, wenn dem A überhaupt kein ersatzfähiger Schaden entstanden ist. Die Reise und der Arbeitsaufwand des A, welche zu Einbußen von 3.000 Euro führten, ereigneten sich, bevor es überhaupt zu den Vertragsverhandlungen zwischen A und V kam. Die Lithografie wurde zwar bereits im Internet eingestellt, jedoch nur mit Aussicht eines möglichen Verkaufs auf dem Flohmarkt. Eine ersatzfähige Schadensposition des A ist somit abzulehnen. Zum Zeitpunkt dieser Kosten waren die Erwerbssichten nicht konkret genug, die bloße Hoffnung auf einen Vertragsschluss reicht nicht.⁹

Die im Rahmen der c.i.c. prinzipiell anerkannte Fallgruppe des grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen wird zwar nicht angesprochen. Die gelieferte Begründung für die Verneinung eines Schadensersatzanspruchs von A gegen V ist aber sehr gut vertretbar.

III. Ergebnis

Mithin hat A keinen Anspruch gegen V aus §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1.

⁶ Culpa in contrahendo, s. auch *Horn*, Culpa in Contrahendo, JuS 1995, 378; *Erman/Dieckmann*, BGB, 17. Auflage (2023), § 311 Rn. 15 ff., 20; *BeckOGK/Herresthal*, 1.9.2023, § 311 Rn. 201 ff.

⁷ Vgl. zur Pflichtverletzung iRd. § 280 I, HK-BGB/*Schulze*, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage (2021), § 280 Rn. 8 ff.

⁸ Vgl. zum Abbruch von Vertragsverhandlungen *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Culpa in contrahendo (§ 311 II, III), JuS 2015, 398 (399); *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 20. Auflage (2022), § 8 Rn. 5.

⁹ Vgl. etwa MüKoBGB/*Emmerich*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 9. Auflage (2022), § 311 Rn. 193 ff.; *Horn* (Fn. 6), JuS 1995, 378 (382 f.).

C. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Schließlich könnte A einen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 677, 683 S. 1, 670 gegen V in Höhe von 3.000 Euro haben.

I. Geschäftsbesorgung

Der A müsste ein Geschäft besorgt haben. Hiervon werden alle rechtsgeschäftlichen, sowie rechtsgeschäftsähnlichen und tatsächlichen Handlungen erfasst.¹⁰ Mithin auch die Reisen und der zeitliche Arbeitsaufwand des A. Eine Geschäftsbesorgung liegt vor.

II. Fremdes Geschäft

Ein Geschäft ist fremd, wenn es objektiv zum Pflichten- und Interessenkreis einer anderen Person gehört.¹¹

Die Anknüpfung an die objektive Fremdheit des Geschäfts als zweites Tatbestandselement der GoA findet man vielfach und ist beim Aufbau einer GoA deshalb vertretbar. Denkbar (und gesetzestechnisch eigentlich genauer) ist es aber auch, wenn man das Tatbestandsmerkmal »für einen anderen« subjektiv im Sinne eines Fremdgeschäftsführungswillens versteht und die objektive Fremdheit des Geschäfts nur als Indiz dafür heranzieht, dass der Geschäftsführer mit einem entsprechenden Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat. Klar ist jedenfalls, dass für Ansprüche aus einer echten GoA eine objektive Fremdheit des Geschäfts als solche nicht genügt, sondern ein Fremdgeschäftsführungswille des Geschäftsführers auf jeden Fall hinzukommen muss.

Die Reisen des A hat er im eigenen Interesse, Absicht des Kaufs, durchgeführt, es handelt sich hierbei nicht um ein Geschäft der V.

Fraglich ist, ob der Arbeitsaufwand anders zu beurteilen ist. Zwar hat A die Recherche auch im Hinblick auf einen möglichen Kauf der Lithografie vorgenommen, jedoch könnte es sich aufgrund der Tatsache, dass V von diesem Wissen (Andeutung bezüglich des wahren Wertes) profitierte, um ein sog. »auch-fremdes Geschäft« handeln. Dieses genügt den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Es gilt somit zu beurteilen, ob die Recherche hinsichtlich des Kunstwerkes zumindest auch im Interesse der V erfolgte.¹²

Vom Aufbau her gelungen ist es, dass die gegen und die für ein fremdes Geschäft sprechenden Gesichtspunkte nacheinander angesprochen werden und die Rechtsfigur

¹⁰ Zur Geschäftsbesorgung, BGH NJW 1963, 390 (391); MüKoBGB/*Schäfer*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 9. Auflage (2023), § 677 Rn. 39.

¹¹ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Auflage (2022), § 43 Rn. 3.

¹² »Auch-fremdes Geschäft« s. *Kupfer/Weiß*, Geschäftsführung ohne Auftrag, JA 2018, 894 (896 f.); NK-BGB/*Schwab*, BGB Schuldrecht, 4. Auflage (2021), § 677 Rn. 1.

des »auch-fremden Geschäfts« genannt wird. Warum gegebenenfalls zwischen den Reisen und dem Arbeitsaufwand de A unterschieden werden sollte, leuchtet allerdings nicht ein, weil auch die Reisen dem Zweck dienen, den wahren Wert der Lithographie zu ermitteln.

Dafür lässt sich anführen, dass V ohne den Hinweis des A – den er nur aufgrund der Recherche geben konnte – das Kunstwerk möglicherweise erheblich unter Wert verkauft hätte. Es liegt grundsätzlich im Interesse des Veräußerers einen möglichst hohen Preis zu erzielen.

Dies kann jedoch nicht überzeugen bzw. ausreichen. Würde man A einen Aufwendungsersatzanspruch zubilligen, könnten über die Voraussetzungen der §§ 677 ff. grundsätzliche Wertungen umgangen werden. Jeder könnte ohne Auftrag tätig werden – gerade, wenn sich bewusst gegen einen Vertragsschluss entschieden wurde – und würde dennoch zumindest Aufwendungen ersetzt bekommen. Wer eigenständig tätig wird, muss das Risiko tragen, dass der andere von diesem Wissen profitiert, ohne eine Gegenleistung zu erbringen. Den A trifft mithin keine Pflicht die V umfassend über den wahren Wert aufzuklären.¹³

Mit der Recherche hat A mithin ein eigenes Geschäft geführt.

An dieser (schwierigen) Stelle wird sehr gut herausgearbeitet, dass die Zuerkennung eines Aufwendungsersatzanspruchs über den Weg der GoA die allgemeinen Grundsätzen über die vertragliche Risikoverteilung konterkarieren würde. Lediglich der Satz, dass A »mithin« keine Aufklärungspflicht gegenüber V trifft, wirkt etwas sperrig. Gemeint ist wohl, dass A mangels einer Aufklärungspflicht schlicht hätte untätig bleiben dürfen. Mit der Frage eines Aufwendungsersatzanspruchs für den Fall, dass A im Vorfeld eines möglichen Vertragsschlusses eigeninitiativ tätig wird, hat dies aber nur am Rande zu tun. Im Übrigen war es möglich, diese Überlegungen entweder unter dem Prüfungspunkt »Fremdes Geschäft« oder auch unter einem eigenen Prüfungspunkt, etwa »Ausschluss durch Rückgriff auf allgemeine vertragliche Risikoverteilung« unterzubringen.

III. Ergebnis

Da es an einem fremden Geschäft fehlt, scheidet ein Anspruch nach §§ 677, 683 S. 1, 670 aus.

D. Ansprüche aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag

Da es am fremden Geschäft fehlt, scheidet eine angemäßte Eigengeschäftsführung aus, vgl. § 687 S. 2.¹⁴

¹³ Vgl. Erbensucher-Fall, BGH NJW 2000, 72, mit Anm. von *Emmerich*, JuS 2000, 603 (604); BeckOGK/*Herresthal*, 1.8.2023, § 677 Rn. 132.

¹⁴ Zur sog. unechten GoA: *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), JuS 2016, 12 (15).

Diese Aussage ist reichlich ungenau. Gemeint ist anscheinend § 687 II BGB. Insoweit ist anzumerken, dass A möglicherweise einen Anspruch aus § 687 II 2 BGB (mit Verweisungsnormen) hätte, wenn V ihrerseits nach § 687 II 1 BGB vorgehen würde, was hier aber nicht der Fall ist.

E. Bereicherungsansprüche

Des Weiteren könnte A einen Anspruch aus § 812 I 1 Var. 2 gegen V haben.

Hierfür müsste V zunächst etwas erlangt haben. Fraglich ist, ob das Wissen um den möglicherweise hohen Wert des Kunstwerkes etwas Erlangtes iSd. § 812 darstellt. Grundsätzlich genügt hierfür jeder vermögenswerte Vorteil.¹⁵ Mit dem Wissen des A war es der V mithin möglich die Lithografie zu ihrem Wert, einem deutlich über 60 Euro liegenden Preis zu veräußern. Gerade für Rat, Auskünfte etc. sieht das Gesetz jedoch grundsätzlich keine weiteren Verpflichtungen vor.¹⁶ Mithin handelt es sich um frei zugängliches Wissen, welches der V auch anderweitig hätte zugutekommen können.

Im Übrigen wäre erforderlich, dass die V etwas auf Kosten des A erlangt hätte. Dies setzt voraus, dass sie in den Zuweisungsgehalt seines Rechts eingegriffen hätte.¹⁷ Die erfolgten Informationen hat A im Rahmen der Verhandlungen freiwillig preisgegeben.

Ein Anspruch scheidet aus.

Beim erlangten »etwas« wird zu knapp argumentiert. Immerhin könnte sich V Aufwendungen für eine eigene Recherche erspart haben. Bei der Frage eines Eingriffs in den Zuweisungsgehalt einer fremden Rechtsposition wird nicht hinreichend zwischen der freiwilligen Preisgabe der Anfangsinformation (dass nämlich die Lithographie möglicherweise einen deutlich höheren Wert als 60 EUR hat) und der für den exakten Wert ausschlaggebenden finalen Information (wer nämlich genau der Urheber der Lithographie ist) unterschieden. Hier macht sich zudem nachteilig bemerkbar, dass nicht zunächst Leistungskonditionen geprüft werden, konkret zum einen eine *condictio indebiti* (§ 812 I 1 Var. 1 BGB) und zum anderen eine *condictio ob rem* (§ 812 I 2 Var. 2 BGB), letztere unter dem Gesichtspunkt, dass A die V mit der gelieferten Anfangsinformation zum Abschluss eines Vertrags bewegen wollte, es hierzu dann aber nicht gekommen ist, wobei es an einer für diese Kondition erforderlichen Zweckabrede allerdings fehlte.

F. Gesamtergebnis

A hat keinen Anspruch auf 3.000 Euro gegen V.

¹⁵ »Etwas«, s. *Jauernig/Stadler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage (2023), § 812 Rn. 8.

¹⁶ Vgl. § 675 II BGB; *Grüneberg/Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Auflage (2024), § 675 Rn. 32 ff.

¹⁷ Vgl. *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage (2023), § 42 Rn. 5 f.

Frage 2: Welche Ansprüche hat F gegen M?**A. § 7 StVG**

Ein Anspruch aus § 7 I StVG scheidet bereits an der fehlenden Haltereigenschaft der M. Halter des Fahrzeuges ist A.

B. § 18 StVG

M könnte jedoch gemäß § 18 I StVG zum Ersatz des dem F entstandenen Schadens verpflichtet sein.

I. Fahrzeugführerin

M hat den Wagen, bei welchem es sich um ein Kraftfahrzeug im Sinne des § 1 II StVG handelt, gesteuert und war somit Führerin des Fahrzeuges gemäß § 18 I 1 StVG.

II. Fall des § 7 I StVG

Es müssten des Weiteren die Voraussetzungen des § 7 I StVG vorliegen, vgl. § 18 I StVG.

1. Rechts(gut)verletzung

Es müsste ein in § 7 StVG genanntes Recht(sgut) des F verletzt worden sein. Die Prellungen und Schürfwunden stellen einen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit dar, sodass eine Körperverletzung zu bejahen ist. Ebenso werden körperliche Lebensvorgänge in medizinisch erheblicher Weise gestört, sodass ebenfalls eine Gesundheitsverletzung anzunehmen ist. Eine Rechtsgutverletzung des F liegt vor. Darüber hinaus wurde das Fahrrad des F, mithin sein Eigentum, vgl. § 903, beschädigt. Eine Rechtsverletzung ist gegeben.¹⁸

Genau genommen kommt es im Rahmen von § 7 I StVG nicht auf die Verletzung des Eigentums, sondern auf die Beschädigung einer Sache an, auch wenn dies vielfach deckungsgleich ist. Immerhin schützt § 7 I StVG auf diese Weise auch den rechtmäßigen Besitzer einer Sache, während dieser Schutz im Rahmen von § 823 I BGB (nur) über den Weg des »sonstigen Rechts« und nicht über das Eigentum erfolgt.

2. Beim Betrieb

Die Rechts(gut)verletzung müsste beim Betrieb des Fahrzeuges erfolgt sein.

Während sich der Unfall ereignete, befand sich das Fahrzeug in Bewegung, sodass ein betriebsbezogener Eingriff zu bejahen ist. Nach der verkehrstechnischen Auffassung ist das Kriterium »beim Betrieb« erfüllt, wenn sich das Fahrzeug auf öffentlichen Verkehrsflächen oder privatem Gelände

bewegt oder in verkehrsbeeinflussender Weise ruht.¹⁹ Die motortechnische Auffassung fordert darüber hinaus, dass der Motor das Fahrzeug antreibt.²⁰ Beim Fahren kommen beide Ansichten zum selben Ergebnis.

Die Wendung »betriebsbezogener Eingriff« im ersten Satz passt nicht und gehört zu dem Problemkreis, wann ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzunehmen ist. Die Bearbeitung bekommt dann aber »die Kurve« und nennt zutreffend die beiden Ansätze (verkehrstechnische und maschinentechnische Auffassung). Allgemein ist zu raten, im Zusammenhang mit Gefährdungstatbeständen danach zu fragen, ob sich im jeweiligen Schaden genau die Gefahr realisiert hat, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist.

Wäre die M mit geringerer Geschwindigkeit gefahren, wäre es nicht zu einem Zusammenprall gekommen, sodass ihr Verhalten adäquat kausal für die Rechts(gut)verletzung des F ist.²¹

In Betracht kommt ebenfalls auf das Unterlassen der M abzustellen, die Geschwindigkeit weiter zu verringern. Unterlassen kann dem positiven Tun nur gleichgestellt werden, wenn es pflichtwidrig war und eine Pflicht zum Handeln bestand.²² M könnte eine Verkehrssicherungspflicht verletzt haben. Den Verkehrssicherungspflichten liegt der Gedanke zu Grunde, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die notwendigen, wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen trifft, um Gefahren und Schäden von Dritten zu vermeiden.²³ Der Betrieb eines Kraftfahrzeuges stellt eine solche Gefahrenquelle dar. Gemäß § 3 StVO muss der Fahrer sein Fahrzeug ständig beherrschen und seine Geschwindigkeit den äußeren Begebenheiten anpassen. M verkannte den kurzen Bremsweg und bremste so nicht stark genug, sie hatte das Fahrzeug somit nicht hinreichend unter Kontrolle und verletzte eine Verkehrssicherungspflicht.

Eine den Tatbestand des § 7 I StVG erfüllende Handlung liegt vor. Einerseits das Fahren als solches (positives Tun) sowie das nicht rechtzeitige, zu schwache Abbremsen (Unterlassen).

Hier kommt es zu einer Vermengung von Verwirklichung der Betriebsgefahr und Verkehrssicherungspflichtverletzung. Für den (infolge der Verweisung in § 18 I 1 StVG

¹⁹ Verkehrstechnische Auffassung, BGH NJW 2015, 1681 (1681 f.); BGH NJW 2013, 1679 (1680); BeckOGK/Walter, 1.1.2022, StVG § 7 Rn. 89; mwN. Piroth/Schmitz-Justen, Die Ausweitung des Betriebsbegriffs nach § 7 I StVG in der Rechtsprechung, NZV 2020, 293.

²⁰ RGZ 122, 270; 126, 333.

²¹ »Conditio-sine-qua-non-Formel« (Äquivalenztheorie), s. BGH NZI 2011, 602 (605); MüKoBGB/Oetker, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Auflage (2022), § 249 Rn. 103; Zur Adäquanztheorie Weiler, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage (2024), § 46 Rn. 5.

²² LG Essen BeckRS 2016, 16002 (16002); HK-BGB/Staudinger (Fn. 7), § 823 Rn. 56; Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Deliktsrecht – Haftung aus § 823 I BGB, JuS 2019, 852 (854).

²³ Verkehrssicherungspflichten, BGH NJW 2010, 1967 (1967 f.); 2013, 48 (48); mwN. Förster, Verkehrssicherungspflichten, JA 2017, 721 (721 ff.).

¹⁸ Zur Rechts(gut)verletzung, BeckOK StVR/Semrau, 15.1.2024, StVG § 7 Rn. 1 ff.

hier relevanten) Tatbestand des § 7 I StVG kommt es für sich genommen nur auf die Realisierung der Betriebsgefahr an, nicht auf die Adäquanz oder die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht.

III. Verschulden

Gemäß § 18 I 2 StVG ist ein Verschulden des Fahrzeugführers erforderlich. Im Gegensatz zu § 7 I StVG handelt es sich gerade nicht um eine Gefährdungshaftung. Laut Feststellung des Gutachters handelte M leicht fahrlässig, § 276 II, sodass Verschulden vorliegt.

Präziser wäre es gewesen, davon zu sprechen, ob sich der Fahrzeugführer entlasten kann, was hier nicht der Fall ist. Bei § 18 I StVG handelt es sich um eine Haftung für vermutetes Verschulden (die auf § 7 I StVG und damit auf einem Gefährdungshaftungstatbestand aufbaut).

IV. Kein Ausschluss

Der Anspruch des F dürfte nicht ausgeschlossen sein. Ein Ausnahmetatbestand gemäß § 8 StVG ist vorliegend nicht ersichtlich.

V. Rechtsfolge

Grundsätzlich ist M zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem F entstanden ist, § 18 I 1 StVG. Somit hätte F einen Anspruch in Höhe von insg. 1.800 Euro.

Insoweit wäre ein noch stärkerer Normbezug gut gewesen, wobei im Hinblick auf die Heilbehandlungskosten § 249 II 1 BGB und im Hinblick auf das Fahrrad (Totalschaden) § 251 II 1 BGB zu nennen gewesen wären.

Gemäß § 9 StVG ist § 254 jedoch entsprechend anzuwenden, wenn den Geschädigten ein Mitverschulden trifft.²⁴ Da sich F ohne Fahrradhelm fortbewegte und ohne Ankündigung auf die Fahrbahn ausscherte, könnte sein Schadensersatzanspruch zu kürzen sein.

Hier hätte man den allgemeinen Charakter des Mitverschuldens als Obliegenheitsverletzung (Verstoß gegen die Sorgfalt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt) kurz benennen können.

F könnte selbst gegen eine Pflicht verstoßen haben, indem er keinen Schutzhelm trug. Eine ausdrückliche Vorschrift diesbezüglich gibt es nicht. § 21a StVO ist unmittelbar nicht einschlägig, da F sich nicht mit einem Kraffrad fortbewegte, sondern einem »normalen« Fahrrad. Aus der fehlenden Regelung ließe sich der Schluss ziehen, dass ein Schutzhelm gerade nicht getragen werden muss und das Fehlen dem F nicht zur Last gelegt werden darf. Grundsätzlich trifft ihn jedoch eine Schadensminderungspflicht, diese kann auch

ohne Verstoß gegen die StVO verletzt werden. Es stellt sich die Frage, ob ein verständiger Durchschnitts-Fahrradfahrer anstelle des F einen Schutzhelm getragen hätte. Unstreitig steht fest, dass das Tragen von Schutzhelmen Gefahren im Straßenverkehr minimiert. Das Tragen gilt jedoch vielmehr dem eigenen Schutz von Körper und Gesundheit und nicht dazu, Schadensersatzpflichten anderer Verkehrsteilnehmer zu verhindern. Generell ist das Tragen eines Schutzhelms eher weniger etabliert, die meisten Radfahrer verzichten auf diesen. Zwar wäre F besser geschützt gewesen, jedoch kann das Fehlen nicht zu seinen Lasten gewertet und sein Schadensersatzanspruch infolgedessen gekürzt werden.²⁵

An dieser Stelle enthält die Bearbeitung eine gelungene Argumentation. Gut ist insbesondere, dass die dem Sachverhalt beigefügte Norm des § 21a StVO in die Überlegungen eingeflochten wird und Argumente Pro und Kontra erfolgen.

Eine Kürzung könnte jedoch aufgrund des plötzlichen Auscherens geboten sein. Gemäß § 6 StVO muss bei einem Hindernis, wie dem heruntergefallenen Ast, grundsätzlich gewartet werden. F hätte daher zunächst abwarten und die M vorbeifahren lassen müssen. Erst wenn es erforderlich ist, ist das Ausscheren zulässig, vgl. § 6 S. 3 StVO. Das Halten im Regen ist zwar grundsätzlich unangenehm, erlaubt es dem F jedoch nicht einfach auf die Fahrbahn zu fahren. Tut er es dennoch, hat er auf den Verkehr zu achten. Da F ohne Schulterblick und ohne Ankündigung auf die Fahrbahn gefahren ist, hat er gegen § 6 StVO verstoßen. Ein anderes Verhalten wäre ihm möglich und trotz des schlechten Wetters zumutbar gewesen. Hätte er kurz abgewartet, wäre der Zusammenstoß wohlmöglich verhindert worden. F hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maße außer Acht gelassen und mithin grob fahrlässig gehandelt.²⁶

Der Schadensersatzanspruch des F nach § 18 I 1 StVG ist entsprechend §§ 9 StVG, 254 angemessen zu kürzen. Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass F grob fahrlässig und M lediglich leicht fahrlässig gehandelt hat. Auf der anderen Seite gehen von dem von M betriebenen Fahrzeug grundsätzlich deutlich höhere Gefahren aus als von dem Fahrrad des F.²⁷

VI. Ergebnis

F hat einen Anspruch auf Schadensersatz, den es jedoch noch angemessen zu kürzen gilt.

In solchen Fällen sollte man sich durchaus trauen, eine Quote zu nennen, die angemessen erscheint, beispielsweise 30% (M) zu 70% (F), sodass man hier folgerichtig auf

²⁴ Zum Mitverschulden, *Looschelders* (Fn. 8), § 50 Rn. 1 ff.; *Jauernig/Kern* (Fn. 15), § 254 Rn. 1 ff.

²⁵ Vgl. zum Tragen eines Schutzhelms, *BGH NJW* 2014, 2493 (2493 ff.); *OLG Nürnberg NJW* 2020, 3603 (3603 ff.); *MüKoBGB/Oetker* (Fn. 21), § 254 Rn. 42; A.A. *OLG Schleswig NJOZ*, 1494 (1494 ff.).

²⁶ Grobe Fahrlässigkeit s. *BGH NJW* 1953, 1139; *Jauernig/Stadler* (Fn. 15) § 276 Rn. 33.

²⁷ Vgl. zur Schadensberechnung, *HK-BGB/Schulze* (Fn. 7), § 254 Rn. 10; *Wagner, Deliktsrecht*, 14. Auflage (2021), 8. Kapitel Rn. 55.

einen Schadensersatzbetrag in Höhe von 540 EUR käme, wobei eine andere Quote selbstverständlich vertretbar ist.

C. § 823 I

Des Weiteren könnte F einen Anspruch aus § 823 I haben.

An dieser Stelle könnte man kurz die Anwendbarkeit des allgemeinen Deliktsrechts neben dem StVG erwähnen, vgl. § 16 StVG.

I. Tatbestand

Eine Rechts(gut)verletzung des F liegt vor. Diese wurde mit hin durch ein Verhalten der M verursacht, s.o.

Der eingetretene Erfolg indiziert nach der Lehre vom Erfolgsunrecht die Rechtswidrigkeit.²⁸

Schließlich ist ein Verschulden der M, Fahrlässigkeit, gegeben.

Somit ist der Tatbestand des § 823 I erfüllt.

Die Darlegungen sind an dieser Stelle reichlich kurz geraten, vielleicht schon aufgrund von Zeitmangel.

II. Rechtsfolge

M ist dem F zum Ersatz des ihm entstandenen Schadens verpflichtet.

Da dem F jedoch ein Mitverschulden nach § 254 angerechnet werden muss, ist auch dieser Anspruch entsprechend zu kürzen.

An dieser Stelle hätte man noch deutlicher darauf hinweisen können, dass sich das Mitverschulden bei Ansprüchen aus dem allgemeinen Deliktsrecht auch dann nur nach § 254 BGB (ohne die Erweiterung gemäß § 9 StVG) richtet, wenn es um einen Verkehrsunfall geht, wobei dies für das Ergebnis hier allerdings keine Rolle spielt.

III. Ergebnis

F hat gegen M einen Anspruch aus § 823 I.

D. § 823 II iVm. Schutzgesetz

Als Schutzgesetz kommt zunächst § 229 StGB in Betracht. Da F sowohl eine Körperverletzung als auch Gesundheitsbeeinträchtigung erlitt, liegen die Voraussetzungen vor. Gemäß § 823 II iVm. § 229 StGB hat F einen Anspruch auf Schadensersatz, welcher um seinen Mitverschuldensanteil zu kürzen ist.²⁹

²⁸ Vgl. Grüneberg/*Sprau* (Fn. 16), § 823 Rn. 23 ff.; *Althammer*, Die Haftung nach § 823 I und II BGB, JA 2006, 697 (699 f.); *Jauernig/Kern* (Fn. 15), § 823 Rn. 48.

²⁹ Vgl. *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Haftung aus § 823 II BGB, JuS

Ein Ersatz des Schadens nach § 823 II iVm. § 303 StGB scheidet hingegen aus. Mit § 303 StGB ist nur die vorsätzliche Sachbeschädigung geregelt. M handelte jedoch lediglich fahrlässig.

Schließlich könnte der Verstoß der M gegen § 3 StVO zu einem Schadensersatzanspruch des F führen. Bei § 3 StVO müsste es sich um ein Schutzgesetz handeln. Ein solches liegt vor, wenn das Gesetz zumindest auch dem Schutz des Einzelnen oder eines bestimmbaren Personenkreises dient.³⁰ Grundsätzlich dient die StVO dem Schutz der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs und nicht lediglich den einzelnen Verkehrsteilnehmern. Durch Beachtung der Vorgaben soll jedoch auch deren Sicherheit gewährleistet werden. Auch ein Anspruch nach § 823 II iVm. § 3 StVO besteht unter Berücksichtigung des § 254.³¹

Die Schutzzweckerwägungen hätten noch etwas differenzierter ausfallen können.

E. Gesamtergebnis

Schadensersatzansprüche des F ergeben sich aus § 18 I 1 StVG sowie § 823 I, II. Hierbei ist stets das Mitverschulden des F angemessen in Abzug zu bringen.

Frage 3: Welche Ansprüche hat A gegen M?

A. § 18 StVG

Auch A könnte einen Anspruch gegen M aus § 18 I 1 StVG in Höhe von 1.000 Euro haben.

Fraglich ist, ob ein Schaden an dem Kraftfahrzeug, welches betrieben wurde, geltend gemacht werden kann.

Bei dem Kraftfahrzeug handelt es sich um den Firmenwagen des A und mithin sein Eigentum. Eine taugliche Beeinträchtigung könnte somit gegeben sein.

Der Wortlaut des § 7 I StVG umfasst »Sachen« und ist dementsprechend weit gefasst.

Dies ist zutreffend, sodass der zusätzliche Hinweis auf das Eigentum diffus wirkt.

Aus dem Sinn und Zweck der StVG (insb. §§ 7, 18 StVG) könnte sich jedoch etwas anderes ergeben. Grundsätzlich soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass von Fahrzeugen erhebliche Gefahren ausgehen, deren Haftung im Verhältnis nach außen geregelt werden muss. Bei der Beschädigung des gefahrenen Fahrzeugs realisiert sich keine von dem Fahrzeug ausgehende Gefahr.³²

2020, 12 (12 ff.); *Looschelders* (Fn. 11), § 64 Rn. 1 ff.

³⁰ *Brox/Walker* (Fn. 17), § 46 Rn. 2 ff.

³¹ § 3 StVO als Schutzgesetz, s. BGH NJW 1985, 1950 (1950 f.); *Berz/Burmann/Grüneberg*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 48. EL (2023), Haftungsvoraussetzungen und Haftungsverteilung, Rn. 94 f.

³² BGH NZV 1990, 425 (426); BGH NJW 2015, 1681 (1682); *Hentschel/*

Es scheint somit überzeugender nur die Sachschäden zu erfassen, die durch das betriebene Fahrzeug verursacht werden und nicht an diesem.³³

Ein Anspruch aus § 18 I 1 StVG scheidet aus.

Auch an dieser Stelle gelingt wiederum eine überzeugende Argumentation.

B. §§ 280 I, 241 II

Ein Anspruch des A könnte sich des Weiteren aus §§ 280 I, 241 II ergeben.

Den vertraglichen Anspruch sollte man besser vor dem gesetzlichen Anspruch aus dem StVG prüfen.

Das erforderliche Schuldverhältnis stellt der zwischen A und M bestehende Arbeitsvertrag, § 611a, dar.

Gemäß § 241 II haben die Parteien im Rahmen eines Schuldverhältnisses gegenseitige Rücksichtnahmepflichten. Dazu gehört insbesondere der sorgfältige Umgang mit Rechtsgütern des anderen Teils.³⁴ Indem durch das Verhalten der M der Firmenwagen des A erheblich beschädigt wurde, hat sie diese Pflicht verletzt. Eine Pflichtverletzung iSd. § 280 I liegt somit vor.

M handelte leicht fahrlässig und hat die Pflichtverletzung zu vertreten.

Insoweit ließe sich noch darauf hinweisen, dass die Beweislastumkehr im Hinblick auf das Vertretenmüssen nach § 280 I 2 BGB gemäß § 619a BGB nicht für Arbeitsverhältnisse gilt.

Der dem A entstandene Schaden iHv. 1.000 Euro ist grundsätzlich nach §§ 249 ff. zu ersetzen. Ein Mitverschulden des A als Beifahrer nach § 254 ist nicht ersichtlich.

Bevor die Bearbeitung anschließend auf die Grundsätze über die eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung zu sprechen kommt, hätte kurz thematisiert werden können, ob sich A als Halter die Betriebsgefahr des Fahrzeugs zurechnen lassen muss, was infolge der Wertung des § 8 Nr. 2 StVG aber abzulehnen ist.

Jedoch könnte zu berücksichtigen sein, dass es sich bei der M um eine Angestellte des A handelt und sich der Unfall im Rahmen ihrer Arbeit ereignete. Zwar werden Arbeitnehmer nicht umfassend von Schadensersatzansprüchen befreit, jedoch könnte nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen

Schadensausgleiches eine Korrektur vorzunehmen sein, analog § 254 I.³⁵ Hiernach hat für leichte Fahrlässigkeit der Arbeitgeber einzustehen, für mittlere und grobe erfolgt eine Quotelung. Der Arbeitnehmer haftet nur bei Vorsatz voll. Im vorliegenden Fall würde M nicht für den entstandenen Schaden eintreten müssen, da sie lediglich leicht fahrlässig handelte. Dieses Ergebnis scheint auch nicht unbillig. Der Arbeitgeber profitiert schließlich umfassend vom Arbeitnehmer und dessen Leistung. Gerade wenn der Arbeitnehmer gefahrgeneigte Tätigkeiten übernimmt, kann der Arbeitgeber diese nicht aus seinem Verantwortungsbereich verweisen. Indes hat der Arbeitgeber die Möglichkeit entsprechende Versicherungen abzuschließen und so das von ihm überschaubare Risiko, er hat schließlich Kenntnis von den Strukturen, abzusichern. Etwaige im Rahmen der Arbeit entstehende Schäden können für den Arbeitnehmer schwere finanzielle Folgen haben. Eine Korrektur nach dem innerbetrieblichen Schadensausgleich ist somit geboten.

Der Schadensersatzanspruch des A ist somit auf Null zu kürzen.

Die souveräne Beherrschung der Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich nebst seiner rechtsdogmatischen Begründung ist außergewöhnlich und wurde ausgesprochen positiv bewertet. Terminologisch ist hinzuzufügen, dass in diesen Fällen § 254 I BGB analog angewendet wird, weil es um die Zurechnung des Betriebsrisikos als ein verschuldensunabhängiger Zurechnungsfaktor geht, und man zudem vielfach von »leichtester Fahrlässigkeit« spricht, wenn es um einen vollständigen Haftungsausschluss geht. Im Übrigen wird die – unproblematisch vorliegende – Schadensherbeiführung im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit etwas knapp bejaht, was hier aber der am Ende der Bearbeitung offenbar knapp gewordenen Zeit geschuldet sein dürfte.

C. Ansprüche aus Delikt

Neben vertraglichen Ansprüchen können grundsätzlich deliktische bestehen. Damit die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches jedoch nicht umgangen werden, sind auch Ansprüche aus §§ 823 ff. zu kürzen.³⁶

Der entscheidende Aspekt ist kurz und treffend benannt, auch wenn man (bei etwas mehr Zeit) noch kurz die deliktischen Ansprüche hätte durchprüfen können. Nicht erwähnt wird ein immerhin denkbarer, aber schnell abzulehnender Anspruch aus § 228 S. 2 BGB.

D. Gesamtergebnis

A hat keine Ansprüche gegen M.

König/Dauer/König, Straßenverkehrsrecht, 47. Auflage (2023), § 7 Rn. 1a.

³³ So auch BGH NJW 2023, 2778 (2779); BeckRS 2011, 2643; BeckOK StVR/Semrau (Fn. 18), StVG § 7 Rn. 9.

³⁴ Rücksichtnahmepflichten, s. MüKoBGB/Spinner, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 9. Auflage (2023), § 611a Rn. 1002; ErfK-BGB/Preis/Greiner, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Auflage (2024), § 611a Rn. 808, 840 ff.

³⁵ Zum innerbetrieblichen Schadensausgleich, BAG NZA 1999, 263 (264); 2011, 345 (345 ff.); Krause, Arbeitsrecht, 4. Auflage (2020), § 16 Rn. 1 ff.; BeckOK BGB/Baumgärtner, 1.11.2023, § 611a Rn. 96 ff.

³⁶ Arbeitnehmerhaftung iRd. § 823, s. MüKoBGB/Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 9. Auflage (2024), § 823 Rn. 167.

Bei der Bearbeitung handelte es sich um die beste in der 2. Klausur erzielte Leistung, wobei über manche Ungenauigkeiten und Auslassungen aufgrund der inhaltlichen Stärken an anderer Stelle (Berücksichtigung der allgemeinen vertraglichen Risikoverteilung im Rahmen der GoA, Mitverschuldenseinwand wegen des Nichttragens eines Schutzhelms durch einen Radfahrer, Nichteinbeziehung des Halters in die Führerhaftung nach dem StVG, innerbetrieblicher Schadensausgleich) bewusst hinweggesehen wurde. Der Gutachtenstil (Obersatz, Entfaltung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, konkrete Subsumtion, Schlussfolgerung) wird beherrscht, wenn auch nicht durchgängig angewandt, was aber dem Umfang der Aufgabenstellung geschuldet sein dürfte. Allgemein kann insoweit darauf hingewiesen werden, dass man gerade am Anfang einer Bearbeitung insoweit genau sein sollte, um unter Beweis zu stellen, dass diese Denk- und Darstellungsweise sicher beherrscht wird, während man im weiteren Verlauf einer (umfangreichen) Bearbeitung etwas knapper formulieren kann, ohne dass man indes umfassend in den Urteilsstil verfallen sollte.

ÖffR Fallbearbeitung

Louis Valentino Kolkmeyer*

Kostenexplosion

Referendarexamensklausur im Öffentlichen Recht

Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig Fragen des Verwaltungsvollstreckungsrechts und der Kostentragung. Darüber hinaus enthält sie einen kleineren baurechtlichen Einschlag. Während die Zulässigkeit keine Schwierigkeiten bereithält, ist im Rahmen der Begründetheit insbesondere ein sauberer Aufbau und eine präzise Arbeit mit dem Gesetzestext erforderlich.

SACHVERHALT

A ist Eigentümerin eines Grundstücks in einer dicht besiedelten Wohngegend in der niedersächsischen Stadt Göttingen. Das Grundstück, das A vor Kurzem von ihren Eltern (E) geerbt hat, liegt in einem Bereich, der im Zweiten Weltkrieg besonders frequentiert bombardiert worden ist.

Aus diesem Grund hatten die E vor zwei Jahren im Zusammenhang mit Umbaumaßnahmen von der zuständigen Behörde die Auflage erhalten, eine Kampfmittelerkundungsfirma mit einer Überprüfung des Grundstücks zu beauftragen. Die erteilte Baugenehmigung beschied das Grundstück als weitestgehend bombenfrei. In einem Teilbereich konnte aus technischen Gründen jedoch keine Oberflächensondierung auf Kampfmittel durchgeführt werden. Das Bauen im entsprechenden Teilbereich ist den E daher untersagt worden. Für zukünftige Maßnahmen sollte eine erneute Sondierung versucht werden.

A plant in dem Teilbereich, der regelmäßig der Sonnigste des Grundstücks ist, einen Pool zu errichten. Im Rahmen des dafür notwendigen Bodenaushubs stößt sie mit ihrem Bagger auf eine 500 kg schwere Sprengbombe aus dem zweiten Weltkrieg. Unsicher, ob derartige Angelegenheiten überhaupt in den Zuständigkeitsbereich der Polizei fallen, informiert A selbige über ihren Fund.

Die Polizei informiert sodann den Kampfmittelbeseitigungsdienst. Sprengmeister S attestiert der Bombe eine akute Explosionsgefahr. Wegen des Stoßes mit dem Bagger könne der Zünder der Bombe in einem Zustand sein, in dem eine Explosion auch ohne weitere Einwirkungen nicht ausgeschlossen sei.

Aufgrund der Größe der Bombe bestimmt S einen etwaigen Explosionsradius von 1000 Metern.

Innerhalb dieses Umkreises sei aufgrund eines möglichen Splitterflugs mit erheblichen Schäden zu rechnen. Ferner weist er daraufhin, dass eine Explosion während einer Entschärfung besonders wahrscheinlich sei.

Die Polizei machte sich die Einschätzung des S zu eigen und beginnt daraufhin unmittelbar mit der Evakuierung sämtlicher Anwohnerinnen und Anwohner im Radius von 1000 Metern. Die dadurch entstandenen Evakuierungskosten i.H.v. 25.000 EUR verlangt die zuständige Behörde nun per Kostenbescheid von A.

A ist über den Kostenbescheid empört. Es könne ja wohl nicht sein, dass sie die Kosten zu tragen habe. Schließlich hatten ihr sowohl Polizei als auch der Kampfmittelbeseitigungsdienst zugesichert, dass die Kosten für die Entschärfung vom Land Niedersachsen getragen werden. Außerdem stimme es zwar, dass die ursprüngliche Baugenehmigung den Hinweis auf den nicht überprüften Grundstücksbereich enthalte. Der Bescheid sei jedoch an ihre Eltern adressiert und habe »nichts mit ihr zu tun«. Des Weiteren seien die Kosten unverhältnismäßig. Ihr Stadtgrundstück habe zwar bereits einen beachtlichen Wert, der Pool müsste nun jedoch kleiner ausfallen als ursprünglich geplant.

A möchte daher gerichtlich gegen den Bescheid vorgehen. Hat ein solches Vorgehen Aussicht auf Erfolg?

BEARBEITERVERMERK

Ein Gesetz oder eine Kampfmittelverordnung sind für das Land Niedersachsen nicht erlassen worden.

Auszug zum Merkblatt Kampfmittelbeseitigung in Niedersachsen:

4.1 Kostentragung: Das Land trägt (...) aus Billigkeitsgründen die bei der Beseitigung von Kampfmitteln anfallenden Kosten, die der Abwehr einer unmittelbaren Gefahr dienen. Es trägt daher die Kosten der tatsächlichen Bergung, der Entschärfung oder Sprengung, des Transports und der Vernichtung eines Kampfmittels. Dazu gehören jedoch nicht ggf. erforderliche Vor- und Nebenarbeiten, insbesondere nicht das Abräumen von Gegenständen oberhalb des Erdreichs.

* Louis Valentino Kolkmeyer ist Doktorand an der Georg-August-Universität Göttingen.

GLIEDERUNG

- A. Zulässigkeit
 - I. Eröffnung des Verwaltungsrechts
 - II. Statthafte Klageart
 - III. Klagebefugnis
 - IV. Vorverfahren
 - V. Klagefrist
 - VI. Klagegegner
 - VII. Beteiligten-/ Prozessfähigkeit
 - VIII. Ergebnis Zulässigkeit
- B. Begründetheit
 - I. Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid
 - II. Formelle Rechtmäßigkeit
 - 1. Zuständigkeit
 - 2. Verfahren
 - 3. Form
 - 4. Zwischenergebnis
 - III. Materielle Rechtmäßigkeit
 - 1. Kostengrund: Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme
 - a) Rechtsgrundlage für die Ersatzvornahme
 - b) Formelle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme
 - c) Materielle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme
 - aa) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
 - (1) Erforderlich zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr
 - (2) Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grundverwaltungsaktes
 - (a) Rechtsgrundlage des hypothetischen Grund VA
 - (b) Materielle Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grund VA
 - (c) Zwischenergebnis
 - (3) Zwischenergebnis
 - bb) ordnungsgemäße Zwangsvollstreckung
 - (1) Androhung
 - (2) Zwischenergebnis
 - d) ordnungsgemäßes Ermessen
 - e) Zwischenergebnis
 - 2. Ordnungsgemäße Kostenhöhe
 - 3. Heranziehung des Pflichtigen
 - a) Kostenschuldnerin
 - b) Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit
 - IV. Zwischenergebnis
- C. Ergebnis

LÖSUNG

Die Fallbearbeitung ist angelehnt an OVG Lüneburg 28.11.2019 – 11 LC 606/18, NJW 2020, 1313 und wurde i.R.d. Examenkurses im Öffentlichen Recht (ÖR II Verwaltungsrecht) an der Georg-August-Universität Göttingen im WiSe 23/24 besprochen.

Die Klage der A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn alle nachfolgenden Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung, wodurch die Streitigkeit unabhängig von ihrer Rechtsnatur dem Verwaltungsgericht zugewiesen wäre,¹ ist nicht ersichtlich. Stattdessen könnte der Verwaltungsrechtsweg nach der Generalklausel des § 40 I VwGO eröffnet sein. Dafür müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die den Streit entscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Dies ist der Fall, wenn sie einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigen oder verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie²). Streitentscheidende Normen sind vorliegend solche des NPOG sowie des NVwKostG, insbesondere § 66 I NPOG sowie § 13 I NVwKostG. Die genannten Vorschriften ermächtigen ausschließlich die entsprechende Behörde zur Kostenerhebung, es handelt sich mithin um öffentlich-rechtliche Vorschriften. Da mit A als Bürgerin und der Behörde auch nicht zwei unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte um ihre sich aus der Verfassung ergebenden Rechte und Pflichten streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit³), ist der Streit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

Mangels abdrängender Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, vgl. § 88 VwGO. A wendet sich vorliegend gegen den Kostenbescheid. Der Kostenbescheid stellt einen Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 I NVwVfG⁴ dar. Für die Aufhebung eines Verwaltungsakts ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO statthaft.

III. Klagebefugnis

A müsste zur Klage befugt sein. Dies setzt voraus, dass sie geltend macht, durch den Kostenbescheid in eigenen

¹ Vgl. Eyermann/Schübel-Pfister/Wöckel, VwGO, 16. Auflage (2022), § 40 Rn. 163.

² S. vertieft zur modifizierten Subjektstheorie NK-VwGO/Sodan, 5. Auflage (2018), VwGO § 40 Rn. 302-305.

³ Vgl. ebd., Rn. 189; Kritik an der Formel der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit u.a. bei Bethge, Das Phantom der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, JuS 2001, 1100.

⁴ Die Vorschriften des VwVfG gelten im Folgenden als i.V.m. § 1 I NVwVfG zitiert.

Rechten verletzt worden zu sein, vgl. § 42 II VwGO. A müsste substantiiert darlegen, dass durch den Kostenbescheid eine Verletzung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte möglich erscheint. Es ist nicht von vornherein auszuschließen und mithin möglich, dass A für die Heranziehung der Kosten, die im Zusammenhang mit ihrem Grundstück entstanden sind, in ihrer Eigentumsfreiheit aus Art. 14 I GG verletzt ist. Darüber hinaus ist A als Adressatin des belastenden Kostenbescheids wenigstens⁵ möglicherweise in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt. A ist mithin klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Das grundsätzlich nach § 68 I 1 VwGO durchzuführende Vorverfahren ist vorliegend nach § 68 I 2 i.V.m. § 80 I NJG entbehrlich. Eine der in § 80 II NJG genannten Rücknahmen ist nicht einschlägig.

V. Klagefrist

Gemäß § 74 I 2 VwGO ist die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben. Mangels entgegenstehender Angaben ist davon auszugehen, dass die Monatsfrist noch eingehalten werden kann.

VI. Klagegegner

A müsste ihre Klage außerdem gegen den richtigen Beklagten erheben. Klagegegner ist gemäß § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 79 II NJG, § 87 I Nr. 3 NPOG die Polizeidirektion Göttingen als die den Kostenbescheid erlassende Behörde.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 I Nr. 1 VwGO als Geschäftsfähige prozessfähig. Für die Polizeibehörde ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 79 I NJG, § 87 I Nr. 3 NPOG. Gemäß § 62 III VwGO wird sie durch den Polizeipräsidenten oder die Polizeipräsidentin vertreten.

VIII. Ergebnis Zulässigkeit

Alle Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Die Klage der A ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage der A müsste außerdem begründet sein. Dies ist der Fall, soweit der Kostenbescheid rechtswidrig und die A dadurch in ihren Rechten verletzt worden ist, vgl. § 113 I 1 VwGO. Der Kostenbescheid ist rechtswidrig, wenn es an einer tauglichen Rechtsgrundlage fehlt oder der Bescheid formell oder materiell rechtswidrig ist.

⁵ NK-VwGO/Sodan (Fn. 2), § 42 Rn. 383 mit Verweis darauf, dass die weite Interpretation des Art. 2 I GG den Begründungsaufwand für das Vorliegen der Klagebefugnis minimiert.

I. Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) bedarf exekutives Tätigwerden einer gesetzlichen

Grundlage.⁶ Als Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid kommt vorliegend § 66 I NPOG in Betracht. Nach S. 1 kann die Verwaltungsbehörde, sofern die Verpflichtung, eine vertretbare Handlung vorzunehmen, nicht erfüllt wird, auf Kosten der Person, die die Handlung vorzunehmen hätte, die Handlung selbst ausführen oder eine andere Person mit der Ausführung beauftragen (Ersatzvornahme). Gemäß S. 2 besteht die Möglichkeit, für die zusätzlich zur Ausführung der Handlung erforderlichen Amtshandlungen Gebühren und Auslagen nach dem NVwKostG zu erheben. Fraglich ist, wonach die Heranziehung zu den Evakuierungskosten erfolgen konnte.

Die Ersatzmaßnahme i.S.v. § 66 I 1 NPOG stellt vorliegend die Beseitigung der Bombe dar. Die in diesem Zusammenhang entstandenen Kosten trägt jedoch aus Billigkeitsgründen das Land Niedersachsen.⁷ Da die streitigen Evakuierungskosten mithin nicht als unmittelbar für die Beseitigung der Bombe angefallene Kosten der Ersatzvornahme zu qualifizieren sind, scheidet § 66 I 1 NPOG als Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid aus. Sofern die Evakuierung eine zusätzlich zur Ausführung der Bombenbeseitigung erforderliche Amtshandlung darstellt, kommt § 66 I 2 NPOG als taugliche Rechtsgrundlage in Betracht. Der Wortlaut des § 66 I NPOG legt dabei einen finalen Zusammenhang zwischen Ausführung der Ersatzvornahme und der weiteren Amtshandlung nahe und begrenzt diese inhaltlich auf solche Handlungen, die notwendig für die Ersatzvornahme sind.⁸ Dies müsste verneint werden, wenn die Evakuierung als zusätzliche Amtshandlung gegenüber Dritten anzusehen wäre und kein Zusammenhang zur Ersatzvornahme bestünde.⁹ Im Falle einer Explosion, die aufgrund der Einwirkung auf die Bombe während einer Entschärfung besonders wahrscheinlich ist, war ein Splitterflug in einem Umkreis von 1000 Metern zu erwarten. Ohne die Evakuierung hätte diese vom Grundstück der A ausgehende Gefahr nicht beseitigt werden können. Die erfolgte Evakuierung war mithin zwingend erforderlich, um die vom Grundstück der A ausgehende Gefahr beseitigen zu können. Es bestand daher ein enger Zusammenhang zwischen der im Wege der Ersatzvornahme erfolgten Bombenentschärfung und der Evakuierung. Aufgrund dieses Konnexes stellen die § 66 I 2 NPOG i.V.m. § 13 I NVwKostG eine taugliche Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid zur Heranziehung der Evakuierungskosten an die im Wege der Ersatzvornahme durchgeführte Bombenbeseitigung dar.

⁶ S. vertieft zur Begrifflichkeit, insbesondere in Abgrenzung zum »Gesetzesvorbehalt«, Sachs/Sachs, GG Art. 20 Rn. 113-117.

⁷ S. Bearbeitervermerk.

⁸ BeckOK PolR Nds/Waechter, 1.5.2023, § 66 Rn. 63.

⁹ So die Vorinstanz in der dem Fall zugrunde liegenden Entscheidung, VG Braunschweig, Urt. v. 5.9.2018 – 5 A 49/17, BeckRS 2018, 49495, Rn. 25.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Der Kostenbescheid müsste außerdem formell rechtmäßig sein.

1. Zuständigkeit

Ausweislich des Sachverhalts hat die zuständige Behörde den Kostenbescheid erlassen.

2. Verfahren

Erforderliche Verfahrenshandlung vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes ist die Anhörung der Beteiligten nach § 28 I VwVfG. Eine solche Anhörung ist vorliegend nicht erfolgt. Gründe für eine etwaige Entbehrlichkeit der Anhörung nach § 28 II VwVfG sind nicht ersichtlich. Insbesondere bestand trotz der Dringlichkeit der Bombenentschärfung keine Gefahr im Verzug i.S.v. § 28 II Nr. 1 Alt. 1 VwVfG. Zeitlicher Anknüpfungspunkt für Gefahr im Verzug ist der Erlass des Verwaltungsaktes, sodass in jenem Moment durch eine etwaige Anhörung ein Zeitverlust eintreten müsste, mit dem die durch den VA zu treffende Regelung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu spät zur beabsichtigten Zweckerreichung käme.¹⁰ Bei dem Erlass eines Kostenbescheids besteht eine solche Gefahr grundsätzlich nicht, selbst wenn das zugrundeliegende Verwaltungshandeln als eilbedürftig zu qualifizieren ist.

Der Verfahrensfehler könnte jedoch durch Nachholung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG noch geheilt werden. In Betracht kommt gemäß § 45 II VwVfG eine Nachholung der Anhörung noch im gerichtlichen Verfahren. Eine derartige Heilung im Gerichtsverfahren ist dann möglich, wenn ihre Funktion für den Entscheidungsprozess noch erreicht werden kann und die Behörde den Vortrag nicht nur zur Kenntnis, sondern erkennbar zum Anlass nimmt, die Entscheidung kritisch zu überdenken.¹¹ Sofern A ihre Einwendungen in dem Gerichtsverfahren vorträgt und die Polizeibehörde diesen Vortrag zum Anlass nimmt, die Kostenerhebung unter den vortragenen Aspekten neu zu bewerten, ist von einer Heilung des Verfahrensfehlers auszugehen.

3. Form

Mangels entgegenstehender Angaben ist ein Verstoß gegen § 37 VwVfG nicht ersichtlich.

4. Zwischenergebnis

Sofern die Anhörung unter den beschriebenen Anforderungen im Gerichtsverfahren nachgeholt wird, ist der Kostenbescheid formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Der Kostenbescheid müsste ferner materiell rechtmäßig sein. Da die Heranziehung zu den Evakuierungskosten an die im Wege der Ersatzvornahme durchgeführte Bombenbeseitigung anknüpft, ist Voraussetzung für eine Kostengeltendmachung nach § 66 I 1 u. 2 NPOG, dass die Ersatzvornahme als Kostengrund ihrerseits rechtmäßig war.¹² Darüber hinaus müsste die Kostenhöhe ordnungsgemäß und A Kostenpflichtige sein.

1. Kostengrund: Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme ist dann zu bejahen, wenn die Ersatzvornahme auf einer tauglichen Rechtsgrundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

a) Rechtsgrundlage für die Ersatzvornahme

Rechtsgrundlage für die im Wege der Ersatzvornahme durchgeführte Bombenbeseitigung ist § 66 I NPOG.

b) Formelle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Gemäß § 64 III NPOG ist die Verwaltungs- oder Polizeibehörde zuständig, die für den Erlass des Verwaltungsaktes zuständig ist. Der infrage stehende Verwaltungsakt, mit dem das zur Bombenentschärfung notwendige Verhalten verlangt werden kann, müsste zunächst in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungs- und Polizeibehörden fallen. Mangels eines niedersächsischen Gesetzes oder einer Kampfmittelverordnung richtet sich die Kampfmittelbeseitigung nach dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht (NPOG). Zuständig für die Gefahrenabwehr sind nach §§ 97 I, 1 I NPOG grundsätzlich die Gemeinden. Eine Zuständigkeit der Polizei ist in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit gegeben, vgl. § 1 II 1 NPOG. Vorliegend bestand wegen der akuten Explosionsgefahr eine besondere Dringlichkeit, die insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Gefahrenabwehr eine Zuständigkeit der anwesenden Polizei begründet.

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Die Ersatzvornahme ist materiell rechtmäßig, wenn die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen und die Ersatzvornahme als solche auch ordnungsgemäß vollzogen wurde.

aa) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung ist nach § 64 I NPOG grundsätzlich das Vorliegen eines Verwaltungsaktes, der als Vollstreckungsgrundlage dient. A hat jedoch keinen solchen Verwaltungsakt, mit dem ihr die Bombenbeseitigung aufgegeben worden wäre, erhalten. In Betracht kommt jedoch eine rechtmäßige Vollstreckung in Form der Ersatzvornahme im Wege des Sofortvollzugs nach § 64 II Nr. 1 NPOG. Dafür müsste der Sofortvollzug zur Abwehr

¹⁰ BeckOK VwVfG/Herrmann, 1.4.2023, § 28 Rn. 24.

¹¹ BVerwG NVwZ-RR 2016, 449 (449).

¹² OVG Lüneburg NJW 2020, 1313 (1314, Rn. 20).

einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich gewesen sein und die Polizei innerhalb ihrer Befugnisse gehandelt haben.¹³

(1) Erforderlich zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr

Gemäß der Legaldefinition in § 2 Nr. 2 NPOG ist eine gegenwärtige Gefahr eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Die gegenwärtige Gefahr basiert folglich auf der »Gefahr« i.S.d. § 2 Nr. 1 NPOG. Sie stellt im Vergleich zu dieser erhöhte Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, setzt aber ebenfalls voraus, dass ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betroffen ist. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates, seiner Einrichtungen und Veranstaltungen.¹⁴ Als betroffene Schutzgüter kommen vorliegend insbesondere das Leben und die Gesundheit aller sich im Umkreis der Bombe befindlichen Personen in Betracht. Ein taugliches Schutzgut liegt damit vor. Die Gefahrenprognose ist aus ex-ante Sicht eines durchschnittlich besonnen und gewissenhaften Amtsträgers zu beurteilen.¹⁵ Sprengmeister S attestierte der Bombe vorliegend eine akute Explosionsgefahr. Wegen des Baggerstoßes konnte die Bombe nach seiner Einschätzung jederzeit auch ohne weitere Einwirkungen explodieren. Angesichts der durch S dargelegten Explosionsgefahr bestand sowohl eine zeitliche Nähe als auch eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit einer Lebens- und Gesundheitsgefahr für Menschen innerhalb des Explosionsradius, sodass eine gegenwärtige Gefahr gegeben war.

Ein Sofortvollzug ist gemäß § 64 II Nr. 1 NPOG insbesondere erforderlich, wenn Maßnahmen gegen Personen nach den §§ 6-8 NPOG nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind. In Betracht kommt wegen der Missachtung der Baugenehmigung durch den Bodenaushub im nichtsondierten Teilbereich und in der Folge dem Baggerstoß gegen die Bombe eine Inanspruchnahme der A als Verhaltensstörerin i.S.v. § 6 I NPOG. Als Grundstückserbin und damit Eigentümerin des Grundstücks ist A ferner als Zustandsstörerin i.S.d. § 7 II NPOG zu qualifizieren.¹⁶ Jedoch wäre eine Inanspruchnahme der A zur rechtzeitigen Bombenentschärfung nicht möglich gewesen. A verfügt nicht über die erforderlichen Kenntnisse zur Bombenentschärfung, sodass sie der von ihrem Grundstück ausgehenden Gefahr nicht rechtzeitig hätte begegnen können.

¹³ Hinweis: Viele der Evakuierungsmaßnahmen wie beispielsweise Platzverweise, Straßensperrungen oder Wohnungswegweisungen stellen Verwaltungsakte dar. Diese sind jedoch weder gegenüber A ergangen noch sind sie Teil der hier geprüften Ersatzvornahme in Form der Bombenentschärfung.

¹⁴ Wehr, BPolG, 3. Auflage (2021), § 14 Rn. 15.

¹⁵ Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 114 f.

¹⁶ Vgl. OVG Lüneburg 28.11.2019 – 11 LC 606/18, NJW 2020, 1313 (1314, Rn 23).

(2) Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grund-Verwaltungsaktes

Der Sofortvollzug war ferner nur dann rechtmäßig, wenn die Polizei »innerhalb ihrer Befugnisse« gehandelt hat. Das ist dann zu bejahen, wenn eine gedachte Grundverfügung hypothetisch rechtmäßig gewesen wäre.¹⁷

(a) Rechtsgrundlage des hypothetischen Grund-VA

Für die Prüfung eines hypothetischen Grund-Verwaltungsaktes bedarf es zunächst einer Rechtsgrundlage, aufgrund derer die Polizei die theoretische Grundverfügung hätte erlassen können. Ausweislich des Bearbeitervermerks sind für das Land Niedersachsen kein Gesetz respektive keine Kampfmittelverordnung, die als etwaige spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen infrage kämen, erlassen worden. Mangels einschlägiger Standardmaßnahmen kam die Generalklausel des § 11 NPOG als Rechtsgrundlage für den hypothetischen Grund-VA in Betracht.

(b) Materielle Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grund-VA

Hinweis: Verlangt ist grundsätzlich nur die Prüfung der materiellen Voraussetzungen des hypothetischen Grund-VA. Fragen der formellen Rechtmäßigkeit, beispielsweise einer ordnungsgemäßen Anhörung oder bestimmter Formvorschriften, sind bereits aus praktischen Gründen nicht zu problematisieren. Fragen zur Zuständigkeit sind bereits geprüft worden (s.o.).

Voraussetzung für ein polizeiliches Tätigwerden nach § 11 NPOG ist neben der dargestellten Subsidiarität das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates.¹⁸ Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit könnte in der Nichtbeachtung der in der Baugenehmigung der A enthaltenen Auflage gelegen haben. Dafür müsste in der Nichtbeachtung einerseits eine Verletzung der Rechtsordnung gelegen haben. Andererseits müsste die an die E adressierte Baugenehmigung der A gegenüber Wirkung entfaltet haben.

Die Rechtsordnung beinhaltet alle verbindlichen und unmittelbar anwendbaren Normen jeder Ebene, darunter auch Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts.¹⁹ Die Baugenehmigung hat als Verwaltungsakt jedoch gerade keine Rechtsnormqualität. Gemäß § 80 I Nr. 12 Alt. 2 NBauO handelt jedoch ordnungswidrig, wer eine Baumaßnahme abweichend von der Baugenehmigung durchführt. Sofern die in der den E erteilten Baugenehmigung festgelegte Bestimmung, nicht in dem Teilbereich zu bauen, auch gegenüber A galt, wäre in ihrer Missachtung eine Ordnungswidrig-

¹⁷ BeckOK PolR Nds/Waechter (Fn. 8), § 64 Rn. 54.

¹⁸ Wehr, BPolG, 3. Auflage (2021), § 14 Rn. 15.

¹⁹ Hartmann/Mann/Mehde/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, 4. Auflage (2023), § 4 Rn. 22.

keit und mithin eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu sehen. Fraglich ist daher, wie A als Rechtsnachfolgerin einer ihren Eltern gegenüber konkretisierten Pflicht zu behandeln ist.

Einerseits könnte die Pflicht, in dem Teilbereich nicht zu bauen und, wenn möglich, eine erneute Sondierung zu veranlassen, als personenbezogen gegenüber den E betrachtet werden. Demnach wäre bei A keine Verantwortlichkeit eingetreten. Andererseits könnte die Baugenehmigung auch grundstücksbezogen sein (»VA ad rem«) und demnach genauso für A wie für die E gelten. Ein Streitentscheid kann ausbleiben, wenn eine Übergangsnorm die Rechtsnachfolge konkret regelt. Gemäß § 70 VI NBauO gilt die Baugenehmigung auch für und gegen die Rechtsnachfolger der Bauherrin oder des Bauherrn. A hatte daher die Auflagen der Baugenehmigung zu beachten. In der Missachtung dieser Auflage lag daher eine Ordnungswidrigkeit, wodurch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit begründet wurde.

Darüber hinaus waren durch den möglichen Explosionsradius von 1000 Metern eine Vielzahl subjektiver Rechte und Rechtsgüter der sich in diesem Radius befindlichen Personen gefährdet. Diese Gefahrenprognose hatte sich die Polizei zu eigen gemacht.

(c) Zwischenergebnis

Der hypothetische Grund-VA wäre rechtmäßig gewesen.

(3) Zwischenergebnis

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen lagen vor.

bb) Ordnungsgemäße Zwangsvollstreckung

(1) Androhung, § 70 I NPOG²⁰

Grundsätzlich ist die Anwendung von Zwangsmitteln der betroffenen Person gegenüber anzudrohen, § 70 I NPOG. Gemäß S. 3 der Vorschrift kann von einer Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist. Die Entschärfung ist vorliegend zur Abwehr der von der Bombe ausgehenden akuten Explosionsgefahr, die eine gegenwärtige Gefahr darstellt (s.o.), notwendig gewesen. Die Polizei durfte mithin auf die vorherige Androhung des Zwangsmittels verzichten.

(2) Zwischenergebnis

Die Zwangsvollstreckung verlief ordnungsgemäß.

²⁰ Hinweis: Es ist gut vertretbar, die Androhung als Verfahrenskomponente zu qualifizieren und sie demnach i.R.d. formellen Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme zu prüfen. Vorliegend hätte das jedoch zu einer Inzidentprüfung des Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr geführt, sodass davon abgesehen wurde.

d) Ordnungsgemäßes Ermessen

§ 64 II NPOG räumt der zuständigen Behörde ein Ermessen ein. Gemäß § 114 1 VwGO ist die gerichtliche Überprüfung auf die Feststellung etwaiger Ermessensfehler beschränkt. Die Polizei hätte i.R.d. Bombenentschärfung mithin ermessensfehlerfrei handeln müssen.

In Betracht kommt eine Ermessensüberschreitung. Eine solche wäre anzunehmen, wenn die Bombenentschärfung auch ohne Evakuierung möglich, sprich die Evakuierung unverhältnismäßig gewesen wäre und sich so außerhalb des durch § 64 II NPOG gesetzten Ermessensspielraums bewegt hätte.

Legitimer Zweck der Evakuierung war die möglichst gefahrlose Entschärfung der Bombe. Zur Erreichung dieses Zwecks war die Evakuierung auch geeignet. Des Weiteren müsste die Evakuierung auch erforderlich gewesen sein, das heißt, es hätten keine gleich geeigneten aber mildereren Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung stehen dürfen. Denkbar wäre ein kleinerer Evakuierungsradius oder gegebenenfalls der gänzliche Verzicht auf eine Evakuierung. Die Wahrscheinlichkeit einer Explosion war während der Entschärfung am größten, insbesondere weil die Bombe bereits ohne weitere Einwirkungen hätte explodieren können. Darüber hinaus hatte S aufgrund seiner Expertise den Radius, innerhalb dessen aufgrund des Splitterflugs mit erheblichen Schäden zu rechnen war, auf 1000 Meter bestimmt. Ein kleinerer Radius oder ein gänzlicher Verzicht wären für den Zweck der gefahrlosen Entschärfung mithin nicht gleich geeignet gewesen. Die angeordnete Evakuierung war daher auch erforderlich, um die vom Grundstück der A ausgehende Gefahr beseitigen können.

Außerdem hätte die Evakuierung auch angemessen sein müssen. Das wäre dann der Fall, wenn der beabsichtigte Zweck der gefahrlosen Bombenentschärfung nicht außer Verhältnis zur Beeinträchtigung der A in ihrer grundrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG stand.

Die Größe der Bombe und der damit einhergehende Explosionsradius hätten eine erhebliche Lebens- und Gesundheitsgefahr für die Vielzahl der Anwohnerinnen und Anwohner in dem dicht besiedelten Wohngebiet bedeutet. Die von der Bombe ausgehende Gefahr konnte nur durch ihre Entschärfung aufgelöst werden, für die wiederum aufgrund des sensiblen Zustands des Zünders eine Evakuierung zwingend vonnöten war. Zudem ist A aufgrund ihrer rechtswidrigen Baumaßnahmen und den damit einhergehenden Baggerstoß gegen die Bombe unmittelbar verantwortlich für die akute Explosionsgefahr. Das gewählte polizeiliche Mittel der Evakuierung stand daher nicht außer Verhältnis zum Eingriff in die Eigentumsfreiheit.²¹

²¹ Hinweis: Zu prüfen war hier nur die Verhältnismäßigkeit der Entscheidung über die Vollstreckung.

e) Zwischenergebnis

Die Ersatzvornahme war rechtmäßig.

2. Ordnungsgemäße Kostenhöhe

Des Weiteren müssten die als Auslagen geltend gemachten Evakuierungskosten in Höhe von 25.000 EUR ordnungsgemäß gewesen sein. Die von A zu zahlenden Kosten müssten tatsächlich angefallenen sein.²² Mangels entgegenstehender Angaben ist von einer ordnungsgemäßen Kostenhöhe auszugehen.

3. Heranziehung des Pflichtigen

A müsste außerdem als Pflichtige in die Verantwortung genommen werden können. Grundsätzlich ergibt sich die Kostentragungspflicht für A als Störerin aus § 66 I 1 NPOG. Da die Evakuierung wie erläutert jedoch eine zusätzlich zur Ausführung der Ersatzvornahme erforderliche Handlung darstellt, konkretisiert das NVwKostG die Anforderungen zur Geltendmachung entsprechender Gebühren und Auslagen, vgl. § 66 I 2 NPOG.

a) Kostenschuldnerin

A müsste demnach Kostenschuldnerin i.S.d. NVwKostG sein. Gemäß § 5 I NVwKostG ist derjenige Kostenschuldner, der zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat. Fraglich ist mithin, ob A als Verantwortliche zur Evakuierung Anlass gegeben hat oder ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Der Wortlaut »Anlass geben« legt zunächst das Setzen eines Tatbestandes im Sinne einer Verursachung voraus, wodurch die Behörde zur Vornahme einer Amtshandlung veranlasst wird. Problematisch ist insofern, welche Anforderungen an das Setzen eines solchen Tatbestandes zu stellen sind. Denkbar wäre das Erfordernis einer willentlich individuellen Zurechenbarkeit.²³ Demnach hätte A das Erfordernis der Evakuierung selbst schaffen müssen. Demgegenüber kommt ein weiter Zurechnungszusammenhang in Frage. Anlass würde danach bereits derjenige geben, der eine bloße Ursache für die Amtstätigkeit setzt.²⁴ A hat aufgrund ihrer Eigenschaft als Zustandsstörerin objektiv den Tatbestand für die polizeilichen Evakuierungsmaßnahmen gesetzt und demnach auch für die Kostenerhebung Anlass gegeben. Sie wäre mithin als Kostenschuldnerin zu qualifizieren.

Der zweite Ansatz scheint vorzugswürdig. Der Wortlaut enthält gerade kein Erfordernis einer willentlichen Herbeiführung der Amtshandlung. Des Weiteren ist auch unter dem der Kostentragung zugrunde liegenden Gesichtspunkt der gerechten Lastenverteilung eine Inanspruchnahme der A gerechtfertigt: A hat sich willentlich über die Baugenehmigung

hinweggesetzt und in dem nichtsondierten Teilbereich mit dem Bau begonnen. Damit hat sie eine ihr individuell zu-rechenbare Gefahr geschaffen und so zur Evakuierung Anlass gegeben. A ist mithin nach beiden Ansichten Kostenschuldnerin nach § 5 I NVwKostG.

b) Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit

Grundsätzlich ist A als Eigentümerin Zustandsstörerin nach § 7 II NPOG und für die Beseitigung von der auf ihrem Grundstück gefundenen Bombe und damit für die Beseitigung der Gefahr verantwortlich. Damit wird der Schutzbereich ihres Grundrechts aus Art. 14 I 1 GG berührt. Dieser Eingriff müsste verhältnismäßig sein. A führt an, dass die Kosten unverhältnismäßig seien und sie deshalb Abstriche bei ihrem Poolbau machen müsse. Zur Bestimmung der Grenze dessen, was einem Eigentümer unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch zumutbar ist, sind im Rahmen der sogenannten Altlasten-Rechtsprechung Maßstäbe aufgestellt worden.²⁵ Gegenüberzustellen sind demnach der finanzielle Aufwand für die Maßnahme einerseits und der Verkehrswert des Grundstücks nach der entsprechenden Maßnahme andererseits.²⁶ Übertragen auf den vorliegenden Fall könnte auch die Belastung der A mit der Kampfmittelbeseitigung unverhältnismäßig sein, wenn der Verkehrswert unter den geltend gemachten Kosten liegt. Ihr Stadtgrundstück hat jedoch bereits einen beachtlichen Wert. Ohne den genauen Verkehrswert zu kennen, ist davon auszugehen, dass dieser die Evakuierungskosten in Höhe von 25.000 EUR (weit) übersteigt. Die Kosten sind daher nicht unverhältnismäßig.

IV. Zwischenergebnis

Der Kostenbescheid ist auch materiell rechtmäßig.

C. Ergebnis

Der Kostenbescheid ist formell und materiell rechtmäßig. Die zulässige Klage der A ist unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

²² Vgl. Hartmann/Mann/Mehde/Mehde, (Fn. 19), § 4 Rn. 201.

²³ So VG Braunschweig, Urt. v. 5.9.2018 – 5 A 49/17, BeckRS 2018, 49495, Rn. 30 ff.

²⁴ So OVG Lüneburg, NJW 2020, 1313 (1314, Rn. 34) m.w.N.

²⁵ BVerfG NJW 2000, 2573.

²⁶ Vgl. ebd., (2575).

StuDi Aufsatz

Tom Hendrik Becker* und Hendrik Uken†

Schlüssel zum Erfolg: Wie gelingt die Klausur im Strafrecht?

Ein Leitfaden für Anfänger

I. Einleitung

Strafrechtssklausuren zu meistern, ist ein bedeutsamer Bestandteil der universitären juristischen Ausbildung. Hierbei stehen die Fähigkeiten im Mittelpunkt, komplexe Sachverhalte analysieren zu können und überzeugende Argumente zu präsentieren. Klausuren im Strafrecht genießen allerdings unter Studierenden nicht unbedingt den besten Ruf. Jedoch können solche Klausuren durch ein solides Verständnis strafrechtlicher Prinzipien, eine logische Argumentation sowie die geschickte Anwendung juristischer Methoden schnell zum großen Erfolg werden.

Die Vorbereitung auf eine Strafrechtssklausur erfordert neben dem inhaltlichen Verständnis der rechtlichen Grundlagen auch eine klare Strategie, um effektiv mit der gestellten Aufgabe umgehen zu können. In diesem Aufsatz werden wir uns eingehend mit den Schritten und Techniken befassen, die erforderlich sind, um eine Strafrechtssklausur erfolgreich zu bewältigen. Von der Analyse des Prüfungsaufbaus bis zur Entwicklung einer präzisen Argumentationsstruktur werden wir die zentralen Aspekte untersuchen, die Studierende dabei unterstützen, in diesem anspruchsvollen Gebiet die Nerven zu behalten. Wer die Prinzipien einmal verinnerlicht hat, verliert auch schnell die Furcht vor der Strafrechtssklausur. Im Folgenden wird die Fallbearbeitung in chronologischer Weise dargestellt und an den jeweiligen Handlungsschritten mit hilfreichen Tipps und Tricks untermauert.

II. Sachverhaltsanalyse

Die Bearbeitung beginnt immer mit dem ersten Blick auf den Sachverhalt. Strafrechtliche Klausuren sind nicht selten in ihrer dargestellten Handlung kompliziert und zuweilen verwirrend. Dies bietet das Potenzial, Zeit und Punkte zu verschenken. In der Regel sollte zunächst die Fallfrage und der Bearbeitungsvermerk gelesen werden, bevor es an den übrigen Text geht.

* Tom Hendrik Becker studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und war zum Zeitpunkt der Erstellung studentischer Mitarbeiter am Göttinger Zentrum für Medizinrecht sowie in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht bei Prof. Dr. Gunnar Duttge.

† Hendrik Uken studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist dort Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Alexander Baur sowie an der Juniorprofessur für Kriminologie, Criminal Compliance, Risk Management und Strafrecht von Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Bereits hier können erste Fehler entstehen, wenn die konkrete Bearbeitungsvorgabe der Klausur falsch verstanden wird. Neben der Beschränkung der Prüfung auf einzelne Protagonisten des Sachverhaltes können auch ganze Straftatbestände ausgeschlossen werden.¹ Sollte der Bearbeiter² dann irrtümlich einen ausgeschlossenen Straftatbestand oder eine ausgeschlossene Person prüfen, ist dies nicht nur ein wirklich dämlicher Fehler, sondern auch ein mühelos vermeidbarer. Auch wenn das Zeitbudget immer knapp ist, lohnt es sich daher, die Fallfrage gründlich zu begreifen. Ein innerliches Hinterfragen, was nun konkret zu tun ist, kann hier eine große Hilfestellung sein. Je konkreter, desto besser.

Tipp: Im Bearbeitungsvermerk findet sich zudem in der Regel ein Verweis auf notfalls gestellte Strafanträge, die im Kontext von Antragsdelikten eine Rolle spielen. Der Bearbeiter sollte sich jedoch nicht verunsichern lassen, wenn solch ein Delikt überhaupt nicht einschlägig ist, da dies lediglich der Vollständigkeit halber konstatiert wird.

Fallfrage verstanden? Dann geht es sogleich an den Haupttext. Insgesamt sollte der Text mindestens zwei Mal gelesen werden. Zu den einzelnen Durchgängen wie folgt:

1. Erster Durchgang

Beim erstmaligen Lesen liegt der Fokus vollständig auf dem Inhalt und dem Verstehen der Handlung. Was jeder Bearbeiter verinnerlicht haben sollte, ist, dass der Sachverhalt »unantastbar« ist, auch wenn es persönlich schwerfällt. Nicht selten werden die Geschichten für Klausuren erfunden und können daher zuweilen unrealistisch wirken. Eine »Sachverhaltsquetsche« sollte dennoch tunlichst unterlassen werden; der Bearbeiter darf sich lediglich auf eine lebensnahe Sachverhaltsauslegung beschränken, da sonst erhebliche Punktabzüge drohen. Ferner sollte er darauf achten, dass dem Sachverhalt nur in den seltensten Fällen überflüssige Informationen beigelegt sind. Jede Information kann einen Hinweis etwa auf einen Streitstand geben und ist häufig auch gerade darauf angelegt. Im bestmöglichen Fall sind alle im Sachverhalt genannten Argumente in der späteren Lösung vertreten. Unterschieden werden müssen

¹ Ausführlich Zieschang, Leitlinien zum Gelingen von Strafrechtssklausuren, JA 2021, 529 (530).

² Zur flüssigeren Lesbarkeit wird in diesem Aufsatz das generische Maskulin verwendet. Alle hier aufgeführten Personenbezeichnungen umfassen jegliche Geschlechter.

diese »Botschaften« von solchen, die den Sachverhalt in seiner Plausibilität bestärken und ggf. unrealistisch wirkende Handlungen glaubhafter machen. Mit steigender Fall- und Klausurpraxis entwickelt sich eilig ein juristisches Bauchgefühl, das nicht zu vernachlässigen ist. Das Stichwort ist und bleibt hier Selbstvertrauen, also keine Sorge, wenn so manche Textpassage zu Beginn ausschließlich Fragezeichen aufwirft. Wenn dem Bearbeiter bereits Dinge an bestimmten Stellen des Sachverhaltes einfallen – bspw. ein Fachbegriff, eine Theorie oder eine Norm – so ist es ratsam, diese sogleich an den Rand zu notieren. Was einmal verschriftlicht ist, kann nicht mehr vergessen werden.

2. Zweiter Durchgang

Im zweiten Durchgang werden nun Markierungen vorgenommen und der Sachverhalt in Gänze inhaltlich verinnerlicht. Am einfachsten ist es, sich ein farbiges System zu konstruieren, welches dann auch längerfristig in allen (strafrechtlichen) Klausuren verwendet werden kann. Beispielsweise würde es sich anbieten, in den Unterkategorien Personen, Zeitangaben und allgemein wichtige Informationen zu unterscheiden. Hier muss jedoch angepasst werden, nicht mit der Untergliederung und den Markierungen zu übertreiben, da diese der Übersichtlichkeit dienen und sie nicht behindern sollen. Die knappe Zeit darf nicht für aufwendige Kunstwerke vergeudet werden, bei denen unzählige verschiedene Farben für diverse Unterteilungen verwendet werden. Zur Erinnerung: Die Lösungsskizze wird gemeinhin nicht bewertet! Gerade bei Klausuren in unteren Semestern bieten die Sachverhalte keine maßlose Komplexität, die solch eine Ausarbeitung erfordern würden. Regelmäßig kann auch eine grafische Darstellung dem eigenen Verständnis helfen.

III. Lösungsskizze

Nachdem der Sachverhalt (mindestens) zwei Mal gelesen und erfasst wurde, sollte sich der Bearbeiter über seine Zeiteinteilung im Klaren sein. Hier kommt es (wie bei den meisten in diesem Text besprochenen Punkten) stark auf die individuellen Fähigkeiten und Vorlieben an. Beim Üben ist jedoch zu beachten, dass insbesondere strafrechtliche Klausuren den Malus eines besonders knappen Zeitbudgets haben. Daher empfiehlt es sich, die Zeit für die Gliederung etwas knapper als etwa im Zivilrecht zu kalkulieren. Eine grobe Zeitangabe sind hier je nach Klausur 20-30% der Bearbeitungszeit.³ Nichtsdestoweniger hilft eine Lösungsskizze in der späteren Niederschrift ungemein. Sie gibt Sicherheit und verschafft einen Überblick über die gesamte Struktur der Klausurlösung. Gerade in Strafrechtsklausuren geschieht es häufig, dass Studierende sehr frühzeitig mit dem Schreiben beginnen. Für manche Studierende mag diese Taktik funktionieren, jedoch ist dies nicht die Regel. Besonders sollte sich der Bearbeiter von solchen »Schnellstarts« nicht verunsichern lassen, auch wenn dies immer leichter gesagt als getan ist.

³ In Examensklausuren kann sich tendenziell etwas mehr Zeit genommen werden. Etwa 20% empfiehlt hier bspw. *Zieschang* (Fn.1), JA 2021, 529 (530).

Bereits beim Lesen des Sachverhaltes könnten dem Bearbeiter erste »Handlungskomplexe« aufgefallen sein, die als Tatkomplexe die Basis der Lösungsskizze und späteren Lösung bilden. In der Regel bilden Tatkomplexe abgeschlossene Erzählteile des Sachverhaltes, die dem Bearbeiter häufig schon durch eine auffällige Absatzsetzung oder Erzählweise ins Auge springen. Innerhalb dieser Tatkomplexe sollte sich immer auf jeden einzelnen Handlungsschritt der Beteiligten fokussiert werden. Hierbei bietet insbesondere der prozessuale Tatbegriff des § 264 StPO Orientierung.⁴ In der Regel entfaltet die Aufteilung der Tatkomplexe auch Auswirkungen auf die Konkurrenzen.

Doch was enthält eine möglichst optimale Lösungsskizze konkret? Wichtige Grundregel: Der Aufbau einer Prüfung wird nicht erklärt; er erklärt sich von selbst. Diese innere Logik spiegelt sich im besten Fall bereits in der erstellten Lösungsskizze wieder. Daher bietet es sich an, für jeden Tatkomplex eine eigene Skizze bzw. Untergruppe zu erstellen. Dies dient nicht nur der Übersichtlichkeit, sondern hat auch einen tatsächlichen Einfluss auf die jeweiligen Konkurrenzen. Wenn es nicht bereits parallel zum Lesen des Sachverhaltes erfolgt ist, dann sind nun alle infrage kommenden Delikte für jede zu prüfende Person aufzulisten. Hilfestellung kann hierbei das Inhaltsverzeichnis des StGB geben. Häufig erblickt der Bearbeiter so noch ein Delikt, welches er zunächst »überdacht« hat. Im Anschluss an das Sammeln sind diese Delikte in eine inhaltlich und klausur-taktisch sinnvolle Reihenfolge zu bringen, sodass sich die bereits erwähnte innere Logik bildet.

Es gibt allerdings keine abschließend richtige Reihenfolge in der Prüfung der Tatbestände, wenngleich es aber gewisse Leitlinien zu beachten gilt, die die Prüfung erleichtern. Damit der Korrektor der eigenen Lösung auch überzeugt folgen kann, ist innerhalb eines Tatkomplexes eine Person nach der anderen zu prüfen. Zwar gibt es Fälle, in denen ein zurückkehren zum bereits geprüften Täter Sinn ergeben kann, jedoch stellen solche Fälle eine Ausnahme dar und sind gerade in unteren Semestern nur sehr unüblich anzutreffen.⁵ Häufig resultieren Aufbauregeln aus materiell-rechtlichen Gründen. So ist beispielsweise mit der tatnächsten Person zu beginnen, sprich »Täterschaft vor Teilnahme«. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der limitierten Akzessorität der Teilnahmetatbestände (§§ 26, 27 StGB) und somit aus dem materiellen Recht.⁶

Tipp: Übrigens sollte sich der Bearbeiter tunlichst darauf beschränken, lebende Personen zu prüfen, da die Prüfung einer toten Person einen (leicht vermeidbaren) Kardinalfehler darstellt. Trotzdem können in bestimmten Konstellationen auch die Handlungen von Verstorbenen

⁴ S. hierzu HK-GS/*Brehmeier-Metz/Bröckers/Burghardt*, 5. Auflage (2022), § 264 StPO Rn. 1-3.

⁵ Bspw. *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 8. Auflage (2020), Rn. 200.

⁶ *Zieschang* (Fn. 1), JA 2021, 529 (531).

mittelbar einen Einfluss auf die Strafbarkeit von Lebenden nehmen, etwa in der Rechtswidrigkeit.⁷ Also Augen auf!

Weiter sind die Delikte innerhalb der einzelnen Prüfungen der Personen zu sortieren. Ein viel zitierter Ausdruck in diesem Kontext lautet »Dickschiffe zuerst«. Dies soll wiedergeben, dass in einer ordentlichen Bearbeitung in der Regel mit den schwersten Delikten begonnen wird, was sich insbesondere aus konkurrenzrechtlichen Gründen ergibt. Ein guter Anhaltspunkt was aber nun »das schwerere Delikt« ist, bietet bei Grundtatbeständen der Strafrahmen. Dennoch sollte auch hier nicht an diesem System geangen und jeder Fall eigenständig hinterfragt und aufgebaut werden.

Nun kann in einem weiteren Schritt eine Untergliederung innerhalb der einzelnen Tatbestände erfolgen. Manchen Bearbeitern kann es helfen, das auswendig gelernte Schema zunächst vollständig aufzuschreiben und ggf. sogar die Definitionen hinzuzufügen. Dies frisst jedoch eine erhebliche Menge des knappen Zeitbudgets. Wichtig ist es hingegen, Schwerpunkte und ggf. damit verbundene Streitstände in der Lösungsskizze kenntlich zu machen und einzelne Argumente gegenüberzustellen. Selbstverständlich erfolgt hier keine Testformulierung auf einem Skizzenzettel, obwohl solch eine Gegenüberstellung das Schreiben freilich erleichtert.⁸

Am Ende eines jeden Tatkomplexes sind die einzelnen Konkurrenzen zu nennen. Diese werden gerne von den Studierenden »vernachlässigt«, wenngleich sie gerade deshalb ein großes Potential zur Notendifferenzierung bieten. So kann sich mit einem vergleichbar geringen Lernaufwand eine Klausur von vielen durchschnittlichen Bearbeitungen positiv abheben.

Tipp: Sollte dem Bearbeiter eine Stelle des Sachverhaltes noch problematisch vorkommen, wenngleich sie noch nicht richtig eingeordnet oder gelöst werden kann, sollte ein Ignorieren dieser Problematik tunlichst vermieden werden. Bereits das Beschreiben eines Problems vermag Problem-bewusstsein zu zeigen. Es lohnt sich weiter, im Zweifel eigene Ansätze zu entwickeln, da sich diese in jedem Fall auszahlen. Auch hier zeigt sich erneut die Relevanz der all-gemeinen juristischen Methodenlehre.

IV. Schreiben

Im Anschluss an die Anfertigung der eigenen Lösungsskizze empfiehlt es sich, durchzuatmen und sich zu sammeln. So wichtig die Lösungsskizze bisher war und auch weiterhin ist, sollte sich bei der Verschriftlichung nicht sklavisches an ihr festgehalten werden. Vielmehr gilt es, aufmerksam zu bleiben und die bisher gefassten Gedanken auf Korrektheit und Stringenz hin zu überprüfen. Sofern ein mutmaßlicher Fehler oder Widerspruch auffällt, sollte der Bearbeiter die Stelle vertieft durchdenken, um Flüchtigkeitsfehler zu ver-

meiden. Nun ist bei der Umwandlung der Skizzen in den Fließtext neben der inhaltlichen Korrektheit ebenso auf die äußere Schriftform sowie auf sprachliche Stilik besonders Wert zu legen, um Punkte zu sammeln.

1. Äußere Form

Eine Binse, die, obgleich ihrer unzähligen Erwähnung, nicht unterschätzt werden sollte: Ein sauberes Schriftbild verbessert die Bewertung. Nichts ärgert im Nachhinein mehr als ein herausragendes Argument, das aufgrund seiner Unlesbarkeit bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden konnte. Zumindest auf den ersten Seiten sollte dies durch den Bearbeiter unbedingt beherzigt werden. Darüber hinaus sind Durchstreichungen o.ä. dem Erscheinungsbild ebenso wenig zuträglich wie zeilenlange Fußnoten. Beides sollte nur auf Ausnahmefälle begrenzt werden. Auch Unterstreichungen sind Überschriften vorbehalten und im Text zu vermeiden.

An Übersichtlichkeit und somit gesteigerter Lesbarkeit gewinnt der handschriftliche Fließtext durch gezielte Absätze und saubere Unterüberschriften. Es ist zwar grundsätzlich eine Stilfrage, doch gerade in Anfängerklausuren bietet sich für jeden Prüfungspunkt eine separate Untergliederung an, um zum einen den Korrektor »an die Hand zu nehmen« und gleichzeitig selbst den Überblick in der eigenen Prüfung zu behalten. Es ist dabei unbedingt zu beachten, dass Gliederungsebenen wieder geschlossen werden (»Wer A sagt, muss auch B sagen.«). Der Bearbeiter sollte hier auch das Selbstvertrauen haben, von der Gliederung in der eigenen Lösungsskizze abzuweichen; etwa bei Prüfungspunkten, die ungeahnte Tiefe in der Bearbeitung erfordern oder Streitdarstellungen, die länger ausfallen als erwartet. Gegenteilig dazu können auch problemlose Gliederungspunkte zusammengefasst werden, die in der Skizze noch getrennt wurden, etwa die Rechtswidrigkeit und Schuld.

2. Sprachliches

a) Gutachtenstil

Ein präziser Gutachtenstil ist in unteren Semestern konsequent einzuhalten, auch wenn vermeintlich triviale Stellen abgekürzt werden möchten. Dieser Stil sollte in der Klausurvorbereitung während des Semesters bereits eingeübt werden, damit er in der Klausurbearbeitung mühelos abgerufen werden kann. Ein unsauberer Gutachtenstil sorgt für Punktabzug in der Bewertung, während ein sauberer hingegen den Weg zum Bestehen ebnet. Der Stil ist folglich keineswegs zu vernachlässigen. Sofern der Bearbeiter mit subjektiv schlechter inhaltlicher Vorbereitung in die Klausur geht, kann allein durch einen schönen Stil viel gewonnen werden. Literatur mit anschaulichen Beispielen existiert reichlich.⁹

⁷ Ebd.

⁸ Ausführlicher Darstellungsvorschlag *Zieschang* (Fn. 1), JA 2021, 529 (532).

⁹ Sehr lesenswert dazu *Murmann*, Darstellungsprobleme in der Strafrechtsklausur, JA 2012, 728 (729); *Wolf*, Kleine Stilkunde für Jurastudenten: Ein Leitfaden für die richtige Formulierung der Fallbearbeitung (nicht nur) im Strafrecht, ZJS 2020, 553 (555 ff.); *Zieschang* (Fn. 1), JA 2021, 529

Tip: Die universitären Übungsangebote zur Falllösungstechnik sollten unbedingt umfangreich in Anspruch genommen werden.

Erst in Fortgeschrittenenklausuren sowie im Examen können evidente Prüfungspunkte im verschliffenen Gutachten- oder im Feststellungsstil¹⁰ dargestellt werden, wobei auch dort mit Vorsicht verfahren und lieber ausführlicher als zu knapp geprüft werden sollte. Der Urteilsstil ist zwingend zu unterlassen; entsprechende Konjunktionen (»da«, »weil«) fallen sofort auf. Die mehrfache Wahl eines falschen Stils führt regelmäßig zum Nichtbestehen der Klausur, unabhängig von der inhaltlichen Qualität der Prüfung.

b) Streitdarstellung

In der Streitdarstellung empfiehlt es sich, Ansichten entweder zu benennen (»Gleichgültigkeitstheorie«) oder nach ihren Argumenten zu ordnen (»Die Ansicht, die auf die innere Einstellung des Täters abstellt«), nicht jedoch zu nummerieren (nicht: »Die erste Ansicht (...), die zweite Ansicht (...).«). Ebenso sollte möglichst auf Bezeichnungen der Vertreter einer Ansicht (»Rspr.«, »Lit.«, »h.M.«) verzichtet werden. Die alleinige Unterstützung durch die herrschende Meinung ist kein Argument für eine Ansicht.

Die Art der Darstellung kann der Bearbeiter nach Präferenz wählen und ebenso innerhalb der Klausur variieren. Vertreten Ansichten verschiedene Auffassungen zu gleichen Argumenten, kann die Darstellung etwa Argument für Argument durchgehen und jeweils die Ansichten abwägen. Stellen Ansichten auf völlig andere Sachpunkte ab, kann der Bearbeiter die Ansichten nacheinander darstellen und anschließend entscheiden, welche Ansicht er aus welchen Gründen für überzeugender hält. Hierzu sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass sich in der Klausur jeglicher Ansicht – unabhängig von der Anzahl oder Berufung ihrer Vertreter – angeschlossen werden kann; entscheidend ist eine überzeugende Argumentation. Gleichwohl sollte der Bearbeiter darauf achten, dass bei bestimmten Problemen das Vertreten gewisser Ansichten spätere Probleme des Sachverhalts »abschneide« kann, was klausurtaktisch unklug ist.

Ferner kann mithilfe der Darstellungsreihenfolge Einfluss auf die Überzeugungskraft genommen werden, etwa indem die präferierte Ansicht als letztes und am ausführlichsten abgebildet wird. Jedenfalls will die Streitdarstellung gut strukturiert werden, um das Ergebnis und die Relevanz für den Fall nicht aus dem Blick zu verlieren.¹¹

(534 ff.).

¹⁰ Eine anschauliche Darstellung dieser Stile findet sich bei *Wolf* (Fn. 9), ZJS 2020, 553 (559 ff.).

¹¹ Zur juristischen Streitdarstellung s. auch *Fahl*, 10 Tipps zum Schreiben von (nicht nur) strafrechtlichen Klausuren und Hausarbeiten, JA 2008, 350 (352 ff.); *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 10. Auflage (2021), S. 55 ff.; *Murmann* (Fn. 9), JA 2012, 728 (732f.); *Wolf* (Fn. 9), ZJS 2020, 553 (561 ff.); *Zieschang* (Fn. 1), JA 2021, 529 (535f.).

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass ein Streit in einer Klausur nur geführt werden sollte, wenn dieser für die Subsumtion tatsächliche Relevanz hat. Der Bearbeiter sollte sich davor hüten, bei kleinsten Stichwörtern abstrakte Streitdarstellungen »abzuladen«. Dies fährt keine Punkte ein, sondern verbraucht nur kostbare Zeit sowohl bei der Bearbeitung als auch bei der Korrektur.

c) Wortwahl

Bei der Ausformulierung der Falllösung ist von übermäßig langen Satzkonstruktionen abzuraten. Häufig korrigieren Korrektoren eine Vielzahl von Klausuren. In der Korrektur der ungezählten Klausur in Folge fällt es da leichter, kurzen und pointierten Sätzen zu folgen, als einen sich über eine halbe Seite erstreckenden Bandwurm zu überblicken. Lange Sätze in der Klausurbearbeitung sind nicht beeindruckend, sondern lästig. Im schlechtesten Fall werden relevante Gesichtspunkte überlesen. Als Faustregel kann sich der Bearbeiter ein Maximum von einem Nebensatz vornehmen.

Tip: Die Klausurbearbeitung ist weder Ort für semantische Akrobatik noch den Beweis der eigenen literarischen Fähigkeiten.

Sprachliche Varianz und ausgefeilter Stil hingegen vermögen die Bearbeitung aus der Masse hervorzuheben und die Bewertung zu verbessern. Insbesondere Konjunktionen sollten variiert werden, da eine Wiederholung negativ ins Auge sticht. Auch Definitionen oder Streitstände sollten durch den Bearbeiter nur einmalig dargestellt und bei erneuter Relevanz auf sie verwiesen werden. Füllwörter sind gänzlich überflüssig, die Bearbeitung ist präzise zu formulieren. Dabei sind Wertungen zwar überzeugend vorzutragen (kein »vermutlich«, »wohl«), jedoch nicht anmaßend (»natürlich«, »abwegig«, »Mindermeinung«).

Um das Gespür für den gängigen juristischen Sprachgebrauch zu verfeinern, hilft etwa die Lektüre von Fallbearbeitungen und Aufsätzen in Ausbildungszeitschriften. Daneben kann auch klassische Literatur den Ausdruck schulen. In strafrechtlichen Klausuren ist ein übersteigert veralteter Duktus – mit Ausnahme anerkannter Termini – allerdings unüblich und dem Lesefluss häufig abträglich.

V. Prozessuale Zusatzfragen

In den Fortgeschrittenenübungen sowie im Examen sind strafprozessuale Zusatzfragen keine Seltenheit und sorgen häufig für Unbehagen. Keineswegs sollten diese Aufgabenstellungen ungelöst bleiben,¹² da bereits eine rein methodische Arbeit mit dem Gesetzestext positiv auffällt. Mit einem soliden Grundwissen kann die Arbeit in ihrer Qualität zudem noch merklich gesteigert werden.¹³

¹² Hilfreich hierzu *Norouzi*, Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung – Taktische und methodische Hinweise, JuS 2007, 989.

¹³ Empfehlenswert sowie konzis sind *Murmann*, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 5. Auflage (2022); *Engländer*, Examens-Repetitorium Straf-

VI. Korrektur

Trotz des erwähnten akuten Zeitmangels sollte die letzte Viertelstunde der Bearbeitungszeit für Korrekturen freigehalten werden. Hier ist die verschriftlichte Bearbeitung mit der Lösungsskizze abzugleichen und es gilt zu kontrollieren, ob alle Delikte und Probleme in der geplanten Tiefe bearbeitet worden sind. Zudem ist der Sachverhalt erneut durchzugehen, um zu überprüfen, ob alle Handlungen, Argumente o.ä. verarbeitet worden sind. Sofern noch Ergänzungen vorzunehmen sind, sollten diese sauber auf einem neuen Blatt vorgenommen werden. Für den sehr seltenen Fall, dass noch Zeit übrig ist, können die Schwerpunkte der Prüfung ausgefeilt werden.

VII. Fazit

Ein vollständiges Durchdringen des Sachverhalts ist zur rechtlichen Begutachtung unerlässlich. Bevor diese Begutachtung formuliert wird, ist die Anfertigung einer Lösungsskizze strategisch und durchdacht anzugehen. Bei der Verschriftlichung sollte der Bearbeiter besonderen Wert auf korrekten Stil und präzise Sprache legen. Mit steigender Fallpraxis schärfen sich dabei die eigenen Fähigkeiten, das erlernte Fachwissen ansprechend in einer Klausur darzustellen. Schließlich können die Autoren nur dazu raten, dies vor der Klausur anhand von Übungsfällen ausgiebig zu trainieren und sich nicht von Misserfolgen verunsichern zu lassen.

StuDi Bericht

Saskia Trümpler*

Vorstellung des Seminars »Dialogues on Criminal Justice – Stanford & Göttingen«

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Inhalten des Seminars »Dialogues on Criminal Justice – Stanford & Göttingen«, das im Sommersemester 2024 am Lehrstuhl von Prof. Dr. Alexander Baur abgehalten wurde. Angelehnt an die geführten Diskussionen werden rechtsvergleichend insbesondere Gemeinsamkeiten und Unterschiede des deutschen und des amerikanischen Rechtssystems herausgearbeitet sowie Reformierungsansätze beider Staaten dargelegt.

A. Struktur und Ablauf der Veranstaltung

Im Sommersemester 2024 haben das Center for Criminal Justice der Stanford Law School und der Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie der Georg-August-Universität ein gemeinsames virtuelles Seminar für ihre Studierenden veranstaltet. Geleitet wurde das Seminar von Prof. *Debbie Mukamal*, Prof. *David Alan Sklansky* und Prof. *Robert Weisberg* (Stanford Law School) sowie Prof. Dr. *Alexander Baur M.A., B.Sc. (Psych.)*, Wiss. Mit. *Elena Schaffeld* sowie Wiss. Mit. *Christina Rueß* (Göttingen). Es nahmen sechs Studierende der Stanford Law School und sieben Studierende aus Göttingen teil. Um sich für das Seminar zu bewerben, wurden ein englisches Motivationsschreiben sowie das Abiturzeugnis eingereicht. Die ausgewählten Studierenden wurden anschließend zur Teilnahme am Seminar eingeladen. Gute Englischkenntnisse waren eine Teilnahmevoraussetzung. Das Seminar fand in Teilpräsenz statt, sodass sich die US-amerikanischen und deutschen Teilnehmerinnen und Teilnehmer jeweils in Präsenz trafen und beide Gruppen über ZOOM zusammengeschaltet wurden.

Grundlage der Diskussionen waren jeweils mehrere Texte innerhalb einer Sitzung zum US-amerikanischen und zum deutschen Polizei- und Justizsystem. Nach einer ersten gemeinsamen Sitzung, die vor allem dem gegenseitigen Kennenlernen diente, haben jeweils ein oder zwei Studierende beider Universitäten ein sog. *Reflection Paper* vorbereitet. Auf drei bis fünf Seiten setzten sich die Studierenden mit den Texten auseinander und entwickelten Fragen, die dann in der betreffenden Sitzung mit den übrigen Teilnehmenden diskutiert werden konnten. Die *Reflection Papers* wurden den teilnehmenden Studierenden einige Tage vor der Seminarsitzung wechselseitig zur Verfügung gestellt. Zu Beginn der gemeinsamen Seminarsitzung stellten die Studierenden ihr *Reflection Paper* nochmals vor.

* Saskia Trümpler studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Im Anschluss daran begann man, die aufgeworfenen Fragen – und weiterführende Themenkomplexe – gemeinsam zu diskutieren. Die eher geringe Anzahl der Studierenden auf beiden Seiten führte dazu, dass sich alle an der Diskussion beteiligen konnten.

B. Inhalte der Veranstaltung

In den insgesamt fünfzweistündigen Sitzungen wurden neben Inhaftierungsraten, Gefängnisssystemen und Reformierungsmöglichkeiten von Gefängnissen die Organisation der Polizei und dahingehende Reformierungsbestrebungen sowie die Rolle der Staatsanwaltschaft in beiden Ländern erörtert. Dies spiegelte insbesondere die aktuellen Reformdiskussionen in den USA wider.

I. Erste Sitzung

In der ersten Sitzung stellten sich zunächst einmal alle vor und zeigten ihre Beweggründe für die Teilnahme am Seminar auf. Insbesondere die Studierenden erläuterten, was sie sich von dem Seminar erhofften und benannten Themenschwerpunkte, die sie besonders interessierten. Bereits zu Beginn deutete sich an, dass die amerikanischen Studierenden ihr eigenes Rechtssystem sehr viel kritischer bewerten und stärker hinterfragen als wir dies auf deutscher Seite mit unserem Rechtssystem tun.

Inhaltlich drehte sich die Diskussion der ersten Sitzung insbesondere um die extrem hohe Gefangenenrate in den USA. Diese ist zehnmal höher als in Deutschland.¹ In absoluten Zahlen sind die Unterschiede noch sehr viel beeindruckender: So sind im Juni 2022 56.557 Menschen als Gefangene oder Verwahrte in einer deutschen Justizvollzugsanstalt inhaftiert gewesen (davon 11.663 in Untersuchungshaft).² Demgegenüber sind in den USA rund zwei Millionen Menschen inhaftiert.³ Allein in den »State prisons« befanden sich 2023 ca. 1.047.000 Personen⁴. Überraschend war für uns deutsche Studierende zu erfahren, dass in den »local jails« 619.000 Menschen sitzen, von denen

¹ <https://de.statista.com/infografik/5560/gefangene-pro-100000-einwohner/>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

² <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/158317/umfrage/gefangene-und-verwahrte-in-deutschland-nach-art-des-vollzugs/>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

³ *Sawyer/Wagner*, Mass Incarceration: The Whole Pie 2023, Prison Policy Initiative, 14.3.2023, <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2023.html>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

⁴ Ebd.

80 Prozent noch nicht rechtskräftig verurteilt waren.⁵ Im Seminar wurden mögliche Gründe für diesen krassen Unterschied erörtert. Dabei wurde unter anderem über einen möglichen Zusammenhang zwischen Sozialstaatlichkeit und Inhaftierungsraten gesprochen. Ein weiterer Grund für hohe Gefangenenraten könnte die Inhaftierung vor einer rechtskräftigen Verurteilung sein: Während in den USA ein Tatverdacht sehr häufig zu einem vorläufigen Arrest führt⁶, ist die Untersuchungshaft in Deutschland auch aufgrund ihrer restriktiven Anordnungsvoraussetzungen rechtstatsächlich noch immer eher ein Ausnahmefall.⁷

Im Laufe dieser Sitzung diskutierten wir auch darüber, dass sich viele Menschen in den USA ihre Kautions nicht leisten können⁸ und versuchten, erste Lösungsansätze hierfür zu finden. Eine Kautions wird hinterlegt, wenn der Inhaftierte bis zur Hauptverhandlung auf freien Fuß gesetzt wird. In den U.S.A. gibt es, anders als in Deutschland, keine Meldepflicht, sodass durch das Anordnen einer Kautions das Erscheinen vor Gericht gesichert werden soll. In diesem Zusammenhang kamen wir dann auch auf »*bail bond agents*« zu sprechen, also Personen und Organisationen, die Kredite an Menschen vergeben, die von den Banken selbst keine Kredite mehr bekommen würden.⁹ Von den amerikanischen Kolleginnen und Kollegen erfuhren wir, dass es an diesem System berechtigterweise viel negative Kritik gibt, weshalb erste Staaten für einzelne Deliktsbereiche bereits Alternativen zum einstweiligen Arrest eingeführt haben. Beispielsweise werden in New York State seit 2018 bei kleineren Drogendelikten Fußfesseln und regelmäßige Drogentests als Alternative zum Arrest angewandt. In Illinois wurde das Bargeld-Kautionsverfahren 2023 komplett eingestellt.¹⁰ Insgesamt wurde schon in der ersten Einheit des Seminars sehr intensiv diskutiert. Zum deutschen Gefängnisystem kamen dabei weniger Fragen auf als zum US-amerikanischen.

Die erste Sitzung diente daneben auch der Klärung von Grundlagenfragen, welche die Studierenden bezüglich des jeweils anderen Justizsystems hatten. Unter anderem wurde über den Einfluss des US-amerikanischen Zwei-Parteien-Systems auf die Rechtswirklichkeit diskutiert. Hintergrund war, dass in den meisten Seminartexten, welche die Lage in den USA darstellen und beurteilen, in historischen oder örtlichen Zusammenhängen danach differenziert wird, ob eine Zeit bzw. Region eher republikanisch oder demokratisch geprägt gewesen ist. In der ersten Stunde wurden beispielsweise die Mordraten in sogenannten »blauen« (demo-

kratischen) und »roten« (republikanischen) Bundesstaaten verglichen, wobei für die deutsche Seite überraschend war, dass acht von zehn Staaten in den USA mit den höchsten Mordraten traditionell republikanisch ausgerichtet sind.¹¹

Schnell wurde auch klar, dass es viele Fragen zu den Grundlagen und Unterschieden der beiden (Straf-)Rechtssysteme gibt. Teils entwickelte sich die Diskussion organisch und auch immer wieder weg vom eigentlichen Thema (Gefängnisse und Inhaftierungsraten). Gemeinsam erörterten wir deshalb unter anderem auch die Rolle von Richtern und Jurys. So befassten wir uns damit, wie Gerichte in Deutschland besetzt werden, was Schöffengerichte sind und ob einzelne Richterinnen und Richter in Deutschland vielleicht zu viel Macht haben und diese in den USA unter Umständen besser verteilt ist.

II. Zweite Sitzung

In der darauffolgenden Woche waren Gefängnisreformen sowie die in den USA diskutierte Abschaffung von Gefängnissen Thema. Zwei Göttinger Studentinnen sowie ein Student der Stanford Law School erarbeiteten hierzu je ein *Reflection Paper*. Ein Inhalt der Diskussion war, ob die Grundhaltungen zum Gefängnisystem in den USA und in Deutschland tatsächlich so weit auseinander liegen. Vielfach kritisiert werden in der gesellschaftlichen Debatte der USA insbesondere sogenannte »*Supermax Prisons*«. Hierbei handelt es sich um eine Gefängnisform, die seit den 1980er Jahren massiv ausgeweitet wurde.¹² Inhaftierte bleiben üblicherweise 23 Stunden am Tag isoliert in ihrer Zelle eingesperrt.¹³ Ziel dieser Gefängnisform ist ein möglichst geringeres Gewaltaufkommen im Vollzugsalltag sowie ein besonders geringes Risiko für Ausbrüche aus dem Gefängnis.¹⁴ Diese Isolationshaft in den »*Supermax Prisons*« wird höchst kontrovers diskutiert. Denn ein Behandlungsvollzug deutscher Prägung scheint ohne soziale Interaktion fast unmöglich. Mit Blick auf die deutsche Rechtslage und Vollzugswirklichkeit kam die Frage auf, ob »*Supermax Prisons*« menschenrechtlich überhaupt zulässig sind und nicht auch in den USA verfassungswidrig sein könnten. Immerhin steht im achten Zusatzartikel zur US-amerikanischen Verfassung, dass keine grausamen oder ungewöhnlichen Strafen zugefügt werden dürfen. Der Umstand, dass dies für die Rechtswirklichkeit der »*Supermax Prisons*« ohne wirkliche Konsequenz bleibe, befeuerte – so die Studierenden aus Stanford – die Forderung nach einer grundlegenden Reform oder sogar nach einer gänzlichen Abschaffung des gesamten Strafvollzugswesens. Auch vor diesem Hintergrund waren die amerikanischen Studierenden sehr daran interessiert, zu erfahren, wieso in Deutschland nur fünf bis sechs Prozent

5 Ebd.

6 Ebd.

7 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/158317/umfrage/gefangene-und-verwahnte-in-deutschland-nach-art-des-vollzugs/>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

8 *Sawyer/Wagner*, Mass Incarceration: The Whole Pie 2023, Prison Policy Initiative, 14.3.2023, <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2023.html>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

9 <https://dos.ny.gov/bail-enforcement-agent>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

10 *Equal Justice Initiative*, <https://eji.org/news/illinois-becomes-first-state-to-abolish-cash-bail/>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

11 <https://www.thirdway.org/report/the-red-state-murder-problem>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

12 *Schlanger*, Incrementalist vs. Maximalist Reform: Solitary Confinement Case Studies, *Northwestern University Law Review* 2021, 273 (274).

13 Ebd., S. 291.

14 Ebd., S. 283.

der verurteilten Straftäterinnen und Straftäter zu einer Haftstrafe ohne Bewährung verurteilt werden.¹⁵

Auch aus deutscher Perspektive wurden die Kritikpunkte am Strafvollzug aufgezeigt. Hier wurde besonders über das Problem kurzer Freiheitsstrafen (unter sechs Monaten) und die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen diskutiert. Diesbezüglich überwiegen aus deutscher Betrachtungsweise die negativen Vollzugsfolgen: soziale Bindungen brechen ab, Wohnung und Arbeitsplatz werden gefährdet.¹⁶ Ein sinnvoller Behandlungsvollzug ist in der kurzen Zeit der Inhaftierung hingegen kaum möglich bzw. wird vielfach noch nicht einmal von den Vollzugsanstalten angestrebt. In diesem Zusammenhang wurde dann auch über Alternativen zum Strafvollzug – etwa Mediation und Wiedergutmachung des Schadens, aber auch die elektronische Aufenthaltsüberwachung – gesprochen.

III. Dritte Sitzung

In der dritten Sitzung wendeten wir den Blick auf die unterschiedlichen Polizeisysteme in den USA und Deutschland. In der Sitzung wurden Ähnlichkeiten und Unterschiede herausgearbeitet: Als Gemeinsamkeit stellten wir fest, dass beide Staaten föderale Systeme haben, was für die Polizeiarbeit auch Komplikationen mit sich bringen kann. Problematisch kann etwa eine mangelhafte Zusammenarbeit verschiedener Bundesländer bzw. Bundesstaaten sein. In den USA sind dabei die Polizei *Departments* teilweise noch wesentlich kleiner und haben dementsprechend flächenmäßig engere Zuständigkeitsbereiche. Ein Studierender aus Stanford zeichnete dies mit seinem fiktiven Weg von seinem Zuhause zum Internationalen Flughafen in San Francisco nach. So erläuterte er, dass diese »Reise« zwar nur gut 30 Kilometer lang sei, er dabei jedoch, wenn er mit der Bahn fahre, fünf Polizeibezirke durchqueren müsse. Sofern er mit dem Auto fahre, seien es sogar neun. Kalifornien allein hat 58 »counties«¹⁷ und damit auch 58 Gerichts- und Polizeibezirke.

Als ein Unterschied zwischen den USA und Deutschland fiel uns auf, dass Polizistinnen und Polizisten in den USA zu einer eher schlecht bezahlten und im Einzelfall sogar fast schon sozial randständigen Personengruppen gehören, während diese sich in Deutschland als Beamte wohl doch überwiegend der sozialen Mittelschicht zuordnen dürften. Außerdem gibt es einen bemerkenswerten Unterschied in der Ausbildungsdauer: So ist es in den USA in manchen Staaten möglich, nach einer dreimonatigen Ausbildung den Beruf eines Polizisten zu ergreifen, während in Deutschland eine mehrjährige Berufsausbildung durchlaufen werden

muss. Am Rande kam auch immer wieder die Frage auf, ob es nicht sinnvoll wäre, die Bewaffnung von Polizistinnen und Polizisten einzudämmen.

IV. Vierte Sitzung

Die vierte Einheit befasste sich mit Reformstrategien für die Polizei. Der deutsche Text für die Sitzung behandelte die Vorfälle rund um »Stuttgart 21« und deren Aufarbeitung anhand einer Studie.¹⁸ Bei einer Demonstration gegen »Stuttgart 21« wurden Wasserwerfer und Tränengas eingesetzt, wodurch 180 Demonstrierende teils schwer verletzt wurden. Das Vertrauen in die Polizei ist dadurch jedoch nicht wesentlich beeinträchtigt worden. Die US-amerikanischen Kolleginnen und Kollegen überraschte das sehr. Die Autoren der Studie zur Polizeigewalt bei »Stuttgart 21« begründeten dies mit dem grundsätzlich hohen Vertrauen in die Polizei in Deutschland. Statt Vorwürfen gegen die Polizei gab es vielmehr eine politische Debatte, in deren Folge die baden-württembergische CDU die Wahlen im darauffolgenden Jahr nach 58 Jahren zum ersten Mal verlor.¹⁹ Als besonders großes Problem in den USA, aber teils auch in Deutschland, sprachen wir dabei auch über Rassismus in der Polizei. Unter jungen US-amerikanischen Erwachsenen ist die Wahrscheinlichkeit, bei einem Polizeikontakt getötet zu werden, signifikant höher, wenn man eine »*person of color*« ist.²⁰ Gleichzeitig zeigt sich, dass divers besetzte Polizeidienststellen deutlich problembewusster arbeiten.²¹

Als Verbesserungsvorschläge hinsichtlich der Polizeisysteme diskutierten wir Möglichkeiten, wie mehr Transparenz und Verantwortlichkeit im Polizeihandeln hergestellt werden könnten. Die US-amerikanischen Teilnehmenden überlegten in diesem Zusammenhang, wie schon im Kontext des Strafvollzugs, ob die dargestellten Probleme durch das Abschaffen der Polizei oder durch weniger finanzielle staatliche Unterstützung für die Polizei (»defunding police«) gelöst werden könnten. Aus deutscher Perspektive war diese Diskussion überraschend, da wir davon ausgehen, dass sie den Druck auf die Polizei eher erhöhen und bestehende Probleme potenziell verschärfen könnte.

V. Fünfte Sitzung

In der letzten Einheit haben wir uns mit der Rolle des Staatsanwalts in beiden Justizsystemen beschäftigt. Wir stellten rasch fest, dass den Staatsanwälten sowohl in den USA als auch in Deutschland zum einen ein erheblicher Ermessensspielraum bei ihren Entscheidungen zusteht und sie zum anderen ein Bindeglied der Justiz zur Politik sind. Dabei scheinen die Ermessensspielräume

15 https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachpublikationen/Strafrechtspflege_in_Deutschland_8_Aufl.pdf?__blob=publication-file&v=3, S. 38, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

16 <https://kriminologie.uni-koeln.de/forschung/abgeschlossene-projekte/vermeidung-von-ersatzfreiheitsstrafen>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

17 <https://www.counties.org/californias-counties>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

18 *Nägel/Nivette*, Protest policing and public perceptions of police. Evidence from a natural experiment in Germany, *Policing and Society* 2023, 64-80.

19 Ebd., S. 75.

20 <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1821204116>, zuletzt abgerufen am 29.5.2024.

21 *Sklansky*, Police Reform in Divided Times, *American Journal of Law and Equality* 2022, 3 (31).

eines Staatsanwalts in den USA mit einer noch sehr viel weiter gefassten Opportunität in der Strafverfolgung um einiges größer.²² In ihrem Selbstverständnis sind US-amerikanische Staatsanwälte zudem direkte Gegenspieler zu den Strafverteidigern. Mit dieser Sichtweise auf Staatsanwälte war es für unsere amerikanischen Kolleginnen und Kollegen interessant, die Stellung und Aufgaben der Staatsanwälte im deutschen Rechtssystem näher kennenzulernen. Dabei zeigten wir aus deutscher Sicht auf, dass wir hier die Weisungsrechte gegenüber Staatsanwälten und damit deren (politische) Unabhängigkeit rechtspolitisch diskutieren. Als großen Unterschied arbeiteten wir heraus, dass ein vermehrtes Einstellen durch die Staatsanwaltschaft in Deutschland öffentlich kritisiert wird, während in den USA Kritik an einer »Verurteilungsmentalität« von Staatsanwälten und der Ausrichtung ihrer Arbeit an einer »win-rate« geübt wird.

C. Ausblick

In der letzten Sitzung bot sich abschließend noch Gelegenheit, Kritik zu äußern sowie Wünsche für künftige Kooperationsseminare zwischen Göttingen und Stanford auszuführen. Von beiden Seiten war sofort klar, dass eine Fortführung des Seminars wünschenswert wäre, weil der Austausch sehr wertvoll und interessant war. Gewinnbringend war vor allem auch ein Außenblick auf das eigene Recht und seine Wirklichkeit. Es lassen sich sehr viele Eindrücke mitnehmen. Besonders gut gefallen hat mir, dass sich mein Business-Englisch sehr verbessert hat. Juristische Begriffe im Englischen sind jetzt nicht nur lose Vokabeln, sondern an Inhalte geknüpft. Beinahe alle Seminarteilnehmenden haben sich für die Zukunft eine Präsenzphase und auch die Möglichkeit für Exkursionen etwa in Strafvollzugsanstalten gewünscht. Vorgeschlagen wurde schließlich, dass die Studierenden aus Stanford und Göttingen künftig gemeinsam in Zweier- oder Dreier-Teams die Seminarsitzungen vorbereiten und dadurch noch enger in Kontakt miteinander kommen.

²² ders., The Problems With Prosecutors, Annual Review of Criminology 2018, 451-469.

ZivilR Rechtsprechungsübersicht

Arne Misselwitz*

Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht

Werkmangel bei Nichtverwendung des vereinbarten Mittels bzw. Materials für die Herstellung der Werkleistung

OLG Brandenburg, Urt. v. 28.9.2023 – 10 U 21/23

Leitsätze der Redaktion

1. Bei Werkverträgen, bei denen die Herstellung des versprochenen Werkes als geschuldeter Erfolg im Vordergrund steht, ist davon auszugehen, dass das Interesse des Bestellers dahin geht, die vereinbarte Werkleistung zu erhalten (hier: die Abdichtung eines Kellers) und nicht dahingehend, bei der Herstellung der Werkleistung ein bestimmtes – im vorliegenden Fall ungeeignetes – Mittel zu verwenden.

2. Zwar kann im Ausnahmefall auch die Verwendung eines ungeeigneten Mittels oder einer ungeeigneten Ausführungsart Vertragsinhalt werden. Dieses setzt aber voraus, dass der Besteller vorher ordnungsgemäß vom Unternehmer über die Ungeeignetheit und die daraus erwachsenden Nachteile aufgeklärt wird.

3. Der Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik stellt grundsätzlich einen (Werk-)Mangel dar. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verstoß sich nicht nachteilig ausgewirkt hat und Gebrauchsnachteile nicht erkennbar sind. Für letztgenanntes ist der Werkunternehmer darlegungs- und beweispflichtig.

Reichweite der Haftung eines Kfz-Halters bei Fahrzeugbrand

BGH, Urt. v. 12.12.2023 – VI ZR 76/23

Leitsätze der Redaktion

1. Das Haftungsmerkmal »bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs« nach § 7 I StVG ist entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Norm weit auszulegen. Ein Schaden ist bereits dann »bei dem Betrieb« eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn bei der gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit)geprägt worden ist.

2. Das Parken eines Fahrzeugs an einer Straße gehört zum Betrieb eines Fahrzeugs und dauert fort, solange der Fahrer das Fahrzeug im Verkehr belässt und die dadurch geschaffene Gefahrenlage fortbesteht.

3. Für die Zurechnung der Betriebsgefahr kommt es maßgeblich darauf an, dass die Schadensursache in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht. Die Anwesenheit eines im Betrieb befindlichen Kraftfahrzeugs an der Unfallstelle allein rechtfertigt aber noch nicht die Annahme, ein Schaden sei bei dem Betrieb dieses Fahrzeugs entstanden (hier: Brennen des Benzin läuft aus parkendem Kfz), wenn die Ursache des Brandes, wegen der es zum Austritt des brennenden Benzins kommen konnte, nicht identifiziert werden kann. Hinzu kommen muss vielmehr, dass die Entzündung des Benzins als solche in irgendeinem ursächlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kfz steht.

Publizität des Handelsregisters: Berufung eines Dritten auf die fehlende Eintragung einer eintragungspflichtigen Tatsache; Missbrauch der Vertretungsmacht

BGH, Urt. v. 9.1.2024 – II ZR 220/22

Leitsätze der Redaktion

1. Die Berufung auf die fehlende Eintragung einer eintragungspflichtigen Tatsache ist dem Dritten gemäß § 15 I HGB nur dann verwehrt, wenn er positive Kenntnis von der einzutragenden Tatsache hat; ein Kennenmüssen oder eine grob fahrlässige Unkenntnis genügen demgegenüber nicht.

2. Die Rechtsscheinregeln bewirken, dass sich derjenige, der den Rechtsschein zurechenbar gesetzt hat, dem gutgläubigen Dritten gegenüber, der sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat, nicht auf die wahre Rechtslage berufen kann. Aus Rechtsscheingrundsätzen können indes keine weitergehenden Rechte hergeleitet werden, als sie bestünden, wenn der Rechtsschein zuträfe.

3. Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht gelten auch im Anwendungsbereich des Rechtsscheintatbestands des § 15 I HGB. Das Vertrauen des Geschäftsgegners in den Bestand des Geschäfts ist nicht schutzwürdig, wenn er weiß oder wenn es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Vertreter seine Vertretungsmacht missbraucht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Vertreter und Geschäftsgegnern bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken oder wenn der Missbrauch der Vertretungsmacht dem Geschäftsgegnern bekannt ist oder wegen Evidenz des Missbrauchs hätte bekannt sein müssen.

4. Für den abstrakten Vertrauensschutz des § 15 I HGB kommt es nicht darauf an, wie viel Zeit zwischen dem Entstehen der eintragungspflichtigen Tatsache und dem rechtsgeschäftlichen Vorgang liegt. Die Kürze des Zeitraums ist

* Arne Misselwitz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Barbara Veit.

nicht geeignet, abweichend vom allgemeinen Grundsatz, dass § 15 I HGB keine Nachforschungen gebietet, ausnahmsweise Erkundigungsobliegenheiten auszulösen.

Sittenwidrigkeit eines notariellen Testaments zugunsten der Berufsbetreuerin

OLG Celle, Beschl. v. 11.1.2024 – 6 W 175/23

1. Ein notarielles Testament zugunsten einer Berufsbetreuerin kann sittenwidrig sein, wenn eine Berufsbetreuerin ihre gerichtlich verliehene Stellung (§§ 1814 ff. BGB) und ihren Einfluss auf einen älteren, kranken und alleinstehenden Erblasser dazu benutzt, gezielt auf den leicht beeinflussbaren Erblasser einzuwirken und ihn dazu zu bewegen, vor einer von ihr herangezogenen Notarin in ihrem Sinne letztwillig zu verfügen.

2. Anerkanntermaßen kann sich Sittenwidrigkeit aus einer Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts ergeben, in die Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts einzu beziehen sind, womit einem Abstellen allein auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts eine Absage erteilt ist. Zu berücksichtigen sind bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit auch die Umstände, die zur Vornahme des Rechtsgeschäfts geführt haben, wohingegen das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit und eine Schädigungsabsicht nicht erforderlich sind.

3. Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich auch aus den Umständen ergeben, in welche das Rechtsgeschäft eingebettet ist. Rechtsgeschäfte mit dem gleichen unmittelbaren Inhalt können je nach den Umständen im Einzelfall sittenwidrig oder gültig sein. Erkennt man diese Möglichkeit einer sog. Umstandssittenwidrigkeit an, muss die Verfügung des Erblassers ihrerseits nicht zwingend sittenwidrig sein.

Unfallbedingter Schadensersatz: Berufung auf Werkstatttrisiko

BGH, Urt. v. 16.1.2024 – VI ZR 253/22

Leitsätze der Redaktion

1. Der Geschädigte ist nach schadensrechtlichen Grundsätzen in der Wahl der Mittel zur Schadensbehebung frei. Er darf zur Schadensbeseitigung grundsätzlich den Weg einschlagen, der aus seiner Sicht seinen Interessen am besten zu entsprechen scheint. Ziel der Schadensrestitution ist es, den Zustand wiederherzustellen, der wirtschaftlich gesehen der hypothetischen Lage ohne das Schadensereignis entspricht.

2. Der Geschädigte kann vom Schädiger nach § 249 II 1 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur die Kosten erstattet verlangen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und notwendig erscheinen. Er ist nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren den wirtschaftlichsten Weg der Schadensbehebung zu wählen, sofern er die Höhe der für die Schadensbeseitigung aufzuwendenden Kosten beeinflussen kann. Allerdings ist bei der Beurteilung, welcher Herstellungsaufwand erforderlich ist,

auch Rücksicht auf die spezielle Situation des Geschädigten, insbesondere auf seine Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen (sog. subjektbezogene Schadensbetrachtung).

3. Für die Ersetzungsbefugnis des § 249 II 1 BGB gilt das Verbot, sich durch den Schadensersatz zu bereichern.

4. Übergibt der Geschädigte das beschädigte Fahrzeug an eine Fachwerkstatt zur Instandsetzung, ohne dass ihn insoweit ein (insb. Auswahl- oder Überwachungs-)Verschulden trifft, sind dadurch anfallende Reparaturkosten im Verhältnis des Geschädigten zum Schädiger aufgrund der subjektbezogenen Schadensbetrachtung auch dann vollumfänglich ersatzfähig, wenn sie etwa wegen überhöhter Ansätze von Material oder Arbeitszeit oder wegen unsachgemäßer oder unwirtschaftlicher Arbeitsweise der Werkstatt unangemessen, mithin nicht erforderlich im Sinne von § 249 II 1 BGB sind.

5. Die Anwendung der genannten Grundsätze zum Werkstatttrisiko setzt nicht voraus, dass der Geschädigte die Reparaturrechnung bereits bezahlt hat. Soweit der Geschädigte die Reparaturrechnung nicht beglichen hat, kann er – will er das Werkstatttrisiko nicht selbst tragen – die Zahlung der Reparaturkosten allerdings nicht an sich, sondern nur an die Werkstatt verlangen, Zug um Zug gegen Abtretung etwaiger (das Werkstatttrisiko betreffender) Ansprüche des Geschädigten gegen die Werkstatt.

6. Wählt der Geschädigte bei unbezahlter Rechnung hingegen Zahlung an sich selbst, so trägt er und nicht der Schädiger das Werkstatttrisiko.

Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen: Voraussetzungen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Vertreter und Vertragspartner

OLG München, Urt. v. 24.1.2024 – 7 U 3096/22

Leitsätze der Redaktion

1. Nach der grundlegenden Wertung des Gesetzes treffen die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen beim Vertreterhandeln grundsätzlich den Vertretenen und nicht den Vertreter. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertragspartner und eine Haftung des Vertreters hieraus nach §§ 280 I, 311 III BGB kommt nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen in Betracht.

2. Eine Haftungserstreckung auf den Vertreter wegen besonderen wirtschaftlichen Eigeninteresses setzt voraus, dass der Vertreter eine so enge Beziehung zum Vertragsgegenstand hat, dass er wirtschaftlich gleichsam in eigener Sache tätig wird, also bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der eigentliche Herr des Geschäfts ist. Ein nur mittelbares Interesse, etwa auf Gewinnbeteiligung oder Provision, genügt nicht.

3. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Vertreter und potentiellern Vertragspartner wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens setzt voraus, dass vom Vertreter über das normale Verhandlungsvertrauen hinaus gerade von ihm persönlich ausgehendes Vertrauen für sich und die Richtigkeit seiner Erklärungen in Anspruch genommen wird; erforderlich werden dabei Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage sein.

**Grundbuchberichtigungsanspruch des Eigentümers
bei falsch eingetragenem Grundpfandrecht**

OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 22.3.2024 – 17 U 68/23

Leitsätze der Redaktion

1. Ist ein Grundpfandrecht im Grundbuch zugunsten eines nicht berechtigten Rechtsinhabers eingetragen, ist das Grundbuch zwar unrichtig. Einen Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB kann der Eigentümer jedoch regelmäßig nicht geltend machen, weil die Frage der Rechtsinhaberschaft am Grundpfandrecht seine Rechtsposition im Grundsatz nicht berührt. Anders liegt es allenfalls dann, wenn die Frage der Rechtsinhaberschaft auch für die Frage von Inhalt und Bestand des Rechts von Bedeutung wäre.

2. Ein schuldrechtlicher Grundbuchberichtigungsanspruch kann sich aus einer entsprechenden Sonderverbindung zwischen Grundstückseigentümer und unrichtig eingetragenem Rechtsinhaber ergeben, wenn durch die Veranlassung oder Aufrechterhaltung der unrichtigen Eintragung der unrichtig eingetragene Treue- und Rücksichtnahmepflichten verletzt würde.

ÖffR Rechtsprechungsübersicht

Max Hinz*

Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht

Funktionslos gewordene bauliche Anlagen im Außenbereich haben keinen Bestandsschutz

VG Karlsruhe, Urt. v. 31.10.2023 – 2 K 4067/22

Leitsätze der Redaktion

1. Eine bauliche Anlage hat nur in ihrer Funktion Bestandsschutz. Mit einer Funktionsänderung und Entprivilegierung entfällt der Bestandsschutz. Art. 14 I GG schützt den Eigentümer im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nicht vor der Auferlegung einer Beseitigung der baulichen Anlage
2. Die Beseitigungsanordnung einer baulichen Anlage in diesen Fällen im Außenbereich ist gegenüber dem Grundstückseigentümer nach Art. 14 I GG verhältnismäßig, wenn dieser das Grundstück im Bewusstsein der unklaren Nutzungsmöglichkeiten bezüglich des Bestandes des Gebäudes erworben hat.
3. Wenn eine neue planungsrechtlich zulässige Nutzung einer funktionslos gewordenen baulichen Anlage im Außenbereich nicht konkret geltend gemacht wird, fehlt es an einem nach § 35 I und II BauGB zu privilegierenden Vorhaben. Es verbleibt die § 35 BauGB immanente Regel, dass der Außenbereich grundsätzlich von baulichen Anlagen freizuhalten ist.

Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Baugenehmigung einer Flüchtlingsunterkunft

VG Ansbach, Beschl. v. 10.11.2023 – AN 3 E 23.2224

Leitsätze der Redaktion

1. Wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt werden, kann die Bauaufsichtsbehörde die Einstellung der Arbeiten anordnen.
2. Eine ohne die erforderliche Beteiligung der Gemeinde erteilte Baugenehmigung ist, auf Anfechtungsklage der Gemeinde hin, aufzuheben. Die Rechtswidrigkeit einer solchen Baugenehmigung folgt allein aus der Missachtung des gesetzlich gewährleisteten, dem Schutz der Planungshoheit dienenden, Rechts der Gemeinde auf Einvernehmen § 36 I 1 BauGB.

* Max Hinz studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht.

Keine Anwendung des IFG auf Glückwunschsreiben des Bundespräsidenten an ausländische Staaten

BVerwG, Urt. v. 09.11.2023 – 10 C 4/22

Leitsätze der Redaktion

1. Präsidientielle Akte des Bundespräsidenten und ihre Vorbereitung sind nicht vom Anwendungsbereich des Informationsfreiheitsgesetzes umfasst.
2. Die Übermittlung eines Glückwunschsreibens an ein ausländisches Staatsoberhaupt ist ein präsidienteller Akt, den der Bundespräsident in seiner Funktion als Staatsoberhaupt in Ausübung seiner allgemeinen Repräsentations- und Integrationsaufgaben wahrnimmt, die ihm, über die von der Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse hinaus, zukommen.

Bund-Länder-Streit über ein Verwaltungsabkommen zur Kostenteilung

BVerfG, Beschl. v. 15.11.2023 – BvG 1/19, 2 BvG 1/21

Leitsätze der Redaktion

1. Ein materielles Verfassungsrechtsverhältnis liegt vor, wenn eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners den Streitgegenstand bildet und durch das Grundgesetz übertragene Rechte und Pflichten des Antragstellers verletzt oder unmittelbar gefährdet. Daraus folgt ein rein verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab. Ein materielles Verfassungsrechtsverhältnis liegt vor, wenn das als Prüfungsgegenstand zugrunde liegende Rechtsverhältnis, die Anspruchsgrundlage der begehrten Handlung und der im konkreten Fall anzulegende Prüfungsmaßstab dem Verfassungsrecht zu entnehmen sind.
2. Ein materielles Verfassungsrechtsverhältnis entsteht nicht durch ein Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern zur Aufgaben- und Lastenverteilung, in denen sich Bund und Länder über den Aufgabenanteil und die daraus folgenden Kosten verständigen.

Contergan II, Anrechnung von Zahlungen Dritter auf die Conterganrente mit Art. 14 GG vereinbar

BVerfG, Beschl. v. 21.11.2023 – 1 BvL 6/21

Leitsätze der Redaktion

1. Sozialrechtliche Ansprüche fallen nur dann unter grundrechtlichen Eigentumsschutz, wenn es sich um vermögenswerte Rechtspositionen handelt, die dem Rechtsträger nach

Art eines Ausschließlichkeitsrechts privatnützig zugeordnet sind, auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruhen und seiner Existenzsicherung dienen.

2. Wird durch dieselbe Maßnahme des Gesetzgebers eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition einerseits erweitert, andererseits eingeschränkt (gemischte Umgestaltung), bestimmt sich die Reichweite des Eigentumsschutzes nach dem Verhältnis von Zuteilungs- und Entziehungsakt. Maßgeblich ist, ob der Zuteilungsakt eine von Art. 14 I GG geschützte erweiterte Rechtsposition schafft, in die der Entziehungsakt eingreift, oder ob eine einheitliche Inhalts- und Schrankenbestimmung getroffen wird, nach der die Zuteilung von vornherein im Umfang des Entziehungsakts begrenzt wird.

Im Abiturzeugnis sind grundsätzlich Bemerkungen über behinderungsbedingt abweichende Bewertungsmaßstäbe einzelner Leistungen gerechtfertigt

BVerfG, Urt. v. 22.11.2023 – 1 BvR 2577/15

Leitsätze der Redaktion

Bemerkungen in Schulabschlusszeugnissen über behinderungsbedingt abweichende Prüfungsmaßstäbe sind zur Sicherung eines leistungsbezogen chancengleichen Zugangs zu Ausbildung und Beruf vor Art. 3 III 2 GG grundsätzlich gerechtfertigt. Dafür müssen sie so umfassend erfolgen, dass eine hinreichende Transparenz der Zeugnisse besteht.

Verbot sichtbarer religiöser Symbole für Beschäftigte der Gemeindeverwaltung

EuGH, Urt. v. 28.11.2023 – C-148/22

Leitsätze der Redaktion

Art. 2 II Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass eine interne Regel einer Gemeindeverwaltung, die es deren Personal pauschal verbietet, am Arbeitsplatz sichtbare religiöse Zeichen zu tragen, damit gerechtfertigt werden kann, dass die Gemeindeverwaltung unter Berücksichtigung ihres spezifischen Kontexts ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld haben will. Die Regel muss im Hinblick auf diesen Kontext und unter Berücksichtigung betroffener Rechte und Belange verhältnismäßig sein.

Erste Änderung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag ist verfassungsgemäß

BVerfG, Urt. v. 29.11.2023 – 2BvF 1/21

Leitsätze der Redaktion

1. Bei dem Gebot der Bestimmtheit und Klarheit der Gesetze handelt es sich um ein einheitliches Postulat. Eine Trennung zwischen Bestimmtheits- und Klarheitsgebot darin, dass eine Norm zwar noch hinreichend bestimmt sein

kann, jedoch gegen das Gebot der Normenklarheit verstößt, kommt grundsätzlich nicht in Betracht.

2. Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit von Gesetzen gelten auch für wahlrechtliche Normen. Ein allgemein gültiger verfassungsrechtlicher Maßstab für den maximal zulässigen Grad an Komplexität für Wahlrechtsschriften, lässt sich jedoch nicht entwickeln.

3. Im Rahmen seines Gestaltungsauftrags darf der Gesetzgeber Überhangmandate zulassen, solange sich die damit verbundene Differenzierung des Erfolgswerts der Wählerstimmen innerhalb des Konzepts der personalisierten Verhältniswahl hält.

Beseitigung von Absperrungen auf einem als öffentlich gewidmeten Weg

VGH München, Beschl. v. 08.01.2024 – 8 CS 23.1629

Leitsätze der Redaktion

Ein Verkehrsraum ist dann öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und benutzt wird.

Beamte im haftungsrechtlichen Sinn bei der Beauftragung von Privaten

BGH, Urt. v. 11.01.2024 – III ZR 15/23

Leitsätze der Redaktion

Die Mitarbeiter eines privaten Unternehmens, die zur Ausführung einer von der Straßenbaubehörde angeordneten Verkehrsregelung (§ 45 II StVO), Verkehrsschilder aufstellen, handeln als Verwaltungshelfer und damit als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne. Ihre persönliche Haftung gegenüber einem durch das Verkehrsschild Geschädigten scheidet daher gemäß Art. 34 S. 1 GG aus.

Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung

BVerfG, Urt. v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19

Leitsätze der Redaktion

1. Die für das Parteiverbotsverfahren gem. Art. 21 II GG entwickelten Maßstäbe zum Vorliegen unbehebbarer Verfahrenshindernisse (vgl. BVerfGE 144, 20 Rn. 404 ff.) gelten auch für das Verfahren zum Ausschluss einer Partei von staatlicher Finanzierung gem. Art. 21 III GG.

2. Art. 21 III 1 GG knüpft den Ausschluss von staatlicher Finanzierung daran, dass die betroffene Partei selbst die Beseitigung der für den demokratischen Wettbewerb konstitutiven freiheitlichen Grundordnung anstrebt oder den Bestand des Staates angreift. Damit betrifft er nur solche Parteien, deren chancengleiche Beteiligung an der politischen Willensbildung nicht Teil des grundgesetzlichen Demokratiekonzepts im Sinne des Art. 20 I und II GG ist.

3. Ein »Darauf Ausgerichtetsein« im Sinne von Art. 21 III 1 GG setzt ein qualifiziertes und planvolles Handeln zur Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder zur Gefährdung des Bestands der Bundesrepublik Deutschland voraus, ohne dass es auf das Erfordernis der Potenzialität ankommt.

Einführung einer Sperrklausel zu den Wahlen des Europaparlaments zulässig

BVerfG, Beschl. v. 6.2.2024 – 2 BvE 6/23, 2 BvR 994/23

Leitsätze der Redaktion

1. Die Ultra vires- und Identitätskontrolle (Art. 1, 20, 79 III GG) sind zurückhaltend und europarechtsfreundlich durch das Bundesverfassungsgericht auszuüben.
2. Die Kompetenz zur Vereinheitlichung der Europawahl liegt gem. Art. 223 I AEUV bei der Europäischen Union. Sperrklauseln sind dafür ein zulässiges Mittel, das nicht die Identität des Grundgesetzes verletzt. Mit der Entscheidung über die deutsche Zustimmung zum Vertrag von Lissabon hat das Bundesverfassungsgericht diese Kompetenzübertragung gebilligt (vgl. BVerfGE 123, 267).
3. Art. 10 I EUV legt der Arbeitsweise der Europäischen Union das Prinzip der repräsentativen Demokratie zugrunde. Dazu gehört eine parlamentarische Legitimation und Kontrolle der öffentlichen Gewalt. Institutionell werden damit zwei demokratische Legitimationsstränge begründet, die zusammenwirken und sich wechselseitig stützen Art. 10 II EUV. Um seiner legitimierenden Funktion gerecht werden zu können, bedarf das Europäische Parlament eines Wahlrechts, das fundamentale Wahlrechtsgrundsätze wahrt.
4. Dem nationalen Gesetzgeber verbleibe im Hinblick auf die Einführung einer Sperrklausel ein weiter Gestaltungsspielraum.

Rechte bei der Vaterschaftsanfechtung aus Art. 6 II 1 GG

BVerfG, Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21

Leitsätze der Redaktion

1. Art. 6 II 1 GG gibt nicht im Einzelnen vor, welche Personen als Eltern anzusehen sind und welche Handlungsmöglichkeiten sie in ihrer Elternverantwortlichkeit haben. Diese Details sind durch den Gesetzgeber, unter Beachtung der das Elternrecht prägenden Strukturmerkmale, festzulegen.
2. Unabhängig von einer fachrechtlichen Zuordnung sind jedenfalls die leiblichen Eltern eines Kindes Eltern im Sinne von Art. 6 II 1 GG.
3. Eltern im Sinne von Art. 6 II 1 GG muss es grundsätzlich möglich sein, Elternverantwortung für ihre Kinder wahrzunehmen. Es ist nicht zwingend die Anzahl der Träger des Elterngrundrechts von vornherein auf zwei Elternteile zu beschränken. Träger können daher auch Mutter, leiblicher Vater und rechtlicher Vater nebeneinander sein (anders noch

BVerfGE 108, 82 -102 ff.; 133, 59 - 78 Rn. 52). Aus Art. 6 II 1 GG folgt aber schon aufgrund seiner Kindeswohlorientierung eine enge Begrenzung der Zahl der Elternteile (Fortführung von BVerfGE 108, 82, 103).

4. Bei einer rechtlichen Elternschaft von drei Elternteilen ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, allen Eltern gleiche Rechte zu gewähren, er kann diese unterschiedlich ausgestalten.

5. Art. 6 II 1 GG garantiert einem leiblichen Vater die Möglichkeit, auch rechtlicher Vater seines Kindes zu werden. Das Elterngrundrecht des leiblichen Vaters ist nicht ausreichend berücksichtigt, wenn seine aktuelle oder vergangene familiäre Beziehung zum Kind, sein Bemühen um die rechtliche Vaterschaft oder das Aufhören der familiären Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater nicht beachtet werden.

StrafR Rechtsprechungsübersicht

Tim Priet* und Julius Schütte†

Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht**Verhältnis von Garantstellung aus Ingerenz und entschuldigendem Notstand**

BGH, Urt. v. 2.8.2023 – 5 StR 80/23

Leitsätze der Redaktion

1. Die Begründung einer Garantstellung aus Ingerenz setzt ein objektiv pflichtwidriges, aber kein schuldhaftes Vorverhalten voraus.
2. Ein nach § 35 I StGB entschuldigtes Verhalten bleibt rechts- und damit objektiv pflichtwidrig und kann daher eine Garantstellung aus Ingerenz begründen.

Garantenpflicht aus Ingerenz infolge Mitwirkung an einer rechtswidrigen Absprache

BGH, Beschl. v. 12.9.2023 – 4 StR 123/23

Leitsätze der Redaktion

1. Eine Garantstellung aus Ingerenz kann sich daraus ergeben, dass der Täter im Vorfeld der Tat an rechtswidrigen Absprachen mitgewirkt, namentlich das rechtswidrige Einsperren von Bewohnern einer Flüchtlingsunterkunft mitgetragen hat.
2. Dieses pflichtwidrige vorangegangene Tun bestärkt andere an der Praxis beteiligte Beschäftigte in ihrem gleichartigen Vorgehen und erhöht so die Gefahr für das Rechtsgut der Freiheit der Bewohner.

BVerfG zur Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22

Leitsätze der Redaktion

1. § 362 Nr. 5 StPO verstößt gegen das in Art. 103 III GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot, das eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit trifft.

* Tim Priet studiert Rechtswissenschaften und Philosophie an der Georg-August-Universität Göttingen und ist dort studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Eva Schumann und am Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie von Prof. Dr. Dietmar von der Pfordten.

† Julius Schütte studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist dort studentischer Mitarbeiter in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht bei Prof. Dr. Gunnar Dutge.

2. Art. 103 III GG stellt zudem eine besondere Ausprägung des im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vertrauensschutzes dar und enthält somit ein Verbot, rückwirkende Verfahrensregelungen zu treffen.

Verabredung zur Mordanstiftung bei noch unbestimmtem Täter

BGH, Urt. v. 29.11.2023 – 6 StR 179/23

Leitsätze der Redaktion

Der Verwirklichung von § 30 II StGB steht grundsätzlich nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Übereinkunft die Person des präsumtiven Täters noch nicht feststeht und unklar ist, ob überhaupt ein solcher gefunden und bestimmt werden kann.

Verschärfung der Zueignung bei Unterschlagung

BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23

Leitsätze der Redaktion

1. Die Zueignung gem. § 246 I StGB muss tatsächlich eingetreten sein.
2. Der Wortlaut des § 246 I StGB, wonach nur derjenige eine Unterschlagung begeht, der sich oder einem Dritten eine Sache rechtswidrig zueignet, stützt die Annahme, dass § 246 StGB ein Erfolgsdelikt ist.
3. Das bisherige Kriterium der Rechtsprechung, wonach eine »Manifestation des Zueignungswillens« vorausgesetzt wurde, findet nur noch als Beweiszeichen im subjektiven Tatbestand Relevanz.

Mordmerkmal der Grausamkeit bei Tod durch Verbrennen

BGH, Urt. v. 6.12.2023 – 5 StR 281/23

Leitsätze der Redaktion

1. Grausam tötet, wer seinem Opfer bei mit Tötungsvorsatz geführten Handlungen in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke und Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.
2. Dies ist in grundsätzlich bei einem Tod durch Verbrennen der Fall; insoweit genügt für die Erfüllung des Mordmerkmals das Vorliegen bedingten Vorsatzes.

Räuberische Erpressung bei Wegnahme eines E-Bikes als Pfand

BGH, Urf. v. 12.12.2023 – 6 StR 427/23

Leitsätze der Redaktion

1. Der Tatbestand des § 249 StGB setzt voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen.
2. Es fehlt an dieser Zueignungsabsicht, wenn der Täter die Sache als Druckmittel zur Durchsetzung der Begleichung von Schulden wegnimmt.
3. Die abgenötigte Herausgabe einer Sache als Pfand zur Sicherung einer (aufgrund von Drogengeschäften) nichtigen Forderung kann indes den Straftatbestand der Erpressung erfüllen, sofern der Täter durch den erzwungenen Besitzverlust einen stoffgleichen vermögenswerten Vorteil erlangt.

Fehlgeschlagener Versuch beim Mittäter

BGH, Urf. v. 3.1.2024 – 5 StR 406/23

Leitsätze der Redaktion

1. Wenn der Täter die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollenden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht für möglich hält, liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor.
2. In den Fällen des § 24 II StGB ist für die Beurteilung, ob ein Fehlschlag vorliegt, allein die persönliche Sicht jedes einzelnen Beteiligten entscheidend.

Gefährlichkeitsvoraussetzung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges

BGH, Beschl. v. 16.1.2024 – 5 StR 451/23

Leitsätze der Redaktion

1. Eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug i. S. d. § 113 II 2 Nr. 2 StGB muss objektiv geeignet sein, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Diese Gefährlichkeit kann sich auch erst aus der konkreten Art ihrer Benutzung im Einzelfall ergeben.
2. Eine funktionsuntüchtige Waffe oder ein funktionsuntüchtiges Werkzeug, welches von dem Täter lediglich zu Drohzwecken verwendet wird, fällt nicht unter den erhöhten Strafrahmen des § 113 II 2 Nr. 2 StGB.

Faustschläge als gefährliche Körperverletzung

BGH, Urf. v. 25.1.2024 – 3 StR 157/23

Leitsätze der Redaktion

1. Grund für die Strafschärfung des § 224 I Nr. 5 StGB stellt nicht erst die tatsächliche Lebensgefahr des Opfers dar, son-

dern schon die bloße Gefährlichkeit der Tathandlung. Die Umstände der konkreten Tatsituation sowie Besonderheiten beim Opfer sind zur Bewertung des gesteigerten Gefahrenpotentials heranzuziehen.

2. Heftige Faustschläge gegen den Kopf des Opfers können bereits als das Leben gefährdende Behandlung i. S. v. § 224 I Nr. 5 StGB und damit als gefährliche Körperverletzung qualifiziert werden. Hierfür muss die konkrete Handlungsausführung objektiv geeignet sein, eine Gefahr für das Leben des Opfers im Einzelfall darzustellen.