

# HAUSARBEITEN- SAMMLUNG

Ausgabe 2018



FACHSCHAFTSINITIATIVE  
JURA MÜNCHEN

## IMPRESSUM

Herausgeber: Fachschaftsinitiative Jura der LMU München,  
Ludwigstraße 29/EG,  
80539 München

Redaktion: Luise Althoff, Cornelius Hartig

V.i.S.d.P.: Broder Ernst

# VORWORT

Bei den Hausarbeiten handelt es sich nicht um von den Lehrstühlen autorisierte Musterlösungen, sondern um studentische Lösungen, die aber überdurchschnittlich bewertet wurden.

Daher erheben wir keinen Anspruch auf eine fehlerfreie Arbeit. Bitte beachtet auch, dass die Benotung durchaus unterschiedlich ausfallen kann.

Die ausgewählten Ausarbeitungen sollen euch dazu dienen, einen ersten Anhaltspunkt für die Erstellung einer Hausarbeit zu haben. Sie sollen euch dabei helfen, die Grundlagen einer guten Hausarbeit zu erkennen.

Die Fachschaftsinitiative Jura bedankt sich herzlich bei den Zivilrechtslehrstühlen Dr. Mörsdorf, Prof. Dr. Lepsius, Prof. Dr. Gsell, bei dem Lehrstuhl für das Öffentliche Recht Prof. Dr. Kersten sowie beim Strafrechtslehrstuhl Prof. Dr. Krüger für die Erlaubnis, die folgenden Hausarbeitssachverhalte im Rahmen der Hausarbeitssammlung veröffentlichen zu dürfen.

Zusätzlich bedanken wir uns bei allen Autoren, dass sie uns ihre Arbeiten zur Verfügung gestellt haben.

Eure Fachschaftsinitiative Jura der LMU

## INHALTSVERZEICHNIS

1. Hausarbeit im GK Zivilrecht <i>WS 16/17</i>	14 Punkte <i>Dr. Mörsdorf</i>
2. Hausarbeit im GK Zivilrecht <i>WS 16/17</i>	11 Punkte <i>Prof. Dr. Gsell</i>
3. Hausarbeit im GK Zivilrecht <i>WS 16/17</i>	14 Punkte <i>Prof. Dr. Lepsius</i>
4. Hausarbeit im GK Öffentliches Recht <i>WS 16/17</i>	16 Punkte <i>Prof. Dr. Kersten</i>
5. Hausarbeit im GK Strafrecht <i>WS 16/17</i>	13 Punkte <i>Prof. Dr. Krüger</i>

HAUSARBEIT IM GK  
ZIVILRECHT

*Dr. Mörsdorf 2016/2017*

14 Punkte



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

DR. OLIVER MÖRSDORF  
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, EUROPÄISCHES UND  
INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT



## Hausarbeit Grundkurs Zivilrecht II Sommersemester 2017 Undank ist der Welten Lohn

Die vermögende Witwe Margot (M) ist u.a. Eigentümerin mehrerer Grundstücke in München in der Nähe des Englischen Gartens. Zum 17. Geburtstag ihrer beiden Zwillingssöhne Siegfried (S) und Roy (R) möchte M ihnen eine ganz besondere Freude machen und jedem der beiden ein Grundstück schenken. S, der in einem Internat in Kitzbühel wohnt, soll das Grundstück „Parzelle A“ erhalten, welches mit einem vermieteten Mehrfamilienhaus bebaut ist. Für R ist das Grundstück „Parzelle B“ vorgesehen. Auf diesem Grundstück befindet sich ebenfalls ein Mehrfamilienhaus, dessen schönste Wohnung, das Penthouse von 150 m<sup>2</sup> mit Panoramablick auf den Englischen Garten, derzeit von M und R gemeinsam bewohnt wird. Die übrigen Wohnungen sind ebenfalls vermietet.

Am Geburtstag der Zwillinge begibt sich M zu einem Notar in der Münchner Innenstadt. Sie wird hierbei von R begleitet, während S seinen Ehrentag lieber in Kitzbühel auf der Skipiste verbringt.

Vor dem dies beurkundenden Notar schließt zunächst M im eigenen Namen und im Namen des abwesenden S einen Vertrag, in dem sich M verpflichtet, das Eigentum an dem Grundstück „Parzelle A“ schenkungsweise an S zu übertragen. Zudem erklärt M vor dem Notar im eigenen Namen und im Namen des S die Auflassung des Grundstücks an S.

Sodann schließen M und der sie begleitende R einen notariell beurkundeten Vertrag, in dem sich M verpflichtet, das Eigentum an dem Grundstück „Parzelle B“ an R schenkungsweise zu übertragen. Da M am Morgen zuvor in der Tageszeitung von den Gefahren der Altersarmut in Deutschland gelesen hat, behält sie sich für den Fall, dass sie selbst dieses Schicksal ereilen sollte, den Rücktritt vom Vertrag vor. R soll die im Falle eines Rücktritts anfallenden Kosten allein tragen. Zudem erklären die beiden vor dem Notar die Auflassung des Grundstücks an R.

Kurze Zeit später werden R und S als Eigentümer der Grundstücke ins Grundbuch eingetragen.

In der Folge kommt es zwischen den Zwillingen und M zum Streit. Noch vor seinem 18. Geburtstag entdeckt S „sein“ neues Mietshaus als Geldquelle. Er fordert daher von B, dem Mieter einer der Wohnungen, die zum nächsten Monatsersten fällige Miete in Höhe von 2.500 Euro an ihn, S, zu zahlen. R möchte sich als angehender Jurastudent nicht länger gefallen lassen, dass M ihm andauernd Vorschriften macht. Er beschließt daher, das bisher von ihm und M gemeinsam bewohnte Haus zukünftig allein zu nutzen, um dort in standesgemäßer Umgebung sein Studentenleben genießen zu können. Er fordert deswegen M 2 Tage nach seinem 18. Geburtstag auf, „sein“ Haus umgehend zu verlassen und sich eine neue Bleibe zu suchen.

Bitte Seite 2 beachten!

**Bearbeitervermerk:**

1. Kann S von B Zahlung der fälligen Miete in Höhe von 2.500 Euro verlangen?
2. Kann R von M Herausgabe des Grundstücks gem. § 985 BGB verlangen?

Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Gegebenenfalls ist eine hilfsgutachterliche Prüfung anzustellen.

Die Bearbeitung darf 20 DIN-A4-Seiten nicht überschreiten. Die Formatierung muss den Hinweisen des „Merkblattes Hausarbeit“ auf der Internetseite des Grundkurses entsprechen. Abgabetermin ist der **20. April 2017, 12:00 Uhr**. Die Arbeit ist in den Briefkasten des Lehrstuhls Ackermann im Foyer des Seminargebäudes (Professor-Huber-Platz 2, 80539 München) einzuwerfen. Bei Zusendung per Post ist der rechtzeitige Eingang maßgeblich, nicht jedoch der Poststempel.

## II

### Gliederung

A. Anspruch des S gegen B.....	-1-
I. Anspruch entstanden.....	-1-
1. Vertragsschluss zwischen B und S.....	-1-
2. Eintritt in einen bestehenden Mietvertrag.....	-1-
a) Auflassung.....	-2-
aa) Einschränkung der Vertretungsmacht aus § 181 Var. 1.....	-2-
bb) Ausnahme des Verbots aufgrund § 181 letzter Halbsatz.....	-3-
cc) Erfüllung einer Verbindlichkeit.....	-3-
(1) Eigene Willenserklärung.....	-3-
(2) Im Namen des S.....	-3-
(3) Im Rahmen der Vertretungsmacht.....	-4-
(4) Beschränkung der Vertretungsmacht durch § 181 Var. 1.....	-4-
(5) Zwischenergebnis.....	-5-
dd) Gesamtbetrachtungslehre.....	-5-
ee) Einschränkung des § 181 letzter Halbsatz – Teleologische Reduktion.....	-7-
ff) Streitentscheidung.....	-8-
gg) Ergänzungspfleger.....	-9-
hh) Zwischenergebnis – Auflassung.....	-10-
b) Eintragung in das Grundbuch.....	-10-
c) Zwischenergebnis – Eintritt in einen bestehenden Mietvertrag.....	-10-
3. Zwischenergebnis – Anspruch entstanden.....	-10-
II. Ergebnis.....	-10-
B. Anspruch R gegen M.....	-11-
I. Anspruch entstanden.....	-11-
1. Sache.....	-11-
2. R als Eigentümer.....	-11-
a) Auflassung.....	-11-
aa) Lediglich rechtlicher Vorteil.....	-12-
bb) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.....	-12-
cc) Beschränkung der Vertretungsmacht.....	-13-
(1) Gestattung.....	-13-
(2) In Erfüllung einer Verbindlichkeit.....	-13-
(3) Zwischenergebnis – Beschränkung der Vertretungsmacht.....	-15-

	III	
dd) Genehmigung.....		-16-
(1) Genehmigung durch Ergänzungspfleger.....		-16-
(2) Genehmigung durch R.....		-16-
(3) Zwischenergebnis – Genehmigung.....		-18-
ee) Zwischenergebnis – Auflassung.....		-18-
b) Eintragung in das Grundbuch.....		-18-
c) Zwischenergebnis – R als Eigentümer.....		-18-
3. M als Besitzer.....		-18-
4. Recht zum Besitz.....		-19-
5. Zwischenergebnis – Anspruch entstanden.....		-19-
II. Anspruch erloschen.....		-19-
III. Anspruch durchsetzbar.....		-19-
IV. Ergebnis.....		-19-
C. Endergebnis.....		-20-

IV  
Literaturverzeichnis ✓

- Blank, Hubert:* Mietrechtsreform im Rechtsausschuss, NZM 2001, 167.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich:* Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl., München 2016 (zit. *Brox/Walker*, BGB AT).
- Feller, Lutz:* Teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB bei nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Erfüllungsgeschäften, DNotZ 1989, 66.
- Gitter, Wolfgang/Schmitt, Jochem:* Die geschenkte Eigentumswohnung – BGHZ 78, 29, JuS 1982, 253.
- Handkommentar:* Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. *Hk-BGB/Bearbeiter*).
- Heuser, Martin:* Selbst- und Fremdbestimmung im Minderjährigenrecht, JR 2013, 125.
- Jauernig, Othmar:* Noch einmal: Die geschenkte Eigentumswohnung – BGHZ 78, 28, JuS 1982, 576.
- Jauernig, Othmar:* Bürgerliches Gesetzbuch (Hrsg. Rolf Stürner), 16. Aufl., München 2015 (zit. *Jauernig/Bearbeiter*).
- Keller, Christoph:* Grundstücksschenkung an Minderjährige, JA 2009, 561.
- Köhler, Helmut:* Grundstücksschenkung an Minderjährige – ein „lediglich rechtlicher Vorteil?“, JZ 1983, 225.
- Köhler, Helmut:* BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl., München 2016 (zit. *Köhler*, BGB AT).
- Lange, Heinrich:* Schenkungen an beschränkt Geschäftsfähige und § 107 BGB, NJW 1955, 1339.
- Löhnig, Martin:* Allgemeines Zivilrecht – Schenkung an Minderjährige, JA 2002, 466.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,*  
(Hrsg. Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg), München (zit. *MünchKomm/Bearbeiter*)
- Band 1, §§ 1-240, 7. Aufl. 2015
  - Band 7, §§ 854-1296, 7. Aufl. 2017
  - Band 9, §§ 1589-1921, 7. Aufl. 2017
- Palandt,* Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017 (zit. *Palandt/Bearbeiter*).
- Schön, Wolfgang:* Zur Analogiefähigkeit des § 571 BGB, JZ 2001, 119.
- Staudinger, Julius von:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 562-580a), Neubearbeitung 2014, Berlin 2014 (zit. *Staudinger/Bearbeiter*)
- Stutz, Michael:* Der Minderjährige im Grundstücksverkehr, MittRhNotK 1993, 205



## A. Anspruch des S gegen B

S könnte gegen B einen Anspruch auf Entrichtung der Miete gemäß § 533 II BGB<sup>1</sup> haben. ✓

### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein. Dies setzt einen wirksamen Mietvertrag (§ 535) zwischen B und S voraus. ✓

#### 1. Vertragsschluss zwischen B und S

Der Abschluss eines Mietvertrags erfordert zwei übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen, Angebot und Annahme.

Weder S noch B <sup>haben</sup> hat ein Angebot an den jeweils anderen abgegeben. Ein Vertragsschluss hat nicht stattgefunden.

#### 2. Eintritt in einen bestehenden Mietvertrag

S könnte gemäß § 566 I in einen zwischen M und B bestehenden Mietvertrag eingetreten sein. Hierfür müsste der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an den Dritten veräußert worden sein. Zudem besagt die amtliche Überschrift der Norm, dass der Kauf nicht die Miete breche und lässt somit Raum für den möglichen Rückschluss, dass lediglich ein Kaufvertrag Kausalgeschäft des § 566 sein könnte. Jedoch wird allgemein angenommen, dass diese Überschrift ungenau und unzutreffend ist.<sup>2</sup> Zum einen spiele es keine Rolle, welches Grundgeschäft der Eigentumsübertragung zugrunde liege. Zum anderen ziele die in § 566 gemeinte Veräußerung lediglich auf die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums ab.<sup>3</sup> Inhalt der in § 566 I beschriebenen Veräußerung und somit weitere Voraussetzungen des § 566 I sind die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch (§§ 873 I, 925 I). ✓ ✓ ✓

Ursprünglich bestand ein Mietvertrag zwischen M, der Eigentümerin der „Parzelle A“, und B. M könnte das Eigentum an dem Grundstück durch eine wirksame Auflassung und die Eintragung des S als Eigentümer nach §§ 873 I, ~~914~~ 915 I des Grundstücks an S verloren haben. ✓

Alt 1

<sup>1</sup> Alle nicht anders benannten §§ sind solche des BGB.

<sup>2</sup> Schön, JZ 2001, 119; Blank, NZM 2001, 167/169.

<sup>3</sup> Staudinger/Emmerich, § 566 Rn. 26.

**a) Auflassung**

Für die Auflassung erforderlich ist eine Einigung der beiden Vertragsparteien in Anwesenheit eines Notares. Ein Zwang zur notariellen Beurkundung dieser Erklärung oder zur Schriftform ist hier nicht gegeben.<sup>4</sup> ✓

M hat vor dem Notar erklärt, dass sie dem S das Grundstück überlassen möchte. In dieser Erklärung ist ein Angebot zu sehen. Für eine wirksame Einigung müsste S dieses Angebot angenommen haben; er selbst hat jedoch keine Willenserklärung abgegeben. ✓

Fraglich ist, ob S bei dieser Einigung von M gemäß § 164 I 1 wirksam vertreten wurde. Voraussetzung hierfür ist eine eigene Willenserklärung der M, die sie im Namen des S und im Rahmen ihrer Vertretungsmacht abgegeben hat.<sup>5</sup> ✓

M müsste eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. In Abgrenzung zur Botenschaft steht hier maßgeblich der Entscheidungsspielraum, der nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen ist. M hat das von ihr selbst unterbreitete Angebot angenommen. Hieraus wurde ein Entscheidungsspielraum der M deutlich. ✓

Ein objektiver Empfänger musste davon ausgehen, dass M eine eigene Willenserklärung abgegeben hat.

M hat die Willenserklärung ausdrücklich im Namen des S abgegeben.

M müsste im Rahmen ihrer Vertretungsmacht gehandelt haben. In Frage kommt hier die gesetzliche Vertretungsmacht aus §§ 1626 I 1, 1629 I 1.

M ist die Mutter von S und somit zur gesetzlichen Vertretung des S berechtigt.

Zudem fällt der verwitweten M das Recht zur Alleinvertretung zu.<sup>6</sup> / 1629 I 3!  
1680

**aa) Einschränkung der Vertretungsmacht aus § 181 Var. 1**

§ 1629 I 3!  
§ 1680

Die gesetzliche Vertretungsmacht der M könnte jedoch wegen der Vornahme eines Insihgeschäfts gemäß § 181 Var. 1 ausgeschlossen sein. Dies ist der Fall, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft vornimmt und ihm dies nicht gestattet wurde. Im vorliegenden Fall hat M im Namen des S mit sich ein Rechtsgeschäft, die Auflassung, vorgenommen.

Ein Insihgeschäft im Sinne des § 181 Var. 1 wurde somit abgeschlossen. ✓

<sup>4</sup> Palandt/Herrler, § 925 Rn. 3.

<sup>5</sup> Vgl. Brox/Walker, BGB AT, § 24 Rn. 517 ff..

<sup>6</sup> Vgl. Palandt/Götz, § 1629 Rn. 8.

Fehlt: § 925 erfordert keine höchstpersönliche Anwesenheit

Kette:

|| 1629 II, 1795 II, 181

Kette: §§ 1629 II, 1795 II, 181

Fehlt:  
weitere Ausnahmen:

- teleologische  
Reduktion des § 181  
bei lediglich rechtlich  
vorteilhaften  
Geschäften, hier (-)

- Gestattung, hier (-)

### bb) Ausnahme des Verbotes aufgrund § 181 letzter Halbsatz

Das Inlichgeschäft könnte jedoch aus § 181 letzter Halbsatz erlaubt sein. Bedingung hierfür ist, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um eine Verbindlichkeit des Vertretenen gegenüber dem Vertreter oder den umgekehrten Fall handelt.<sup>7</sup>

### cc) Erfüllung einer Verbindlichkeit

Fraglich ist, ob dem Inlichgeschäft eine Verbindlichkeit zugrunde liegt. Eine solche könnte in einem wirksamen Schenkungsvertrag gemäß § 516 I bestehen. Ein wirksamer Schenkungsvertrag setzt eine Zuwendung des einen aus dessen Vermögen und eine daraus resultierende Bereicherung eines anderen voraus. Zudem müssen sich beide Parteien geeinigt haben, dass diese Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

M wollte einen Teil ihres Privatvermögens dem S unentgeltlich zuwenden, um diesen zu bereichern. Es müsste jedoch eine Einigung zwischen M und S erfolgt sein.

M müsste ein Angebot abgegeben haben.

Ein Angebot ist in ihrer Handlung, den Schenkungsvertrag zu schließen, zu erkennen.

S müsste dieses Angebot angenommen haben.

S selbst hat keine Willenserklärung abgegeben. Er könnte jedoch wirksam durch M gemäß § 164 I vertreten worden sein.

#### (1) Eigene Willenserklärung

M müsste eine eigene Willenserklärung abgegeben haben.

Sie hat ihr eigenes Vertragsangebot angenommen und somit offensichtlich einen Entscheidungsspielraum gehabt.

Folglich hat M eine eigene Willenserklärung abgegeben.

#### (2) Im Namen des S

M hat den Vertrag auch ausdrücklich im Namen des S abgeschlossen.

Fehlen:  
-Zulässigkeit  
-Anwendbarkeit

✓ Zulässigkeit  
✓ Anwendbarkeit

<sup>7</sup> Hk-BGB/Dörmer, § 181 Rn. 10.

**(3) Im Rahmen der Vertretungsmacht**

M ist, wie bereits oben geklärt, als Mutter des S nach §§ 1626 I 1, 1629 I<sup>3</sup> zur gesetzlichen Vertretung befugt und ist ebenso zur Alleinvertretung berechtigt.<sup>8</sup>

§§ 1795 II, 1629 II

**(4) Beschränkung der Vertretungsmacht durch § 181 Var. 1** // 1795 II, 1629 II

Fraglich ist jedoch, ob M wiederum in dem Abschließen des Schenkungsvertrages in ihrer Vertretungsmacht beschränkt war (§ 181 Var. 1). Bedingung hierfür ist ein Vertragsschluss des Vertreters im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen.

M hat im Namen des S mit sich im eigenen Namen den Schenkungsvertrag abgeschlossen. Sie hat ein Insihgeschäft im Sinne des § 181 Var. 1 durchgeführt.

Das Kausalgeschäft dient nicht der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Eine Ausnahme nach § 181 letzter Halbsatz kommt somit nicht in Betracht. ✓

Eine weitere Ausnahme des Verbots könnte sich jedoch aus einer teleologischen Reduktion des § 181 ergeben. ✓

Zwar ist dem Wortlaut nach jegliche Selbstkontrahierung abseits der Erfüllung einer Verbindlichkeit verboten, jedoch lässt der Sinn und Zweck der Norm auf eine Lücke schließen. Grundsätzliches Ziel des § 181 ist der Schutz des Vertretenen vor den Gefahren, die sich aus einer möglichen Interessenskollision bei einer Selbstkontrahierung ergeben könnten.<sup>9</sup> Diese könnten entstehen, da der Vertreter sowohl seine, als auch die Interessen des Vertretenen wahren und abwägen muss und so eine unzumutbare Aufgabe zu erfüllen hat. Eine solche Interessenskollision kann bei typisch gefahrlosen Geschäften nicht auftreten und der Vertretene ist hier nicht schützenswert. Da diese Art von Geschäften somit nicht den Sinn und Zweck des § 181 Var. 1 erfüllen, lässt dieser sich soweit teleologisch reduzieren, dass er sich nur auf Geschäfte mit Interessenskollision bezieht.<sup>10</sup> Ob ein Rechtsgeschäft ein solch gefahrloses ohne Interessenskollision ist, richtet sich danach, ob es dem Vertretenen einen lediglich rechtlichen Vorteil bringt.<sup>11</sup> ✓

Der § 181 Var. 1 könnte somit auf das durchgeführte Insihgeschäft der M nicht anwendbar sein. Voraussetzung hierfür ist, dass der Abschluss dieses Vertrages einen lediglich rechtlichen Vorteil birgt. ✓

<sup>8</sup> Siehe Fn. 6.

<sup>9</sup> Brox/Walker, BGB AT, § 26 Rn. 586.

<sup>10</sup> MünchKomm-BGB/Schramm, § 181 Rn. 29.

<sup>11</sup> Brox/Walker, BGB AT, § 26 Rn. 592.

nicht intern auf Fußnoten  
verweisen -> Fußnote dann  
exakt hinschreiben;  
darüber hinaus: Fußnote  
wegen Gesetzestext  
überflüssig

(nicht intern auf Fußnote verweisen -> Fußnote  
dann exakt hinschreiben)  
-> darüber hinaus Fußnote wg.  
Gesetzestext überflüssig

Bei der Prüfung eines lediglich rechtlichen Vorteils (§ 107) ist allein auf die rechtlichen Folgen des Geschäfts abzustellen. Eine wirtschaftliche Betrachtung findet nicht statt.<sup>12</sup>

Bei der Schenkung handelt es sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag. Ein solcher Vertrag beinhaltet einen lediglich rechtlichen Vorteil für die Partei, die sich nicht verpflichtet.<sup>13</sup>

S hat sich durch den Schenkungsvertrag nicht verpflichtet und hat somit nur einen lediglich rechtlichen Vorteil erworben.

Die Vertretungsmacht der M wurde somit nicht aufgrund des § 181 beschränkt.

### (5) Zwischenergebnis

M hat S bei dem Abschluss des Schenkungsvertrages somit wirksam vertreten.

Zudem wurde der Formzwang der notariellen Beurkundung (§§ 518 I 1, 311b I 1) befolgt. Ein wirksamer Schenkungsvertrag wurde abgeschlossen.

Ergebnis hieraus ist, dass dem Insihgeschäft ein wirksames Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt und dieses somit nach § 181 letzter Halbs. legitimiert ist.

### dd) Gesamtbetrachtungslehre

M könnte jedoch aufgrund einer sogenannten Gesamtbetrachtung<sup>14</sup> bei Abschluss des Schenkungsvertrages den S nicht wirksam vertreten haben. Wie bereits oben geklärt, konnte die mit der gesetzlichen Vertretungsmacht (§§ 1626 I 1, 1629 I 1) befugte M den S im Abschluss des Kausalgeschäfts vertreten, da der § 181 Var. 1 teleologisch auf nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte reduziert werden konnte. Der Schenkungsvertrag erfüllt diesen Anspruch nicht.<sup>15</sup>

Nach der Gesamtbetrachtungslehre ist hier jedoch bei der Prüfung, ob die Schenkung lediglich rechtlich vorteilhaft ist, eine Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages von Nöten.<sup>16</sup> Anwendbar ist diese spezielle Betrachtung im Falle einer Schenkung von Seiten des gesetzlichen Vertreters an einen über sieben Jahre alten Minderjährigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen.<sup>17</sup> M ist gesetzliche Vertreterin des bei

112, 106 §§ 2, 106 analog

<sup>12</sup> Palandt/Ellenberger, § 107 Rn. 2.

<sup>13</sup> Brox/Walker, BGB AT, § 12 Rn. 275.

<sup>14</sup> BGHZ 78, 28. konkrete Seite, auf die Du Dich bezieht?

<sup>15</sup> Siehe Fn. 13.

<sup>16</sup> BGHZ 78, 28 ff..

<sup>17</sup> BGHZ 78, 28.

konkrete Seite, auf die Du Dich beziehst?

Vertragsschluss 17 Jahre alten S und beabsichtigte eine Schenkung über ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück. Die Voraussetzungen sind somit erfüllt.

Isoliert betrachtet bringt der Schenkungsvertrag dem S einen lediglich rechtlichen Vorteil. Doch dies ist irrelevant, sofern mit dem dinglichen Rechtsgeschäft rechtliche Nachteile verbunden sind. Das Grundgeschäft würde im Wege einer wertenden Betrachtung unmittelbar rechtlich nachteilig werden.<sup>18</sup> Fraglich ist also, ob die Übertragung des Eigentums an der „Parzelle A“ für den S nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Das trifft auf solche Geschäfte zu, in deren Folge der Minderjährige mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.<sup>19</sup>

Verpflichtungen dieser Art könnten öffentlich-rechtliche Lasten sein. Hier haftet der Minderjährige, und zwar nicht nur mit dem erworbenen Grundstück, sondern auch persönlich für Steuern, Kosten und Anliegerbeiträge.<sup>20</sup> Hierin sieht eine Mindermeinung bereits einen rechtlichen Nachteil. Zum einen könnte dem Minderjährigen durch diese Ausgaben Geld an anderer Stelle fehlen, zum anderen sei ein Weiterverkauf des Grundstücks gerade bei unattraktiven Lagen und hohen steuerlichen Lasten schwierig umzusetzen und mit erheblichen Mühen verbunden.<sup>21</sup>

Die herrschende Meinung der Literatur und die Rechtsprechung vertreten hier jedoch eine andere Auffassung. Bei solchen öffentlich-rechtlichen Lasten handele es sich um laufende Aufwendungen, die in ihrem Umfang begrenzt seien, meist aus den Erträgen des Grundstücks bestritten werden könnten und zudem typischerweise ~~nicht~~ zu einer Vermögensgefährdung eines Minderjährigen führten.<sup>22</sup> Hier werde der rechtliche Vorteil nur eingeschränkt, aber nicht aufgehoben.<sup>23</sup> Eine Genehmigung seitens der gesetzlichen Vertreter wäre hier ein reiner Formalismus, da das Ergebnis von vornherein feststünde.<sup>24</sup> In diesem Fall ist der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung zu folgen. Die von der Mindermeinung beschriebenen Probleme sind in zu wenigen Fällen

<sup>18</sup> BGHZ 78, 28; Keller, JA 2009, 561 (564).

<sup>19</sup> NJW 2005, 415 (417).

<sup>20</sup> Stutz/MittRhNotK 1993, 205 (210).

<sup>21</sup> Köhler/JZ 1983, 225; Lange, NJW 1955, 1339.

<sup>22</sup> Brox/Walker, BGB AT, § 12 Rn. 276; NJW 2005, 415 (418).

<sup>23</sup> Palandt/Ellenberger, § 107 Rn. 4.

<sup>24</sup> NJW 2005, 415.

zutreffend, dass sie eine derartige Einschränkung der Möglichkeit einer Grundstücksschenkung rechtfertigen könnten.

Somit ergibt sich aus den öffentlich-rechtlichen Pflichten kein rechtlicher Nachteil.

Dieser könnte jedoch aus der Tatsache, dass dem S ein Mehrfamilienhaus mit vermieteten Wohnungen übereignet werden soll, ergeben.

In diesem Fall haftet der Erwerber für seine Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen.<sup>25</sup> Dieses kann durch etwaige Pflichten, wie zur Renovierung oder zum Aufwendungsersatz nach § 536a deutlich stärker belastet werden.

Ein rechtlicher Nachteil ist somit entstanden.

Im Ergebnis ist zwar das Verpflichtungsgeschäft für den S lediglich rechtlich vorteilhaft, das Verfügungsgeschäft jedoch nicht. Nach einer Gesamtbetrachtung beider Verträge ist die Schenkung somit nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Das Verbot des Insichgeschäfts gemäß des bereits teleologisch reduzierten § 118 Var. 1 greift hier.

M war in diesem Fall nicht befugt, den S zu vertreten.

#### ee) **Einschränkung des § 181 letzter Halbsatz – Teleologische Reduktion**

Nach einer anderen Ansicht kann der letzter Halbsatz des § 181 jedoch auch auf eine andere Weise eingeschränkt werden. Wie bereits oben erwähnt, besteht der Sinn und Zweck des § 181 darin, den Vertretenen vor den Gefahren einer Interessenskollision zu schützen.<sup>26</sup> Der letzte Halbsatz der Norm mache von dem Verbot des Insichgeschäfts eine Ausnahme, da in dem eine ohnehin bestehende Verpflichtung erfüllendes Geschäft keine Interessenskollision zu sehen sei. Jedoch bedeute dies auch, dass nach § 107 für Minderjährige nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Erfüllungsgeschäfte durchgeführt werden könnten. Diese problematische Lücke soll durch eine teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz geschlossen werden.<sup>27</sup> Im gegebenen Fall einer Schenkung an einen Minderjährigen wäre die Ausnahmvorschrift soweit teleologisch zu reduzieren, dass die Ausnahme des Verbots des Insichgeschäfts nach § 181 letzter Halbsatz

<sup>25</sup> Brox/Walker, BGB AT, § 12 Rn. 276.

<sup>26</sup> Siehe Fn. 9.

<sup>27</sup> Jauernig, JuS 1982, 576. Seite ? Seite?

nur bei einer lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Erfüllungsgeschäfts für den Minderjährigen anzuwenden ist.<sup>28</sup>

Im vorliegenden Fall ist zwar das Verfügungsgeschäft für den S nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (s.o.).

Gemäß des teleologisch reduzierten § 181 letzter Halbsatz handelt es sich also um ein verbotenes Insichgeschäft. ✓ → *Auflassung bzgl.*

M hatte somit keine Vertretungsmacht.

-> bzgl. Auflassung

#### ff) Streitentscheidung

Zur Antwort auf die Frage, ob der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen das Kind bei der Auflassung wirksam vertreten kann, gibt es wie aufgezeigt drei wesentliche Lösungswege und Ansichten. Diese drei Ansichten (Trennungslösung, Gesamtbetrachtungslehre und die teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz) sind nicht nebeneinander anzuwenden. Somit bedarf es einer Streitentscheidung.

In dem Ergebnis unterscheiden sich nur die Trennungslösung auf der einen Seite sowie die Gesamtbetrachtungslehre und die teleologische Reduktion auf der anderen. Die Idee der strikten Anwendung des § 181 letzter Halbsatz ist das Leitbild der wohlwollenden Schenkung. Ein rechtlicher Nachteil wird eingeeignet und für das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft getrennt festgestellt, um dem vermutlichen wirtschaftlichen Vorteil des Empfängers mehr Platz einzuräumen.<sup>29</sup> Begründet werden kann dieses „elegante Jonglierspiel mit den Bällen des § 107 und § 181“<sup>30</sup>, welches auch von dem Bundesgerichtshof unterstützt wurde<sup>31</sup>, im Hinblick auf die Privatautonomie der Bürger und deren Ziel des Vermögenszuwachses. Das mögliche Ergebnis dieser Ansicht, dass ein Minderjähriger durch eine Selbstkontrahierung seines gesetzlichen Vertreters mit einem nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Verfügungsgeschäft belastet werden kann, unterläuft jedoch den durch § 107 bezweckten Minderjährigenschutz.<sup>32</sup> ✓

Ein Ergebnis, das hingegen mit dem Minderjährigenschutz vereinbar ist, wird sowohl durch die Gesamtbetrachtungslehre, als auch durch eine teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz erreicht. Beide Ansichten unterscheiden ✓

<sup>28</sup> Feller, DNotZ 1989, 75.

<sup>29</sup> Lange, NJW 1955, 1339.

<sup>30</sup> Lange, NJW 1955, 1339.

<sup>31</sup> BGHZ 15, 168.

<sup>32</sup> Heuser, JR 2013, 125; Gitter/Schmitt, JuS 1982, 253 (256).



sich jedoch in ihrer Herangehensweise. Die Gesamtbetrachtung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft<sup>33</sup> wurde stark kritisiert. Man hielt sie für unvereinbar mit dem Gesetz.<sup>34</sup> Dies hatte zwei Gründe. Zum einen, da die Lehre dem Wortlaut des § 107 nicht entspreche, der von „einer Willenserklärung“ spricht, nicht von zweien oder mehreren.<sup>35</sup> Zum anderen wurde ihre Legitimität vor allem durch den Verstoß gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip bestritten, da das Kausalgeschäft unmittelbar Einfluss auf das Verfügungsgeschäft nehme. Entgegnet wurde, dass die beiden Geschäfte nicht verknüpft werden, sondern lediglich eine wertende Betrachtung stattfindet.<sup>36</sup>

Schon!

schön!

Schlussendlich ist festzustellen, dass die teleologische Reduktion des § 108 letzter Halbsatz die vorzugswürdige Variante der dreien ist. Ihre Anwendung konzentriert sich auf die Auffassung, in der der Vertretene erst und allein einen Nachteil erleidet.<sup>37</sup> Sie ergibt zudem das dem Minderjährigenschutz zuträgliche Ergebnis mit einer mit dem elementaren Trennungs- und Abstraktionsprinzip übereinstimmenden Anwendung. Des Weiteren wechselte der Bundesgerichtshof ebenfalls in seiner Rechtsprechung von der Gesamtbetrachtungslehre zu der isolierten Betrachtung allein des dinglichen Erwerbsgeschäfts.<sup>38</sup>

In der Falllösung wird somit nun mit dem Ergebnis der teleologischen Reduktion des § 181 letzter Halbsatz unter ee) fortgefahren.

### gg) Ergänzungspfleger

Ein Ergänzungspfleger könnte gemäß § 1909 zur Vertretung des S erforderlich gewesen sein oder das Insichgeschäft genehmigt haben. Die Vertretung des Minderjährigen durch den Ergänzungspfleger ist erforderlich, wenn es um Angelegenheiten geht, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind. Eine Genehmigung des bereits getätigten Insichgeschäfts ist durch den durch das Familiengericht bestellten Ergänzungspfleger ebenfalls möglich.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> BGHZ 78, 28 ff.

<sup>34</sup> Jauernig, JuS 1982, 576.

<sup>35</sup> Löhnig, JA 2002, 466.

<sup>36</sup> Keller, JA 2009, 561 (564).

<sup>37</sup> Siehe Fn. 31.

<sup>38</sup> NJW 2010, 3643. — *Konkrete Seite?* **konkrete Seite?**

<sup>39</sup> MünchKomm/Schubert, § 181 Rn. 62.

Bei einer Verhinderung des gesetzlichen Vertreters durch § 181 ist die Voraussetzung des § 1909 erfüllt.<sup>40</sup>

Eine Vertretung des S durch einen Ergänzungspfleger war somit erforderlich. Dieser wurde jedoch nicht hinzugezogen. Eine Genehmigung seinerseits fand ebenfalls nicht statt.

#### hh) Zwischenergebnis Auflassung

Weder konnte M den S bei der Auflassung wirksam vertreten, noch wurde zum Abschluss oder zur Genehmigung dieses ein deswegen erforderlicher Ergänzungspfleger hinzugezogen. Die Auflassung ist somit nicht wirksam erfolgt.

#### b) Eintragung in das Grundbuch

Fraglich ist, ob S gemäß § 873 wirksam als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde.

S wurde als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, jedoch ging dem keine wirksame Auflassung voraus (s.o.). Zwar kann der Grundbucheintrag auch vor der nötigen Einigung erfolgen, jedoch muss eine wirksame Auflassung folgen, damit der Grundbucheintrag ex nunc richtig wird.<sup>41</sup> Dies ist hier nicht geschehen.

S wurde somit nicht wirksam als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

#### c) Zwischenergebnis – Eintritt in einen bestehenden Mietvertrag

Es hat weder eine wirksame Auflassung zwischen M und S stattgefunden, noch wurde S als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Somit sind die Voraussetzungen der in dem § 566 I beschriebenen Veräußerung nicht erfüllt worden. Eine Veräußerung fand nicht statt. M hat das Eigentum an der „Parzelle A“ nicht an S verloren.

Doch, aber das begründet auch nicht Eigentum!

*doch, aber*

*begründet auch nicht*

*Eigentum!*

### 3. Zwischenergebnis Anspruch entstanden

Es ist kein wirksamer Mietvertrag zwischen B und S gemäß § 535 zustande gekommen.

Ein Anspruch ist somit nicht entstanden.

## II) Ergebnis

Somit hat S gegen B keinen Anspruch auf Entrichtung der Miete nach § 533 II.

<sup>40</sup> MünchKomm-BGB/Schwab, § 1909 Rn. 19.

<sup>41</sup> Palandt/Kohler, § 873 Rn. 108.

**B. Anspruch R gegen M**

R könnte gegen M gemäß § 985 einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks haben.

**I. Anspruch entstanden**

Der Anspruch müsste entstanden sein. Dies ist der Fall, wenn R im Zeitpunkt des Herausverlangens Eigentümer einer Sache ist, diese sich in Besitz der M befindet und sie kein Recht zum Besitz nach § 986 hat.

**1. Sache**

Es müsste sich um eine Sache nach § 90 handeln. Gemeint sind dort allein körperliche Gegenstände. Ein Grundstück ist ein solcher Gegenstand und somit eine Sache nach § 90.

**2. R als Eigentümer**

Fraglich ist, ob R Eigentümer des Grundstücks ist.

Ursprünglich war M Eigentümerin des Grundstücks. Sie könnte das Eigentum an der „Parzelle B“ jedoch verloren haben. In Betracht kommt eine Übereignung des Grundstücks gemäß §§ 873 I, 925 I. Diese setzt eine Einigung über den Eigentumsübergang zwischen M und R, sowie die Eintragung des R als Eigentümer in das Grundbuch voraus.

**a) Auflassung**

Fraglich ist, ob eine Einigung im Sinne des § 925 zwischen M und R wirksam zustande gekommen ist. Voraussetzung für diese Einigung sind zwei übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen, Angebot und Annahme, bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragspartner.

M und R erklärten zusammen vor dem anwesenden Notar die Auflassung. Eine Einigung ist darin zu sehen.

Die dem Vertrag zugrundeliegende Willenserklärung des R könnte jedoch unwirksam sein infolge einer fehlenden Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters gemäß §§ 108 I, 107.

Nach §§ 107, 106 bedarf jede Willenserklärung, die ein beschränkt Geschäftsfähiger abgibt und durch die er nicht einen lediglich rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Beschränkt geschäftsfähig sind nach §§ 2, 106 Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben.

R war bei Abgabe der Willenserklärung 17 Jahre alt und somit beschränkt geschäftsfähig.

#### aa) Lediglich rechtlicher Vorteil

Fraglich ist jedoch, ob seine Willenserklärung und die damit bezweckte Übereignung des Grundstücks „Parzelle B“ ihm einen lediglich rechtlichen Vorteil brachte. In Betrachtung werden hier lediglich die rechtlichen Folgen genommen. Eine wirtschaftliche Betrachtung findet nicht statt.<sup>42</sup>

Rechtsnachteile, die jedoch ein unerhebliches Gefährdungspotenzial beinhalten, gelten als unbeachtlich. Dies trifft auf solche persönlichen Verpflichtungen zu, die in ihrem Umfang und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung stark begrenzt sind (s.o.).<sup>43</sup> Die mit dem Eigentum eines Grundstücks zusammenhängenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen fallen unter diese Art der unbeachtlichen Rechtsnachteile. Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind jedoch die Lasten, für die der Minderjährige persönlich mit seinem Vermögen haften muss. R tritt als Eigentümer des Grundstücks auch als Vermieter der in dem Mehrfamilienhaus lebenden Mieter auf. Für die aus den Mietverträgen entstehenden Verpflichtungen haftet er persönlich.<sup>44</sup>

§ 566!

§ 566!

Durch seine Willenserklärung erlangt R somit keinen lediglich rechtlichen Vorteil. Sie könnte jedoch trotzdem wirksam gewesen sein, wenn nach § 107 eine Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters gegeben wurde.

#### bb) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

Nach §§ 1626 I 1, 1629 I 1 haben grundsätzlich die Eltern gemeinschaftlich die Vertretungsmacht. Bei Verwitwung des einen Partners fällt diesem das Recht zur Alleinvertretung des Kindes zu.<sup>45</sup> § 1629 I 3 § 1680

Die verwitwete M ist die Mutter des R und ist somit der gesetzlichen Vertretungsmacht ausgestattet. Wäre sie mit der Willenserklärung des R nicht einverstanden gewesen, dann hätte sie erst gar kein Angebot in Richtung des R abgegeben oder seine Annahme nicht zugelassen. Nach dem § 133 ist in dem Angebot der M somit eine konkludente Einwilligung zu sehen, die S auch als solche verstehen musste (§ 157). + § 133

+ § 133

<sup>42</sup> Palandt/Ellenberger, § 107 Rn. 1.

<sup>43</sup> NJW 2005, 415 (418). ✓

<sup>44</sup> Siehe Fn. 21.

<sup>45</sup> Palandt/Götz, § 1629 Rn. 8.

**cc) Beschränkung der Vertretungsmacht**

Diese Einwilligung könnte jedoch unwirksam sein. Das ist der Fall, wenn M ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Ein solcher Ausschluss der Vertretungsmacht könnte durch § 181 Var. 1 entstanden sein. §§ 1795 II, 1629 II, 181

Diese Norm verbietet dem Vertreter im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit sich im eigenen Namen durchzuführen, solange es ihm nicht gestattet wurde oder es nicht lediglich der Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit dient.

M unterbreitete im eigenen Namen ein Angebot, dessen Annahme sie als Vertreterin des R durch ihre Einwilligung zustimmte. Ein Insichgeschäft fand somit statt.

§ 181 auch analog  
anwendbar bei  
Einwilligung

✓  
181 auch analog  
anwendbar bei EW

**(1) Gestattung**

R könnte diese Selbstkontrahierung gestattet haben.

Das Erlauben eines Insichgeschäfts bei gesetzlicher Vertretung durch die Gestattung des Minderjährigen ist jedoch nicht vorgesehen.<sup>46</sup> ✓

**(2) In Erfüllung einer Verbindlichkeit**

Das Insichgeschäft könnte jedoch gemäß § 181 letzter Halbsatz lediglich in der Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit bestehen. Eine solche Verbindlichkeit könnte aus einem wirksamen Schenkungsvertrag entstanden sein.

Inhalt einer wirksamen Schenkung nach § 516 ist die Zuwendung des einen aus dessen Vermögen in Richtung des anderen, um diesen zu bereichern. Erforderlich ist zudem die Einigung, dass die Bereicherung des Beschenkten unentgeltlich erfolgen soll.

Ein Angebot der M ist mit dem Abschluss des Vertrages inklusive der darin enthaltenden Verpflichtung, das Grundstück schenkungsweise zu übertragen, zu sehen. R hat dieses Angebot mit seiner Zustimmung zum Vertragsabschluss angenommen. Eine Einigung ist somit gegeben. Der Vertrag erfüllte zudem die Pflicht zur notariellen Beurkundung nach §§ 518 I 1, 311b. ✓

Der Schenkungsvertrag könnte jedoch aufgrund der beschränkten Geschäftsfähigkeit des R nach §§ 107, 108 schwebend unwirksam sein.

Wie bereits festgestellt, war R bei Vertragsschluss 17 Jahre alt und somit beschränkt geschäftsfähig (s.o.). Für eine wirksame Willenserklärung des R war

<sup>46</sup> Jauernig/Mansel, § 181 Rn. 9; MünchKomm/Schubert, § 181 Rn. 82.

eine Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nötig, es sei denn, dass die Willenserklärung dem R einen lediglich rechtlichen Vorteil erbrachte. Fraglich ist also, ob die Annahme des Angebots der M lediglich rechtlich vorteilhaft war. Grundsätzlich gilt, dass der schuldrechtliche Vertrag über eine Schenkung für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, sofern er denn der Teil des einseitig verpflichtenden Vertrages ist, der sich nicht verpflichtet.<sup>47</sup> Jedoch hat sich M in dem Schenkungsvertrag ein Rücktrittsrecht sichern lassen, welches sie im Falle einer späteren Armut finanziell absichern soll. Ein solches Rücktrittsrecht könnte die rechtliche Vor- oder Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts beeinflussen.

Die von M gewählte Klausel könnte unter das gesetzliche Rückforderungsrecht des Schenkers nach § 528 fallen. Gemäß dieser Norm hat der Schenkende nach Vollzug der Schenkung im Falle, dass er außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, das Recht, von dem Beschenkten Herausgabe des Geschenks zu fordern.

Bei einer solchen Rückforderungsberechtigung nach § 528 haftet der Bereicherte nur mit dem Erworbenen selbst, da die Rückforderung auf die Herausgabe des Geschenkten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung beschränkt bleibt.<sup>48</sup> Somit wird der rechtliche Vorteil einer Schenkung durch das gesetzliche Rückforderungsrecht nicht berührt.<sup>49</sup> Fraglich ist jedoch, ob die von M eingebrachte Klausel der gesetzlichen Rückforderungsberechtigung entspricht. Etwas Anderes könnte sich durch den Zusatz, dass R im Falle eines Rücktritts alle anfallenden Kosten zu tragen habe, ergeben.

Durch diesen Zusatz wird dem R nicht hinreichend versichert, dass seine Haftung auf das unentgeltlich Zugewendete beschränkt bleibt.<sup>50</sup> Für den R könnten so über die bereicherungsrechtlichen Kosten und Pflichten hinausgehende Lasten entstehen. Bei einem Rücktritt der M könnte er z.B. für etwaige Schäden des Geschenks aufkommen müssen. Die Kosten müssten somit von seinem Privatvermögen getragen werden. Allein, wenn die Formulierung der Klausel Zweifel an einer Beschränkung auf das Zugewendete offenlässt, handelt sich nicht um einen lediglich rechtlichen Vorteil.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Siehe Fn. 13.

<sup>48</sup> NJW-RR 1998, 363.

<sup>49</sup> OLGR Köln 2003, 290.

<sup>50</sup> Vgl. BayObLGZ 2004, 86.

<sup>51</sup> BayObLGZ 2004, 86.

Seite ? Seite?

Somit war der Abschluss des Schenkungsvertrags für R nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedurfte der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach § 107. Fraglich ist, ob M eine solche Erklärung abgegeben hat.

Die Einwilligung könnte auch hier in der Abgabe des Angebots in Richtung des R und dem darin enthaltenen konkludenten Verhalten der M zu sehen sein. M hätte R dieses Angebot nicht unterbreitet, wenn sie nicht mit der Annahme des R einverstanden gewesen wäre. Hierin ist nach den §§ 133, 157 eine stillschweigende Einwilligung der M zu sehen, die S auch als solche erkennen musste.

Die Einwilligung von M könnte jedoch unwirksam sein. Dies ist der Fall, wenn M bei Erteilung dieser ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.

§ 1680

§ 1680

M hat als Mutter des R die gesetzliche Vertretungsmacht nach §§ 1626 I 1, 1629 I ~~F~~ inne und ist aufgrund dessen zur Alleinvertretung berechtigt (s.o.).<sup>52</sup> Ihre Vertretungsmacht könnte jedoch aufgrund der Vornahme eines Insichgeschäfts nach § 181 Var. 1 beschränkt gewesen sein.

analog bei Einwilligung

Auch im Verpflichtungsgeschäft hat M durch ihre Einwilligung im Namen des R mit sich im eigenen Namen ein Geschäft abgeschlossen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 181 Var. 1 sind somit erfüllt. analog bei EW  
Eine Gestattung dieses Insichgeschäfts durch den R ist ausgeschlossen (s.o.). Ebenso ist die Einschränkung des § 181 durch seinen letzten Halbsatz nicht einschlägig. Der Schenkungsvertrag kann in seiner Form als Kausalgeschäft nicht der Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen. Zumal ist dieser nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und wird somit nicht durch die teleologische Reduktion des § 181 auf rechtlich nachteilige Rechtsgeschäfte von dem Verbot des Insichgeschäfts ausgenommen.

Bei der Einwilligung zur Annahme des Angebots hatte M somit keine Vertretungsmacht. Eine wirksame Einwilligung nach § 107 hat daher nicht stattgefunden.

quasi § 177 II quasi

Der Schenkungsvertrag ist gemäß § 108 schwebend unwirksam.  
Das Insichgeschäft diente somit nicht lediglich der Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit.

### (3) *Zwischenergebnis – Beschränkung der Vertretungsmacht*

Das Insichgeschäft wurde weder durch § 181 gestattet, noch diente es der Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit.

<sup>52</sup> Siehe Fn. 39.

Das Insichgeschäft war unzulässig und M hat bei der Erklärung ihrer Einwilligung somit ohne Vertretungsmacht gehandelt. ✓

#### dd) Genehmigung

Wie festgestellt, ging der Willenserklärung des R keine wirksame Einwilligung voraus. Daraus resultiert nach § 108 I eine schwebende Unwirksamkeit des Vertrages. ✓

Die Einigung zwischen M und R könnte jedoch durch eine Genehmigung endgültig wirksam geworden sein.

#### (1) Genehmigung durch Ergänzungspfleger

Die Genehmigung des Rechtsgeschäfts könnte ein Ergänzungspfleger gemäß § 1909 abgegeben haben. Dieser muss hinzugezogen werden, wenn die gesetzlichen Vertreter an der Vertretung des Kindes nach §§ 1629 II 1 i.V. mit 1795 I Nr. 1 gehindert sind.<sup>53</sup>

he auch  
gerichtet  
einschlägig

hier auch gar  
nicht einschlägig

Im vorliegenden Fall war M aufgrund des Verbotes des Insichgeschäfts an der Vertretung gehindert. Ein Ergänzungspfleger wurde jedoch nicht hinzugezogen. Eine Genehmigung durch diesen fand somit nicht statt.

#### (2) Genehmigung durch R

Jedoch könnte R selbst das Rechtsgeschäft nach § 108 III genehmigt haben. Voraussetzung hierfür ist, dass der bei Abgabe der Willenserklärung beschränkt geschäftsfähige während des Schwebeszustandes volljährig und somit unbeschränkt geschäftsfähig wird.<sup>54</sup> Dessen Genehmigung tritt damit an die Stelle der Genehmigung des Vertreters. Eine solch rückwirkende Genehmigung nach § 184 I ist auch für die Auflassung möglich.<sup>55</sup> ✓

Zwei Tage nach seinem Eintritt in die Volljährigkeit hat R die M aufgefordert, „sein“ Haus zu verlassen. Fraglich ist, ob in dieser Aufforderung eine Genehmigung seiner der Auflassung zugrundeliegenden Willenserklärung zu sehen ist. R müsste dem Vertragspartner M die Genehmigung erteilt haben. Dies kann ausdrücklich oder konkludent geschehen sein. ✓

Grundsätzlich wird bei der konkludenten Genehmigung des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts durch den nun volljährigen vorausgesetzt, dass der Genehmigende die mögliche Deutung seines Verhaltens als Genehmigung

<sup>53</sup> NJW 2010, 3643. Seite ? Seite?

<sup>54</sup> Köhler, BGB AT, § 10 Rn. 32.

<sup>55</sup> MünchKomm/Bayreuther, § 184 Rn. 16.



bei Anwendung pfllichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können.<sup>56</sup> Zudem müsste ein objektiver Empfänger gemäß § 157 diese Willenserklärung auch als eine Genehmigung aufgefasst haben. + § 133

R wusste nichts von der schwebenden Unwirksamkeit der Auflassung und somit auch nichts von einer nötigen Genehmigung seinerseits. M konnte seine Erklärung aus diesen Gründen ebenso nicht als Genehmigung identifizieren.

Fraglich ist jedoch, ob der Sachverhalt mit dem Sinn und Zweck der genannten Voraussetzungen vereinbar ist.

Sinn und Zweck des Erfordernisses einer Genehmigung ist hauptsächlich der Schutz beider Vertragsparteien. Der Minderjährige, der aufgrund seines Alters noch nicht die weitreichenden Folgen seines Handelns überblicken kann, soll vor einem rechtlichen Nachteil geschützt werden. Dem Vertragspartner soll durch die Genehmigung in erster Linie Rechtssicherheit zugesprochen werden. Wird der ehemals Minderjährige nun volljährig und weiß nichts von einem schwebend unwirksamen Vertrag in dem er verwickelt ist, so muss er geschützt werden. Denn gibt er unbewusst eine Willenserklärung ab, die als konkludente Genehmigung des Geschäfts aufgefasst wird, so ist er auch rückwirkend durch den Vertrag verpflichtet und muss für etwaige bereits entstandene Kosten aufkommen.<sup>57</sup> Dieses Bewusstsein des nun Volljährigen, dass die Willenserklärung als Genehmigung aufgefasst werden könnte, kann jedoch nicht gefordert werden, wenn beide Parteien denken, dass sie bereits wirksam gebunden sind. Vielmehr ist hier auf den eigentlichen Sinn und Zweck des § 108 III abzustellen. Der Vertrag soll nicht *ipso jure* wirksam werden, sobald der Minderjährige 18 Jahre alt wird. Vielmehr soll der § 108 III den Volljährigen vor die Entscheidung stellen, ob er an dem Vertrag festhalten will.<sup>58</sup> Wenn eine solche Entscheidung durch eine Genehmigung erzielt werden kann, dann muss sie durch die Aufforderung, die durch das zu genehmigende Rechtsgeschäft übertragende Sache herauszugeben, ebenfalls erreicht werden können. Nach § 157 musste M die Erklärung des R somit auch als Festhalten an dem Vertrag verstehen. ✓

In der Aufforderung, „sein“ Haus zu verlassen, ist somit eine Genehmigung im Sinne des § 108 III zu sehen. ✓

<sup>56</sup> Palandt/*Ellenberger*, § 108 Rn. 4; Palandt/*Ellenberger*, § 133 Rn. 11.

<sup>57</sup> Jauernig/*Mansel*, § 184 Rn. 2.

<sup>58</sup> Palandt/*Ellenberger*, § 108 Rn. 4.

**(3) Zwischenergebnis – Genehmigung**

Die Einigung zwischen M und R wurde durch eine Genehmigung des volljährigen R wirksam.

*EW bzgl. Schenkungsvertrag als Erfüllung einer Verbindlichkeit*

Einwilligung bezüglich Schenkungsvertrag als Erfüllung einer Verbindlichkeit

-> wirksame Auflassung (+)

**ee) Zwischenergebnis – Auflassung**

*-> wirksame Auflassung (+)*

Die dem Vertrag zugrundeliegende Willenserklärung ist wirksam. Eine Einigung im Sinne des § 925 ist somit wirksam zustande gekommen.

**b) Eintragung in das Grundbuch**

Die mit der Auflassung einhergehende Änderung des Eigentümers des Grundstücks müsste zudem gemäß § 873 in das Grundbuch eingetragen worden sein.

Die zeitliche Reihenfolge von Auflassung und Grundbucheintragung ist irrelevant. Dass die Einigung der Eintragung folgen kann, zeigen die §§ 879 II, 892 II. Als Folge wird der Grundbucheintrag, solange er zwischenzeitlich nicht gelöscht oder berichtigt wurde, *ex nunc* richtig.<sup>59</sup>

Ein Anhaltspunkt für eine Berichtigung oder ein Entfernen des Eintrags ist hier nicht gegeben.

R wurde somit wirksam als Eigentümer der „Parzelle B“ in das Grundbuch eingetragen.

**c) Zwischenergebnis – R als Eigentümer**

Zwischen R und M ist eine wirksame Einigung entstanden und R wurde als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Eine wirksame Eigentumsübertragung an dem Grundstück nach §§ 873 I, 925 I wurde durchgeführt.

M hat somit das Eigentum an dem Grundstück an R verloren.

**3. M als Besitzer**

Fraglich ist, ob das Grundstück im Besitz der M ist.

Nach § 854 I hat der Besitzer einer Sache die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt. Diese Gewalt wird allgemein auch als tatsächliche Sachherrschaft bezeichnet.<sup>60</sup> Voraussetzung hierfür ist eine Machtbeziehung zur Sache, die der Person physische Einwirkungsmöglichkeiten ermöglicht.<sup>61</sup> Diese Einwirkungsmöglichkeit kann sich darin zeigen, dass der Person die Sache

<sup>59</sup> MünchKomm-BGB/Kohler, § 873 Rn. 108.

<sup>60</sup> MünchKomm-BGB/Joost, § 854 Rn. 3.

<sup>61</sup> MünchKomm-BGB/Joost, § 854 Rn. 5.

räumlich zugänglich ist, andere aber von dieser Zugänglichkeit ausgeschlossen werden können. Dieser Ausschluss der Einwirkung Dritter muss nicht nur physisch erfolgen, sondern kann auch aus Achtung vor dem Besitz des Anderen erfolgen.<sup>62</sup>

M ist als eine der Bewohner des Grundstücks dieses räumlich zugänglich. Sie hat die physische Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache.

M ist somit in Besitz des Grundstücks.

*Mitbesitz / 866*

**Mitbesitz § 866**

#### **4. Recht zum Besitz**

M dürfte kein Recht zum Besitz an dem Grundstück nach § 164 haben.

Dieses könnte sich aus einem dinglichen Recht ergeben, wie etwa den Nießbrauch, oder aus einem Vertragsverhältnis zu R, wie z.B. einem Mietvertrag.

Ein solches Recht zum Besitz ist im vorliegenden Fall jedoch nicht ersichtlich.

#### **5. Zwischenergebnis – Anspruch entstanden**

R ist im Zeitpunkt des Herausverlangens Eigentümer des Grundstücks, welches sich in Besitz der M befindet. Diese hat auch kein Recht zum Besitz.

Der Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks nach § 985 ist somit entstanden.

#### **II. Anspruch erloschen**

Der Anspruch dürfte nicht erloschen sein.

Anhaltspunkte für einen Untergang des Anspruchs sind hier nicht gegeben.

Der Anspruch ist somit nicht erloschen.

#### **III. Anspruch durchsetzbar**

Der Anspruch müsste durchsetzbar sein.

Etwaige rechtshemmende Einwendungen sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Der Anspruch ist durchsetzbar.

#### **IV. Ergebnis**

R hat gegen M einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks gemäß § 985.

<sup>62</sup> Hk-BGB/Schulte-Nölke, § 854 Rn. 4, 5.

**C. Endergebnis**

S kann von B nicht die Zahlung der fälligen Miete in Höhe von 2.500 € verlangen. R kann von M die Herausgabe des Grundstücks gem. § 985 verlangen.

**Kommentar:**

Eine wirklich gelungene Arbeit. Sie erkennen die Probleme des Falles, ordnen sie richtig ein und sehen die richtigen Schwerpunkte. Sie subsumieren sauber und der sprachliche Ausdruck überzeugt; Sie beherrschen den Gutachtenstil.

Achten Sie auf konkrete Normangaben und auch auf korrekte Fußnoten. Oft fehlt die Seite, auf die Bezug genommen wird.

Schauen Sie sich die Anmerkungen an.

Wegen kleinerer Mängel leider „nur“ 14 Punkte

# HAUSARBEIT IM GK ZIVILRECHT\*

*Prof. Dr. Gsell 2016/2017*

11 Punkte

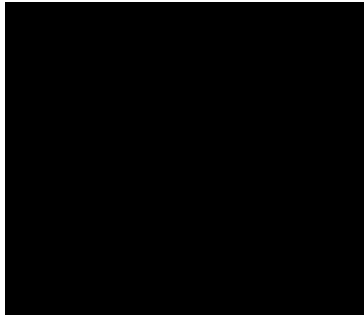
\*Für diese Hausarbeit hat Frau Prof. Dr. Gsell eine Musterlösung zur Verfügung gestellt. Unter diesem Link können alle Interessierten die Lösung einsehen:

[http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017\\_6\\_1170.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017_6_1170.pdf)

**LMU**

LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

PROF. DR. BEATE GSELL  
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, ZIVILVERFAHRENSRECHT,  
EUROPÄISCHES PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHT



**HAUSARBEIT**  
**GRUNDKURS IM ZIVILRECHT (O-Z)**

**PROF. DR. BEATE GSELL**

*LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT MÜNCHEN*

*SOMMERSEMESTER 2017*

ERSTKORREKTUR	11
ZWEITKORREKTUR	
ERGEBNIS	



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

PROF. DR. BEATE GSELL  
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, ZIVILVERFAHRENSRECHT,  
EUROPÄISCHES PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHT



## GRUNDKURS IM BÜRGERLICHEN RECHT II (O-Z)

Sommersemester 2017

Ferienhausarbeit

### Sachverhalt

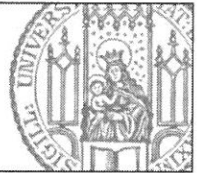
K trägt sich seit Längerem mit dem Gedanken, ein Eigenheim zu erwerben. In der Zeitung stößt er auf eine Annonce des V mit dem folgenden Inhalt: „Herrliches Eigenheim in Rosenheim zu verkaufen. Errichtung: 1975.“ Sofort nimmt K mit V Kontakt auf und sie treten in Vertragsverhandlungen. Während der Verhandlungen fragt K den V noch einmal ausdrücklich, ob 1975 auch wirklich das tatsächliche Jahr der Errichtung sei, was V postwendend bestätigt. Tatsächlich ist sich V bezüglich des Errichtungsjahres nicht sicher. V hat das Grundstück selbst nämlich erst im Jahr 2007 bezogen und hatte damals vom Verkäufer keinerlei Informationen über das Errichtungsjahr angefordert.

Nach langem Hin und Her einigen sich K und V schließlich auf einen Verkaufspreis in Höhe von 800.000 € und vereinbaren mit dem Notar N einen Termin zur Beurkundung. N legt K und V im Beurkundungstermin einen von ihm ausgearbeiteten Grundstückskaufvertrag vor, der u.a. die folgende Klausel enthält: „Der Käufer hat das Objekt besichtigt. Er kauft es im gegenwärtigen Zustand, wie es liegt und steht. Ansprüche und Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels sind ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer hat den Mangel arglistig verschwiegen.“ Während des Beurkundungstermins äußert K vor dem Notar den Wunsch, das Jahr der Errichtung mit in die Vertragsurkunde aufzunehmen. V erhebt dagegen nach Rückfrage des Notars keine Einwände. Von V und K unbemerkt unterbleibt dennoch aus im Nachhinein nicht mehr zu klärenden Gründen eine Aufnahme in die Urkunde, sodass der schließlich notariell beurkundete Grundstückskaufvertrag keinerlei Angaben zum Errichtungsjahr enthält. Das Grundstück wird aufgelassen und K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Nachdem K das Eigenheim einige Monate bewohnt hat, äußert ein Bekannter bei einem Besuch, dass es sich bei dem Haus keinesfalls um einen 70er-Jahre-Bau handeln könne. K stellt daraufhin Nachforschungen an, bei denen sich schließlich herausstellt, dass das Haus im Jahr 1952 gebaut wurde und deshalb rund 150.000 € weniger wert ist als ein entsprechender 70er-Jahre Bau. K fühlt sich betrogen und verlangt von V Zahlung der 150.000 €.

**Zu Recht?**

**Bearbeitervermerk:**

**LMU**LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHENPROF. DR. BEATE GSELL  
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, ZIVILVERFAHRENSRECHT,  
EUROPÄISCHES PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHT

Im Gutachten ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

**Formalia:**

Der Umfang der Ausarbeitung darf **exklusive** Deckblatt, Gliederung, Literaturverzeichnis und Eigenständigkeitserklärung 33.000 Zeichen (**inkl.** Leerzeichen und Fußnoten) nicht überschreiten. Es ist ein Zeilenabstand von 1,5, eine Skalierung von 100 % und eine Schriftgröße von 12 (für Fußnoten 10) zu verwenden. Der Rand hat oben, unten und links 1,5 cm, rechts 6 cm zu betragen.

**Plagiatsprüfung:**

Die Hausarbeit wird mit der Software „Ephorus“ auf Plagiate überprüft. Hierzu ist eine elektronische Version der Hausarbeit **ohne** Sachverhalt, Gliederung und Literaturverzeichnis als Word-Dokument (\*.doc, \*.docx) unter <https://student.ephorus.com/students/> hochzuladen. Der Code wird auf der Homepage des Lehrstuhls bekanntgegeben. Die Bestätigung über den erfolgreichen Upload ist der Hausarbeit ausgedruckt beizufügen. Der Upload muss vor der Abgabe der Hausarbeit erfolgen. Wenn Sie privat kein Microsoft Office verwenden, besteht die Möglichkeit zur kostenfreien Nutzung in den Computerräumen der LMU.

**Abgabe:**

Die Hausarbeit ist mit ausgedruckter Ephorus-Bestätigung bis zum 24.4.2017, 12.00 Uhr im Sekretariat des Lehrstuhls Professor Gsell, Raum T115, Prof.- Huber-Platz 2, 80539 München abzugeben oder per Post an Ludwig-Maximilians-Universität München, Juristisches Seminar, Lehrstuhl Prof. Dr. Gsell, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München mit Poststempel spätestens vom 24.4.2017 zu senden (kein Freistempler).



### III

#### Gliederung

<b>A. Anspruch des K gegen V aus § 441 IV i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 I 1 BGB.....</b>	<b>1</b>
I. Vorliegen eines Minderungsrechts .....	1
1. Eingangsvoraussetzungen von § 437 .....	1
a) Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrags, § 433 I.....	1
aa) Invitatio ad offerendum .....	1
bb) Einigung .....	1
cc) Form .....	2
dd) Zwischenergebnis .....	2
b) Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, §§ 434 I 1, 446 .....	2
aa) Sachmangel .....	3
(1) Baujahr als Beschaffenheit .....	3
(2) Vorliegen eines Sachmangels i.S.d. § 434 I 1 .....	3
(3) § 434 I 2.....	5
(4) Zwischenergebnis .....	6
bb) Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, § 446.....	6
cc) Zwischenergebnis .....	6
c) Kein Ausschluss der Mängelhaftung .....	7
aa) §§ 306 II, 305 I.....	7
bb) § 475 I .....	7
cc) § 444 Alt. 1 .....	7
dd) Gesetzlicher Ausschluss.....	8
d) Zwischenergebnis .....	9
2. Rücktrittsrecht, §§ 326 V, 323 .....	9
a) Gegenseitiger Vertrag .....	9
b) Schlechtleistung .....	9
c) Entbehrlichkeit einer Fristsetzung.....	9
aa) § 326 V .....	9
(1) Nacherfüllungsanspruch .....	9

## IV

(a) Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs, § 275 I .....	10
(aa) Unmöglichkeit der Nachbesserung .....	10
(bb) Unmöglichkeit einer Ersatzlieferung .....	10
(b) Zwischenergebnis .....	10
(2) Zwischenergebnis .....	10
bb) Zwischenergebnis .....	10
d) Zwischenergebnis .....	10
3. Kein Ausschluss, § 441 I .....	10
4. Kein Ausschluss, §§ 438 V, 218 .....	11
5. Wirksame Minderungserklärung, § 441 I 1 .....	11
II. Rechtsfolgen .....	12
1. Minderungsberechnung .....	12
2. Rückzahlungsanspruch .....	12
III. Ergebnis .....	12
<b>B. Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung .....</b>	<b>12</b>
I. Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrags .....	12
II. Wegen Unmöglichkeit ausgeschlossener Nacherfüllungsanspruch .....	12
1. Sachmangel, § 434 .....	12
2. Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs .....	13
3. Kein Ausschluss der Mängelrechte .....	13
4. Unmöglichkeit der Nacherfüllung .....	13
III. Anfängliche Unmöglichkeit .....	13
IV. Vertretenmüssen .....	13
V. Kleiner Schadensersatz .....	13
VI. Ergebnis .....	14
<b>C. Anspruch des K gegen V auf Zahlung von 150.000 € aus §§ 280 I, 311 II, 241 II .....</b>	<b>14</b>
I. Anwendbarkeit .....	14
II. Vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.d. § 311 II .....	15
III. Pflichtverletzung .....	15

IV. Vertretenmüssen, § 280 I 2 .....	16
V. Rechtsfolge .....	16
VI. Ergebnis .....	16
<b>D. Gesamtergebnis .....</b>	<b>16</b>

**Literaturverzeichnis**

- Bamberger, Heinz G.  
Roth, Herbert (Hrsg.)  
Bürgerliches Gesetzbuch Band 1, Kommentar, 3 Aufl.,  
München 2012 (zitiert als: *Bamberger/Roth/Bearbeiter*).
- Brox, Hans  
Walker, Wolf Dietrich  
Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl., München 2017 (zitiert als:  
*Brox/Walker*, Allg. Schuldrecht).
- Emmerich, Volker  
BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Aufl., München 2015  
(zitiert als: *Emmerich*, BGB-Schuldrecht BT).
- Fikentscher, Wolfgang  
Heinemann, Andreas  
Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006 (zitiert als: Hirsch,  
*Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht).
- Grigoleit, Christoph  
Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierungen in  
§ 434 I BGB, in: JuristenZeitung 2003, 233 ff. (zitiert als:  
*Grigoleit*, JZ 2003).
- Harke, Jan Dirk  
Besonderes Schuldrecht, Berlin 2011(zitiert als: *Harke*,  
Schuldrecht BT).
- Hirsch, Christoph  
Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., Baden-Baden 2016  
(zitiert als: *Hirsch*, Schuldrecht BT).
- Jauernig, Othmar  
Stürner, Rolf (Hrsg.)  
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 16. Aufl., München  
2015 (zitiert als: *Jauernig/Stürner/Bearbeiter*).
- Köhler, Helmut  
BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl., München 2016 (zitiert als:  
*Köhler*, BGB AT).

## VII

- Kunkel, Achim  
Zu bestimmten Aspekten des Sachmangels, der Haltbarkeits-  
Garantie und der Nacherfüllung, Dissertation, 13.02.2006  
(zitiert als: *Kunkel*, <https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/frontdoor/index/index/year/2006/docId/1440>).
- Looschelders, Dirk  
Schuldrecht Besonderer Teil, 11. Aufl., München 2016  
(zitiert als: *Looschelders*, Schuldrecht BT).
- Medicus, Dieter  
Lorenz, Stephan  
Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl., München 2015  
(zitiert als: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I).
- Medicus, Dieter  
Lorenz, Stephan  
Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. Aufl., München 2017  
(zitiert als: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II).
- Palandt, Otto (Begr.)  
Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 76. Aufl.,  
München 2017 (zitiert als: *Palandt/Bearbeiter*).
- Säcker, Franz Jürgen  
Rixecker, Roland (Hrsg.) u.a.  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2  
7. Aufl., München 2016 (zitiert als: *MünchKomm-BGB 2/  
Bearbeiter*).
- Säcker, Franz Jürgen  
Rixecker, Roland (Hrsg.) u.a.  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Band 3, 7. Aufl., München 2016 (zitiert als:  
*MünchKomm-BGB 3/Bearbeiter*).
- Schulze, Reiner  
Dörner, Heinrich u.a.  
NomosHandkommentar BGB, 9. Aufl., Baden-Baden  
2016 (zitiert als: *Schulze/Dörner//Bearbeiter*).
- Staudinger, von Julius  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB –  
Buch 2, 12. Aufl., Berlin 2004 (zitiert als:  
*Staudinger/Bearbeiter*).

VIII

Reinicke, Dietrich

Kaufrecht, 8. Aufl., München 2009 (zitiert als:

Tiedtke, Klaus

*Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht).

Weiler, Frank

Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Baden-Baden 2016,

(zitiert als: *Weiler*, Schuldrecht AT).

## Gutachten

### A. Anspruch des K gegen V aus § 441 IV i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 I 1 BGB<sup>1</sup>

K könnte gem. § 441 IV i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 I 1 einen Anspruch auf Rückgewähr des Mehrbetrags aus Minderung des Kaufpreises gegenüber V haben.

#### I. Vorliegen eines Minderungsrechts

Dazu müsste ein Minderungsrecht gegeben sein. Das setzt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 437 voraus.

##### 1. Eingangsvoraussetzungen von § 437

###### a) Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrags, § 433 I

Zwischen K und V müsste ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein. Ein Kaufvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen in Form von Angebot und Annahme (§§ 145, 147) zustande.

###### aa) *Invitatio ad offerendum*

Ein Angebot könnte mit der Zeitungsannonce des V vorliegen. Da der Anbieter in Zeitungsannoncen sich das Recht vorbehält, nicht mit allen potentiellen Interessenten einen Vertrag zu schließen, handelt es sich hierbei um eine sog. *invitatio ad offerendum*. Solche Aufforderungen zur Angebotsabgabe haben keinen Rechtsbindungswillen, sondern fordern den Interessenten lediglich auf, ein Angebot abzugeben.<sup>2</sup>

###### bb) *Einigung*

Zwischen K und V müsste eine Einigung über den Verkauf des Grundstücks von V an K entstanden sein. K und V haben sich im Vorfeld über die *essentialia negotii* geeinigt. Diese enthalten die wesentlichen Vertragspunkte, nämlich den Kaufgegenstand und den Kaufpreis.<sup>3</sup> Der Kaufpreis für das Grundstück beträgt 800.000 €. Anschließend vereinbarten sie einen Termin mit dem Notar N. Der Sachverhalt lässt nicht genau erkennen, wer genau das

<sup>1</sup> Folgende §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>2</sup> Köhler, BGB AT, § 8, Rn. 9.

<sup>3</sup> Köhler, BGB AT, § 8, Rn. 8.

Angebot gemacht und wer es angenommen hat. Es ist nur gesagt, dass K und V sich geeinigt haben.

### cc) Form

Der Vertrag könnte wegen Verstoßes gegen die gesetzlich vorgeschriebene Form unwirksam sein, § 125 I. Grundsätzlich besteht bei Kaufverträgen kein Formzwang. Gem. §§ 311b I 1 bedürfen jedoch Verträge über die Eigentumsübertragung eines Grundstücks einer notariellen Beurkundung. Während der Kaufpreis und der Kaufgegenstand im notariell beurkundeten Vertrag festgelegt wurden, ist das Alter aus im Nachhinein nicht mehr feststellbaren Gründen nicht vermerkt worden. Aus einem etwaigen Verstoß dieses Punktes gegen die §§ 125 I, 311b I 1 könnte sich nach § 139 die Gesamtnichtigkeit ergeben. Die Teilnichtigkeit hat die Unwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre.<sup>4</sup> Es ist daher zu entscheiden, ob es sich bei dem Baujahr des Hauses um eine wesentliche Nebenabrede handelt, die dem Formzwang des § 311b I unterfällt. Anzunehmen wäre dies bei dem Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung. Da hier eine Heilung durch Auflassung (§ 925 I) und Eintragung in das Grundbuch (§ 873 I) eintritt, § 311b I 2, kann das an dieser Stelle im Ergebnis offen bleiben.

schön

schön

### dd) Zwischenergebnis

Zwischen V und K ist ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen.

### b) Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, §§ 434 I 1, 446

Um eine Minderung des Kaufpreises begründen zu können, müsste ein Sachmangel bestehen, denn der Käufer ist gem. § 433 I 2 verpflichtet dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Gem. § 434 I 1 ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Es kommt zunächst primär auf die Vereinbarungen der Parteien an (subjektiver Fehlerbegriff).<sup>5</sup> Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, richtet man sich nach § 434 I 2 i.V.m. § 434 I 3. Demnach ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet oder wenn sie sich für

<sup>4</sup> Köhler, BGB AT, § 15, Rn. 7.

<sup>5</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 44.



die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist bzw. die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

## aa) Sachmangel

### (1) Baujahr als Beschaffenheit

Das Baujahr könnte als eine Beschaffenheit des Hauses gelten. Vom Gesetz ist das, was als Beschaffenheit einer Sache gilt, nicht näher definiert. Beschaffenheit umfasst jedenfalls alle Faktoren, die der Sache selbst anhaften. Das schließt den neuen oder gebrauchten Zustand, die Größe, das Gewicht aber auch das Alter mit ein.<sup>6</sup> Allerdings ist die Ansicht, nach der zu einer Beschaffenheit einer Sache nur physische Merkmale dazugehören, eine Mindermeinung. Auch die wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände, die einer Sache dauerhaft anhaften und daher Einfluss auf den Wert oder die Brauchbarkeit der Sache haben, sind zu berücksichtigen.<sup>7</sup> Das Baujahr des Hauses ist eine physische Beschaffenheit und hat einen Einfluss auf den Kaufpreis des Hauses als Faktor für den Wert und kann somit als eine Beschaffenheit des Hauses angesehen werden.

✓ Nachweis für unkl.

fehlt: Nachweis für Mindermeinung

### (2) Vorliegen eines Sachmangels i.S.d. § 434 I 1

Es könnte ein Sachmangel i.S.d. § 434 I 1 vorliegen, soweit V und K eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben. Dies kann ausdrücklich und konkludent erfolgen.<sup>8</sup> Jedenfalls ausdrücklich ist eine Abrede, dass das Haus als mangelhaft anzusehen ist, sofern das Baujahr nicht dem Jahre 1975 entspricht, nicht erfolgt. Ob eine konkludente Vereinbarung vorliegt, bestimmt sich im Wege der Auslegung des Verhaltens von K und V nach dem objektiven Empfängerhorizont, §§ 133, 157.

Es stellt sich die Frage, ob die Zeitungsannonce des V als ein Angebot für eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 angesehen werden kann. Wie bereits festgestellt, handelt es sich jedoch hierbei um eine invitatio ad offerendum (s.o.), die keinen Rechtsbindungswillen enthält.

<sup>6</sup> Palandt/Weidenkaff, § 434, Rn. 4.

<sup>7</sup> Vgl. Kunkel, <https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/frontdoor/index/index/year/2006/docId/1440> (zuletzt abgerufen am 20.03.2017).

<sup>8</sup> Vgl. BGHZ 103, 275 (280ff.); BGH, NJW 2015, 1669, (1679).

Ausreichend könnte es aber vorliegend nach den allgemeinen Grundsätzen sein, wenn der Käufer Erwartungen in Bezug auf die Kaufsache äußert und der Verkäufer diesen zustimmt.<sup>9</sup>

Der K hat den V explizit nach dem Baujahr gefragt und wollte das Alter auch in den Kaufvertrag aufnehmen. V bejahte die Frage und war mit der Aufnahme in den Vertrag einverstanden. Damit läge eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung vor.

Andererseits könnten in Bezug auf die Aufnahme einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung bei Grundstückskaufverträgen strengere Grundsätze gelten.

Die Rechtsprechung ist bei der Frage uneinheitlich, ob eine Beschaffenheitsvereinbarung bei Grundstücken ohne notarielle Beurkundung i.S.d. § 434 I 1 wirksam ist. Während das OLG Celle<sup>10</sup>, das OLG Koblenz<sup>11</sup> und das OLG Düsseldorf<sup>12</sup> meinen, dass eine formunwirksame Beschaffenheitsvereinbarung durch Auflassung und Heilung gem. § 311b I 1 geheilt und somit wirksam werden kann, vertreten das OLG Brandenburg<sup>13</sup>, OLG Bremen<sup>14</sup>, OLG Hamm<sup>15</sup> und OLG Saarbrücken<sup>16</sup> sowie der BGH eine andere Ansicht. In seiner Rechtsprechung sagt der BGH, dass eine vorvertragliche Beschreibung des Kaufobjekts, die nicht im Grundstückskaufvertrag vermerkt ist, in der Regel nicht als eine formunwirksame Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. des § 434 I 1 angesehen werden kann, die mit der Auflassung und Eintragung in das Grundbuch geheilt wird.<sup>17</sup>

Unter Berücksichtigung der Zwecke der Formvorschriften ließe sich auch annehmen, dass eine konkludente Vereinbarung nur bei besonderen Umständen anzunehmen sei, wenn diese keinen Niederschlag in der notariellen Urkunde gefunden hat.<sup>18</sup>

<sup>9</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2015, 1103.

<sup>10</sup> OLG Celle, Urteil vom 13.03.2014, Az: 16 U 192/13.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Koblenz, DWE 2015, 121 (122).

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 2015 (1103).

<sup>13</sup> OLG Brandenburg, NZM 2010, 712 (714).

<sup>14</sup> Vgl. OLG Bremen, NJW-RR 2014, 791.

<sup>15</sup> Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1643.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Saarbrücken, MDR 2013, 1390.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 06.11.2015, V ZR 78/14.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 06.11.2015, V ZR 78/14.

Solche Umstände können hier darin zu sehen sein, dass die Aufnahme in den Vertrag nur aus Zufall unterblieben ist und eine solche eigentlich geplant gewesen ist.

Jedoch ist gerade beim Grundstückskaufvertrag die notarielle Beurkundung aller Punkte wichtig, da ein solches Rechtsgeschäft für viele mit erheblichen Kosten verbunden ist, die im schlimmsten Fall zur finanziellen Notlage führen können, wenn die Risiken nicht vernünftig eingeschätzt werde. Der Notar hat dabei eine warnende und beratende Funktion für beide Vertragsparteien. Es sollen außerdem eine Beweissicherung möglich gemacht und eine Gültigkeitsgewähr für die Wirksamkeit des Vertrags bewirkt werden.<sup>19</sup> Somit bedürfen auch alle weiteren inhaltlichen Vereinbarungen, die nach dem Parteiwillen Teil des Vertrags sein sollen und Rechtswirkung haben sollen, der notariellen Beurkundung.<sup>20</sup> Unter Berücksichtigung dieser Punkte, die bei einer Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung übergangen werden würden, ist hier nicht von einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung auszugehen.

### (3) § 434 I 2

Ein Sachmangel könnte sich aber aus § 434 I 2 ergeben (s.o.). Das Haus eignet sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1). Auch für die gewöhnliche Verwendung ist es geeignet und weist auch keine sonstige Beschaffenheit auf, die bei Sachen gleicher Art unüblich ist (§ 434 I 2 Nr. 2). Dennoch könnte es aufgrund der Angaben, die V im Vorfeld gemacht hat, eine Beschaffenheit geben, die der K erwarten durfte und die nicht vorhanden ist. Ferner gehören nämlich gem. § 434 I 3 zur Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2 einer Sache auch Eigenschaften, die der Verkäufer im Vorfeld öffentlich, beispielsweise in der Werbung, geäußert hat und die K erwarten durfte (objektiver Fehlerbegriff).<sup>21</sup> Diese sind nach §§ 133, 157 auszulegen. Der Käufer konnte der Formulierung aus der Zeitungsannonce „Errichtung: 1975“ entnehmen und erwarten, dass das Haus Baujahr 1975 sei. Das Baujahr des Hauses wurde zwar nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen, es ist aber eine Beschaffenheit des Hauses, die der Käufer erwarten konnte. Ob diese erwartbare Beschaffenheit auch einer der notariellen Beurkundung entsprechenden Form bedarf, ist in der Literatur und Praxis

fehlt: genauere  
Auseinandersetzung  
mit Argumenten des

BGH

→ genauere Auseinandersetzung  
mit Argumenten des BGH

methodisch sauber

methodisch sauber

m.E. vertretbar

m.E. vertretbar

<sup>19</sup> Bamberger/Roth/Gehrlein, § 311b, Rn. 1.

<sup>20</sup> MünchKomm-BGB 2/Kanzleiter, § 311b, Rn. 50.

<sup>21</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 50; Hirsch, Schuldrecht BT, Rn. 39.

ebenfalls umstritten. Nach der Auffassung des BGH<sup>22</sup> gehört das Baujahr zur geschuldeten Beschaffenheit nach § 434 I 3, wenn der Verkäufer in öffentlichen Anzeigen Angaben über das Baujahr gemacht hat, sodass § 434 I 3 auf Grundstücke anwendbar ist. Eine andere Meinung besagt, dass § 434 dahingehend teleologisch zu reduzieren sei, dass § 434 I 3 bei Grundstücksverträgen keine Anwendung findet.<sup>23</sup> Dies würde dazu führen, dass kein Mangel vorliegt. Hierfür spricht die besondere Beweis- und Warnfunktion von Urkunden (s.o.). Die hohen Anforderungen an Beschaffenheitsvereinbarungen könnten dadurch umgangen werden. Somit stützt sich diese Argumentation auf den erforderlichen Formzwang, der umgangen werden könnte.

Dieser findet aber nur auf Willenserklärungen Anwendung. Bei öffentlichen Äußerungen hingegen handelt es sich aber um Wissenserklärungen. Der § 434 I 3 i.V.m. § 434 I 2 Nr. 2 basiert nicht auf unmittelbaren vertraglichen Erklärungen der Parteien, sondern auf gesetzlichen Bestimmungen. Daher spricht der Formzwang im Rahmen einer formalen Betrachtung unter Berücksichtigung der BGH Entscheidung nicht für die teleologische Reduktion.

m. E. vertretbar  
§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr.  
2 BGB zu bejahen

m. E. vertretbar  
§ 434 I S. 2 Nr. 2 BGB  
zu bejahen

#### (4) Zwischenergebnis

Eine Beschaffenheitsvereinbarung zwischen K und V über das Baujahr des Hauses ist nicht vorhanden, allerdings entsteht der Mangel aufgrund des Fehlens einer Beschaffenheit, die K gem. § 434 I 2 i.V.m. § 434 I 3 erwarten konnte.

#### bb) Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, § 446

Der Mangel müsste auch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Dem. § 446 1 ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Übergabe.<sup>24</sup> Der Umstand, dass das Haus älter ist als es reklamiert wurde, tritt nicht plötzlich auf, sondern ist die ganze Zeit vorhanden. Die zu erwartende Beschaffenheit war somit auch bei Gefahrübergang nicht gegeben.

#### cc) Zwischenergebnis

Es besteht ein Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, RNotT 2016, 675 ff.; vgl. BGH, NJW-RR 2012, 1078.

<sup>23</sup> Grigoleit, JZ 2003, 233 (239).

<sup>24</sup> MünchKomm-BGB 3/Westermann, § 434, Rn. 50.

### c) Kein Ausschluss der Mängelhaftung

Eine Mängelhaftung des V könnte ausgeschlossen sein. V hat Ansprüche und Recht wegen Sachmängeln im Kaufvertrag ausgeschlossen. Gem. der Privatautonomie ist ein Ausschluss der Gewährleistungsrechte, wie hier geschehen, insbesondere für Sach- oder Rechtsmängel, bei Kaufverträgen möglich und ergibt sich im Grundgesetz im Wege eines Umkehrschlusses zu § 444.

schön  
schön

#### aa) §§ 306 II, 305 I

Der Ausschluss der Mängelhaftung könnte nach der Inhaltskontrolle des § 309 Nr. 7 unzulässig sein, sodass gem. § 306 II die allgemeinen Vorschriften gelten. Dazu müssten AGB vorliegen. § 305 I 1 besagt, dass AGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein müssen und vom Verwender, also einer Vertragspartei, der anderen Vertragspartei gestellt werden müssen. Das hat zur Folge, dass Vertragsbedingungen, die von einem unabhängigen Dritten, u.a. Notar, in den Vertrag aufgenommen werden, nicht in den Anwendungsbereich des § 305 I gehören. In diesem Fall liegen demnach keine AGB vor und eine Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses kann nicht dadurch begründet werden.

#### bb) § 475 I

Da es sich bei K und V um Privatpersonen bzw. Verbraucher gem. § 13 handelt, die einen Vertrag miteinander geschlossen haben, greift das Verbot eines Gewährleistungsausschlusses nach § 475 I ebenfalls nicht. Dieses gilt zwischen Verbrauchern und Unternehmern.

#### cc) § 444 Alt. 1

Auch in § 444 Alt. 1 werden die Grenzen für einen solchen Ausschluss benannt. Der Verkäufer kann sich nicht darauf berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat.

Eine Annahme von Arglist besteht, wenn der Verkäufer Kenntnis vom Mangel hat und dennoch schweigt oder bei Nachfragen diesen verneint.<sup>25</sup> Dabei genügt für Arglist Vorsatz. Es muss abgegrenzt werden zwischen drei Formen des Vorsatzes: „dolus directus“ 1. Grades, „dolus directus“ 2. Grades und „dolus eventualis“.<sup>26</sup> Beim dolus directus (bedingter Vorsatz) hält der Handelnde die

<sup>25</sup> Palandt/Ellenberger, § 123, Rn. 11.

<sup>26</sup> Jauernig/Stürner/Stauder, § 276, Rn. 18.

Unrichtigkeit seiner Angaben für möglich, begnügt sich aber mit der Hoffnung, sie würden korrekt sein. Absicht muss nicht bestehen.<sup>27</sup> Die Arglist kann daher auch damit begründet werden, dass der Verkäufer sog. Angaben “ins Blaue hinein“ macht und nicht genau Bescheid weiß über die Richtigkeit seiner Aussagen, jedoch beruhigende Angaben macht.<sup>28</sup>

In diesem Fall hat V dem K auf seine ausdrücklichen Nachfragen während der Verhandlungen hin versichert, das Jahr der Errichtung sei 1975. Dabei war er sich tatsächlich nicht sicher über das Errichtungsjahr. Somit liegt bedingter Vorsatz und damit Arglist vor.

In Fällen, in denen der Verkäufer davon ausgehen kann, dass der Käufer bei Kenntnis des Mangels den Vertrag nicht oder zu veränderten Bedingungen eingegangen wäre, besteht für den Verkäufer eine sog.e Aufklärungspflicht. Diese gilt insbesondere dann, wenn der Käufer ausdrücklich nachfragt.<sup>29</sup>

Durch das arglistige Verschweigen des V ist ein Ausschluss der Mängelhaftung nach § 444 Alt. 1 nicht möglich.

schön!

schön!

#### **dd) Gesetzlicher Ausschluss**

Die Mängelrechte des Käufers könnten ausgeschlossen sein, wenn er gem. § 442 I 1 den Mangel bei Vertragsschluss gekannt hat oder grobfahrlässige Unkenntnis vorgelegen hat nach § 442 I 2.<sup>30</sup> Grobe Fahrlässigkeit des Käufers leitet sich von der im Einzelfall erforderlichen Sorgfalt ab. Bei Grundstückskaufverträgen muss der Käufer allerdings nicht die Bau- und Grundstücksakten gesehen haben und auch keine sachkundige Person zur Besichtigung hinzuziehen.<sup>31</sup> Die Haftung des Verkäufers tritt dennoch selbst bei fahrlässiger Unkenntnis des Käufers ein, wenn arglistiges Verschweigen von Seiten des Verkäufers vorliegt. K besaß weder die Kenntnis von dem Sachmangel des Hauses noch bestand eine erforderliche Sorgfaltspflicht von seiner Seite aus selber Recherchen über das Alter des Hauses zu betreiben, sodass er keine grobfahrlässige Unkenntnis zu vertreten hat. Er hat im Gegenteil mehrmals den V nach dem Alter des Hauses gefragt, das dieser ihm

<sup>27</sup> Jauernig/Stürner/Stauder, § 276, Rn. 18.

<sup>28</sup> Vgl. BGH, ZGS 2006, 348 (349).

<sup>29</sup> Emmerich, BGB-Schuldrecht BT, Rn. 32.

<sup>30</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 147.

<sup>31</sup> Palandt/Weidenkaff, § 442, Rn. 11.

arglistig verschwiegen hat. Selbst bei grobfahrlässiger Unkenntnis des K müsste daher der V wegen arglistigem Verschweigen haften.<sup>32</sup>

#### **d) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen des § 437 liegen vor.

### **2. Rücktrittsrecht, §§ 326 V, 323**

Für K könnte das für die Minderung nach § 441 ebenfalls erforderliche Rücktrittsrecht aus § 326 V i.V.m. § 323 bestehen

#### **a) Gegenseitiger Vertrag**

Es besteht ein gegenseitiger Vertrag (s.o.).

#### **b) Schlechtleistung**

Eine Schlechtleistung aufgrund eines Sachmangels an der Kaufsache besteht gem. § 434 I 2 (s.o.).

#### **c) Entbehrlichkeit einer Fristsetzung**

V könnte die Möglichkeit der Nacherfüllung zugestanden werden. Fraglich ist, ob eine Fristsetzung von Seiten des Käufers an den Verkäufer zur Nacherfüllung entbehrlich ist. Dies kann aufgrund von § 326 V, § 323 II oder § 440 der Fall sein. Da die Fälle der Entbehrlichkeit zueinander alternativ gesehen werden, genügt es, dass die Fristsetzung nach einem der Ausnahmetatbestände entbehrlich ist.

##### **aa) § 326 V**

Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung könnte nach § 326 V entbehrlich sein. Braucht der Schuldner nach § 275 I nicht zu leisten, kann der Gläubiger nach § 326 V zurücktreten. Da § 326 V sowohl für die anfängliche als auch für die nachträgliche Unmöglichkeit gilt, ist es unerheblich, ob die Unbehebbarkeit des Mangels bei Vertragsschluss vorlag oder erst zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang eingetreten ist.<sup>33</sup>

#### **(1) Nacherfüllungsanspruch**

K könnte einen Nacherfüllungsanspruch gegen V haben. Die Nacherfüllung kann grundsätzlich durch die nachträgliche Beseitigung des Mangels oder eine

<sup>32</sup> Palandt/Weidenkaff, § 442, Rn. 18.

<sup>33</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 106.

Ersatzlieferung geschehen. Das bleibt grundsätzlich die Entscheidung des Käufers.<sup>34</sup>

**(a) Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs, § 275 I**

Fraglich ist aber, ob der Mangel durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung durch V überhaupt behoben werden kann.

**(aa) Unmöglichkeit der Nachbesserung**

Die Variante der Nachbesserung ist gem. § 275 I sowohl für V als auch für jedermann unmöglich. V kann das Alter bzw. das Baujahr des Hauses nicht nachträglich verändern und somit den Mangel beheben.

**(bb) Unmöglichkeit einer Ersatzlieferung**

V könnte stattdessen dem K eine mangelfreie Sache als Ersatz liefern. Bei einem Gattungskauf wäre der V verpflichtet gewesen dem K einen entsprechenden Ersatz zu besorgen. Da es sich hierbei aber um einen Stückkauf handelt und K und V sich über dieses spezielle Haus geeinigt haben, kann V nicht einfach einen Ersatz bereitstellen. Damit ist auch diese Variante der Nacherfüllung durch V gem. § 275 I unmöglich.

**(b) Zwischenergebnis**

Der Nacherfüllungsanspruch des K gegen V, der sich aus den §§ 437 Nr. 1, 439 ergibt, ist nach § 275 I unmöglich.

**(2) Zwischenergebnis**

Eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung liegt gem. § 326 V vor.

**bb) Zwischenergebnis**

Eine Fristsetzung seitens K ist entbehrlich.

**d) Zwischenergebnis**

Ein Rücktrittsrecht liegt vor.

**3. Kein Ausschluss, § 441 I**

Die Minderung könnte ausgeschlossen sein. Der Käufer könnte wegen § 323 V 2 nur zurücktreten, wenn eine erhebliche Pflichtverletzung besteht. Da es allerdings bei der Minderung irrelevant ist, ob es ein erheblicher Mangel ist,

<sup>34</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 87.



findet der Ausschlussgrund nach § 441 I 2 keine Anwendung. K kann also auch bei unerheblichen Mängeln mindern.<sup>35</sup> Ein Ausschlussgrund der Minderung ist nach § 441 I nicht vorhanden.

#### 4. Kein Ausschluss, §§ 438 V, 218

Das Minderungsrecht könnte nach den §§ 438 V, 218 ausgeschlossen sein. Da gem. § 194 nur Ansprüche verjähren, kann Minderung als ein Gestaltungsrecht nicht verjähren. Daher kommt es darauf an, ob der Rückforderungsanspruch verjährt ist.

Die Verjährung der Ansprüche in § 437 Nr. 1 und 3 bei einem Bauwerk liegt bei fünf Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt bei Grundstücken gem. § 438 II mit der Übergabe.

§ 438 V verweist auf den § 218, der besagt, dass eine Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs, auf die sich der Verkäufer berufen mag, zur Unwirksamkeit der Minderung führt. Ist die Nacherfüllung nach § 275 I, wie es hier der Fall ist, unmöglich (s.o.), so verjährt sie auch nicht. Gem. § 218 I 2 hängt es aber davon ab, ob der Anspruch verjährt wäre.<sup>36</sup> Insofern richtet man sich nach der regelmäßigen Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199. Diese beträgt drei Jahre.

Hinzu kommt allerdings Arglist des V (s.o.). Bei Arglist gilt ebenfalls die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 438 III 1.<sup>37</sup> Sie beginnt erst mit Ende des Jahres, in dem der Käufer den Mangel erkennt oder erkennen musste. Ist die regelmäßige Verjährungsfrist allerdings kürzer als die des § 438 I Nr. 2, gilt die längere gem. § 438 III 2.<sup>38</sup>

Prüfungszeitpunkt der Verjährung ist der der Minderungserklärung. Da K einige Monate nach dem Einzug in das Haus den Mangel erkennt und anschließend die Minderung des Kaufpreises verlangt hat, ist in jedem Fall keine Verjährung eingetreten, da noch nicht einmal ein vergangen ist. Somit ist die Minderung nicht ausgeschlossen.

auch Einrede nicht erhoben

auch Einrede nicht erhoben

#### 5. Wirksame Minderungserklärung, § 441 I 1

Schließlich bedarf es gem. § 441 I 1 einer wirksamen Minderungserklärung des Käufers dem Verkäufer gegenüber. Diese wird als einseitige Erklärung des

<sup>35</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 117.

<sup>36</sup> Vgl. Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 160.

<sup>37</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 159.

<sup>38</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 159.

Käufers abgegeben. Im vorliegenden Fall verlangt K von V eine Rückzahlung von 150.000 €. Dies ist als wirksame Minderungserklärung anzusehen.

## II. Rechtsfolgen

### 1. Minderungsberechnung

Der Kaufvertrag bleibt weiterhin bestehen. Der Kaufpreis, den K gezahlt hat, wird nach § 441 III herabgesetzt.

$$\frac{\text{Wert mit Mangel} \times \text{vereinbarter Kaufpreis}}{\text{Wert ohne Mangel}} = \text{Geminderter Kaufpreis}$$

$$\frac{650.000 \text{ €} \times 800.000 \text{ €}}{800.000 \text{ €}} = 650.000 \text{ €}$$

### 2. Rückzahlungsanspruch

K hat der Minderungsberechnung zufolge einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 150.000 €.

## III. Ergebnis

K hat Anspruch gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € aus Minderung des Kaufpreises für das Eigenheim in Rosenheim gem. § 441 i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 I 1.

## B. Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung

K könnte aber auch Anspruch gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3 Var. 1, 311a II verlangen. Hierfür müsste ein Schuldverhältnis bestehen, das eine Pflichtverletzung aufweist, die der V zu vertreten hat.

### I. Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrags

Ein wirksamer Kaufvertrag ist zustande gekommen(s.o.). Somit liegt das nach § 280 I vorausgesetzte Schuldverhältnis vor. Dabei steht es gem. § 311a I der Wirksamkeit eines Vertrags nicht entgegen, wenn das Leistungshindernis bereits bei Vertragsschluss vorliegt.

### II. Wegen Unmöglichkeit ausgeschlossener Nacherfüllungsanspruch

#### 1. Sachmangel, § 434

Ein Sachmangel i.S.d. § 434 I 2 i.V.m. § 434 I 3 liegt vor (s.o.).

## 2. Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Sachmangel hat auch bei Gefahrübergang vorgelegen (s.o.).

## 3. Kein Ausschluss der Mängelrechte

Ein Ausschluss der Mängelrechte ist aufgrund von Arglist des V nicht möglich (s.o.).

## 4. Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Die Nacherfüllung ist unmöglich (s.o.).

## III. Anfängliche Unmöglichkeit

Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung könnte schon bei Vertragsschluss bestanden haben. Die Unterscheidung zwischen der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit richtet sich danach, ob bereits bei Vertragsschluss eine mangelhafte Leistung nicht erbracht werden konnte oder die mangelfreie Leistung erst nachträglich unmöglich geworden ist. Das Alter des Hauses, das bereits bei Vertragsschluss höher ist als ursprünglich reklamiert, stellt eine anfängliche Unmöglichkeit für die Nacherfüllung dar.

## IV. Vertretenmüssen

Fraglich ist, ob V gem. § 280 I 2 das Leistungshindernis nicht zu vertreten hat. Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten gem. § 276 I. Aufgrund der positiven Falschangaben hat V arglistig gehandelt (s.o.). Da für Arglist Vorsatz genügt (s.o.), muss sich V i.S.d. § 276 I durch für vorsätzliches Handeln verantworten.

Der gesetzlichen Vermutung des § 280 I 2, der V habe die Pflichtverletzung nicht zu vertreten, kann erfolgreich widersprochen werden.

V hat die Pflichtverletzung zu vertreten.

## V. Kleiner Schadensersatz

Der Käufer kann, wenn er Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat, zwischen kleinem und großem Schadensersatz wählen.<sup>39</sup> Beim großen Schadensersatz gibt der Käufer die Sache wieder zurück und verlangt Ersatz für alle dadurch für ihn entstandenen Schäden. Man spricht hier vom sog. Schadensersatz statt der ganzen Leistung.<sup>40</sup> Das Haus möchte K allerdings behalten und stattdessen nur die Summe ersetzt bekommen, die er zu viel

<sup>39</sup> Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Rn. 180.

<sup>40</sup> *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 131.

gezahlt hat. Bei diesem sog. kleinen Schadensersatz wendet man die Differenzhypothese an.<sup>41</sup> Gem. § 249 I muss der Zustand, der ohne den Sachmangel bestehen würde, hergestellt werden.<sup>42</sup> In diesem Fall wird die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert eines Hauses von 1975 und dem tatsächlichen Wert eines Hauses Baujahr 1952 ersetzt.

Bei einer Zahlung von 800.000 € für das Haus, das mangelbedingt nur 650.000 € wert ist, hat K daher Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 150.000 €.

## VI. Ergebnis

K hat einen Anspruch gegen V auf kleinen Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3 Var. 1, 311a II.

### C. Anspruch des K gegen V auf Zahlung von 150.000 € aus §§ 280 I, 311 II, 241 II

K könnte gegen V schließlich auch einen Anspruch auf Zahlung von 150.000 € aus §§ 280 I, 311 II, 241 II haben. Das nennt man die sog. „culpa in contrahendo“ oder „Verschulden bei Vertragsanbahnung“.<sup>43</sup>

#### I. Anwendbarkeit

Es könnte sich allerdings ein Problem ergeben aufgrund des Konkurrenzproblems zwischen c.i.c. und den kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln.<sup>44</sup>

schön schön

Die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften könnten Vorrang gegenüber einem Anspruch aus c.i.c. haben. Es könnte anzunehmen sein, dass ein Anspruch des K aus c.i.c. nicht bestehen kann, wenn die Pflichtverletzung des V im vorvertraglichen Raum ein Mangel nach den §§ 434ff. ist und sich auf eine Beschaffenheit bezieht. Der Grund hierfür wäre ein Missachten der kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln, insbesondere der § 438, 442.<sup>45</sup> Diese Konkurrenz zwischen der c.i.c. und den Gewährleistungsregeln ist insofern nicht problematisch, wenn Vorsatz bzw. Arglist des Verkäufers vorliegt. In so

<sup>41</sup> MünchKomm-BGB 2/Oetker, § 249, Rn. 18.

<sup>42</sup> Weiler, Schuldrecht AT, § 44, Rn. 1.

<sup>43</sup> Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, § 19, Rn. 86; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, § 40, Rn. 339.

<sup>44</sup> Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 178.

<sup>45</sup> BGH, NJW 2013, 1671, 1673; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn. 51a; Brox/Walker, Allg. Schuldrecht AT, § 25, Rn. 18.

einem Fall wird ein Anspruch aus c.i.c. selbst dann möglich, wenn er sich auf die Beschaffenheit einer Sache bezieht.<sup>46</sup>

Ein Vorliegen von Arglist von Seiten des V ist hier gegeben (s.o.). Somit ist der V nicht mehr schutzwürdig. Daher kommt ein Anspruch aus c.i.c. in Betracht.

## II. Vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.d. § 311 II

Für die Haftung des V aus c.i.c. müsste ein Schuldverhältnis zwischen K und V i.S.d. § 311 II bestehen. Nachdem K die Zeitungsannonce des V gelesen hat, nimmt er mit ihm Kontakt auf und sie treten in Vertragsverhandlungen. Damit liegt ein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 II Nr. 1 vor.

## III. Pflichtverletzung

V müsste die Schutzpflichten bzw. allgemeinen Verhaltenspflichten nach § 241 II verletzt haben.<sup>47</sup>

Da beide Vertragsparteien innerhalb einer rechtlichen Sonderverbindung gegenseitig auf ihre Rechtsposition und Interessen einwirken können, müssen sie dabei auf die Interessen, Rechte und Rechtsgüter der anderen Partei besonders Rücksicht nehmen. Primär sollen dadurch das Integritätsinteresse des Gläubigers geschützt und der status quo gewahrt werden.<sup>48</sup>

Grundsätzlich besteht für beide Parteien das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit für die Informationsbeschaffung.<sup>49</sup> Allerdings gibt es sog. Aufklärungspflichten, die besagen, dass eine Partei die andere ungefragt über Umstände in Kenntnis setzen muss, wenn diese Informationen in erheblicher Weise wichtig für deren Entscheidung sind, ob sie ein Schuldverhältnis entstehen lassen wollen oder nicht.<sup>50</sup> Dies soll dem Schutz der Entscheidungsfreiheit dienen.<sup>51</sup> Insbesondere Antworten auf Fragen müssen der Wahrheit entsprechen und Unkenntnis offenbart werden.<sup>52</sup>

Statt dem K seine Zweifel mitzuteilen, bestätigt V auf die ausdrücklichen Nachfragen von K hin postwendend das Errichtungsjahr sei 1975.

Da Grundstückskäufer nicht die Bau- und Grundstücksakten einsehen müssen und auch keine sachkundige Person zur Besichtigung hinzuziehen müssen,

<sup>46</sup> *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 179.

<sup>47</sup> *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 7, Rn. 37.

<sup>48</sup> *Schulze/Dörner/Schulze*, § 241, Rn. 4; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 39, Rn. 521.

<sup>49</sup> Vgl. BGH, NJW 2012, 296; *Staudinger/Beckmann*, § 433, Rn. 32.

<sup>50</sup> *Schulze/Dörner/Schulze*, § 241, Rn. 7.

<sup>51</sup> *Schulze/Dörner/Schulze*, § 241, Rn. 5.

<sup>52</sup> *Palandt/Ellenberger*, § 123, Rn. 1 5a f.

durfte K dem V aufgrund dessen zahlreicher Bestätigungen über das Alter Vertrauen entgegen bringen.<sup>53</sup> Es ist zudem auszuschließen, dass V die enorme Bedeutung, die das Baujahr für K hat, nicht hat erkennen können. V hätte auf Nachfrage des K zumindest seine Unkenntnis bezüglich des Baujahrs mitteilen müssen. Das hat er nicht getan. Selbst ohne das Bestehen einer Aufklärungspflicht sind positive Falschangaben untersagt.<sup>54</sup> Durch diese Falschangabe wurde V erheblich in seiner Entscheidungsfreiheit beeinflusst. Es liegt daher eine Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II von Seiten des V vor.

#### IV. Vertretenmüssen, § 280 I 2

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn V die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, § 280 I 2. V hat arglistig gehandelt (s.o.) und hat Vorsatz i.S.d. § 276 I zu vertreten.

#### V. Rechtsfolge

K ist gem. § 249 I so zu stellen, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.

Hätte der V den K nicht über das Alter des Hauses getäuscht, ist anzunehmen, dass dieser den Vertrag nicht zu dem vereinbarten Kaufpreis in Höhe von 800.000 € abgeschlossen hätte. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien in dem Fall der Aufklärung über das abweichende Alter den Kaufvertrag mit dem entsprechend geminderten Kaufpreis abgeschlossen hätten, also 150.000 € weniger.

#### VI. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 150.000 € gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II.

#### D. Gesamtergebnis

K verlangt zu Recht von V eine Rückzahlung in Höhe von 150.000 € sowohl aufgrund von § 441 IV i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 I 1 als auch gem. §§ 437 Nr. 3 Var. 1, 311a II und schließlich ebenso gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II.

<sup>53</sup> Palandt/Weidenkaff, § 442, Rn. 11.

<sup>54</sup> Schulze/Dörner/Schulze, § 241, Rn. 8.

Fehlt:  
Problem: nicht klar, wie Käufer stehen würde, wenn Verkäufer Aufklärungspflicht nicht verletzt hätte

BGH: Verzicht auf Kausalitätsnachweis (str.)

VP: nicht klar, wie Käufer stehen würde, wenn Verkäufer Aufklärungspflicht nicht verletzt hätte

BGH: Verzicht auf Kausalitätsnachweis (str.)

✓ § 823 II BGB iVm. § 263 I StGB

✓ § 826 BGB

Fehlen:  
§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 Abs. 1 StGB

§ 826 BGB

Sehr geehrte [REDACTED]

die vorliegende Hausarbeit weist nur kleinere Mängel auf. Sie erkennen zunächst zutreffend, dass es wegen der Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB nicht darauf ankommt, ob die Beschaffenheitsvereinbarung dem Formzwang des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterfällt. Beim Aufgabenschwerpunkt – der Frage des Sachmangels – wäre eine genauere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH wünschenswert gewesen. Positiv fällt dabei jedoch auf, dass Sie hinterfragen, ob die Rechtsprechung hier überhaupt Anwendung findet. Der von Ihnen gewählte Lösungsweg ist m.E. vertretbar. Ebenso vertretbar erscheint es, wegen der Zeitungsanzeige einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Satz 3 BGB anzunehmen.

Die Prüfung der Rücktrittsvoraussetzungen gelingt.

Sie erkennen zutreffend, dass im vorliegenden Fall ausnahmsweise eine Haftung aus c.i.c. neben den Gewährleistungsrecht in Betracht kommt.

Leider misslingt die Prüfung der Rechtsfolge von § 311 Abs. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB. Vorliegend ist gerade nicht klar, wie der Käufer stehen würde, wenn der Verkäufer seine Aufklärungspflicht nicht erfüllt hätte. Ein Schaden in Höhe von 150.000 € läge nur dann vor, wenn man annähme, dass V und K ohne die Aufklärungspflichtverletzung des V den Grundstückskaufvertrag zu einem Preis von 650.000 € statt 800.000 € geschlossen hätten. Dies ist aber nur eine von mehreren denkbaren Geschehensabläufen (zu den Einzelheiten vgl. Lösungsskizze).

Auf deliktsrechtliche Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 263 Abs. 1 StGB sowie auf § 826 BGB wird nicht eingegangen.

Zu den Formalia: Die Zitierung in den Fußnoten entspricht den üblichen Gepflogenheiten. Das Literaturverzeichnis ist sauber aufgebaut. Die vorhandene Literatur wird in der gebotenen Tiefe ausgewertet.

Insgesamt fällt eine saubere Arbeitsweise deutlich positiv auf.

**11 Punkte**

HAUSARBEIT IM GK  
ZIVILRECHT

*Prof. Dr. Lepsius 2016/2017*

14 Punkte



Name, Vorname: [REDACTED]

Adresse: [REDACTED]

E-Mail-Adresse: [REDACTED]

Matrikel-Nr.: [REDACTED]

Fachsemester: 02

Übungsleiter: unbekannt

EINGEGANGEN

18. April 2017

## 1. Hausarbeit

**Grundkurs Zivilrecht II (A-G)**

**Professor Dr. Susanne Lepsius**

**Sommersemester 2017**

Vom Lehrstuhl bzw. Korrektor auszufüllen:

Name des Erstkorrektors: Benotung des Erstkorrektors ggf. Name des Zweitkorrektors: ggf. Benotung des Zweitkorrektors:

[REDACTED]

14

**Gesamtergebnis:**

Teilnahme an der Besprechung

Teilnahme an der Korrektorensprechstunde



## Sachverhalt

B bietet auf seiner Internetseite [www.informationsbände.de](http://www.informationsbände.de) zeitkritische Sammelbände an, die laut dortiger Beschreibung jedes Jahr neu von wechselnden Fotografen in Zusammenarbeit mit Journalisten und Wissenschaftlern auf Werkvertragsbasis erstellt werden. Die Sammelbände setzen sich mit unterschiedlichsten gesellschaftspolitischen Themen wie der Stellung der Frau in der modernen Gesellschaft, außenpolitischen Länderberichten oder umweltpolitischen und wissenschaftlichen Themen auseinander. Ergänzt werden die laut Beschreibung „hochwertigen professionellen Fotografien“ durch Texte, die entsprechend der Internetbeschreibung von hervorragenden Journalisten in Zusammenarbeit mit Wissenschaftlern verfasst werden. Die so entstandenen, vorgelochten Seiten, deren aktueller Stand jeweils am unteren Blatende vermerkt ist, können in Sammelordner unter die entsprechende Themenrubrik einsortiert werden. Die vorsortierten Blätter werden halbjährlich an die Kunden versandt, damit sie ihre Unterlagen zu den entsprechenden Themen ergänzen oder aktualisieren können. Insbesondere dienen diese Sammelordner dem Zweck, wissenschaftliche Forschungsstände chronologisch nachzuvollziehen. Gesellschaftspolitisch Interessierte können sich damit ihre eigenen Nachschlagewerke kontinuierlich selbst erstellen.

B bietet nun auf seiner Internetseite das Jahresabonnement, das die jährliche zweimalige Lieferung – jeweils zum 1.1. und 1.7. eines jeden Jahres – von je circa hundert Loseblattseiten zu sämtlichen allgemeinbildenden Themen inklusive zweier passender Sammelordner umfasst, in der die beschrifteten Einlagen bereits enthalten sind, zu einem Vorzugspreis von 120,- Euro jährlich einschließlich der Versandkosten an, wobei halbjährlich 60,- Euro abgebucht werden und dem Girokonto des B gutgeschrieben werden.

Als der Langzeitpolitikstudent A, der sich gerne an Demonstrationen beteiligt, in der Nacht des 8.12.2015 von einer Demonstrationenparty angetrunken nach Hause kommt, kann er wegen der vielen aufwühlenden Themen, die er mit seinen Demonstrationenkollegen zu besprechen hatte, nicht schlafen. Also beschließt er, noch ein bisschen im Internet zu surfen. Auf der Seite des B stößt er schließlich auf das dort angebotene Sammelbandkonzept. Begeistert entschließt er sich, ein Abonnement zu bestellen. Auch der Preis scheint ihm nicht zu teuer und ohnehin komme es auf die Summe nicht an, da er von seinen Eltern großzügig unterstützt wird. Daher klickt er auf die Artikelbeschreibung. Danach erscheint nochmals eine Übersicht über die wesentlichen Details die Bildbände betreffend und ein Einkaufswagensymbol ergänzt durch eine farblich untersetzte Beschriftung „in den Einkaufswagen“. Nachdem er auf dieses Symbol klickte, folgt eine Seite, in der nun eine ebenso farblich untersetzte Schrift „Zur Kasse gehen“ aufblendet. Auf dieser Seite werden auch die Zahlungsarten eingeblendet. Nach Eingabe aller persönlicher Daten und der Auswahl der Zahlungsart „Bankeinzugsermächtigung“ unter Angabe von BIC, IBAN und Name des Kontoinhabers erscheint schließlich ein Button auf dem steht: „Jetzt kaufen“. Darüber steht klein aber lesbar geschrieben: „Mit Ihrer Bestellung erklären Sie sich mit den Datenschutzbestimmungen und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden.“ Die Datenschutzbestimmungen und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind jeweils durch Anklicken in ausformulierter Version in einem neuen Fenster zu lesen und in wiedergabefähiger Form speicherbar. Die einzelnen Schritte,

die für den Erwerbsvorgang notwendig sind, werden während des gesamten Bestellmodus übersichtlich dargestellt.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhalten die folgenden § 7 und § 8:

*§ 7. Zur Planung der für die Loseblattseiten benötigten Mitarbeiter und des Umfangs sowie der Sicherung der Qualität des Kaufgegenstands wird eine Kündigungsfrist von vier Monaten vor Ablauf der Mindestvertragsdauer von 30 Monaten ab dem Beginn der ersten Lieferung vereinbart. Kündigungen sollen schriftlich erfolgen und Benutzername, Kundennummer, Transaktions- bzw. Vorgangsnummer enthalten. Die elektronische Form ist ausgeschlossen. Die Übersendung per Fax genügt.*

*§ 8. Das Abonnement über die Lieferung der Loseblattseiten wird stillschweigend um 18 Monate verlängert, sofern keine Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist nach Ziffer § 7 erfolgt.*

Als A nun doch zunehmend müder wird, ist es ihm zu mühsam, diese vielen Klauseln zu lesen. Also klickt er, nachdem er alle erforderlichen Daten zur Zahlung angegeben hat, auf den Kaufbutton und schläft sogleich ein. Sofort nach der Bestellung erhält A von B eine automatisch generierte Bestätigungsmeldung an seine bei der Registrierung angeforderten Emailadresse mit dem Inhalt: „Bestelleingangsbestätigung (Ihre Bestellung vom 8.12.2015), Lieber A, vielen Dank für Ihre Bestellung.“ Am Morgen des 9.12.2015 landet auf dem Emailaccount des A eine Meldung des B mit dem Wortlaut, dass seine Bestellung angenommen wurde und nunmehr bearbeitet wird. Weiter enthält die e-mail die dem A zugeteilte Kundennummer sowie die Transaktionsnummer seiner Bestellung. Mit der ersten Lieferung werde am 1.1.2016 begonnen.

A, der nach seinem Erwachen am frühen Nachmittag die Betreffzeile der e-mail des B liest, denkt nicht mehr an die Bestellung und löscht verärgert die Empfangsbestätigung wie auch die Annahmebestätigung in der Überzeugung, es handele sich wieder einmal um lästige Spammails. Also setzt sich A mit der Angelegenheit nicht weiter auseinander. Als er nun am 5.1.2016 die erste Lieferung der Loseblattsammlung inklusive der Ordner öffnet, fällt ihm die schlechte Qualität der Abbildungen und der entsprechenden Texte auf. Inhaltlich geht es vor allem um die Verfechtung der traditionellen Position der Frau, die sich zurück an ihre Stellung als Mutter und Hüterin des Zuhauses besinnen sollte. Darüber hinaus werden auf einigen Abbildungen Frauen in herabwürdigenden Posen dargestellt. Er ist entrüstet über eine solch klischeehafte Darstellung der Rolle der Frau und sich sicher, dass er ein derart schlechtes Produkt niemals bestellt haben könne. Dennoch kommen in ihm Zweifel auf, weil er sich erinnert, ein ähnliches Loseblattkonzept im Internet schon einmal gesehen zu haben. Also hofft er, dass er für diesen „Schrott“ nicht bezahlen müsse und vergisst die ganze Sache wieder. Außerdem ist es ihm zu mühsam, jedes Blatt einzeln unter die Einlagen, die mit den entsprechenden Themen beschriftet sind, einzusortieren. Am Ende des Jahres wundert er sich, als er am 28.12.2016 die Belastung seines Kontos in Höhe von 60,- Euro zur Kenntnis nimmt. Als er daraufhin die Kontoauszüge der letzten Monate durchsieht, stellt er fest, dass auch schon im Juli 60,- € abgebucht wurden, was ihm damals aber nicht aufgefallen war. Nun fällt ihm ein, dass er auch im Juli eine Loseblatt-Lieferung erhalten hatte. Da er sich damals im Prüfungsstress befunden hatte, hatte er dieser keine weitere Beachtung geschenkt.

In Rage über die nach seiner Ansicht rechtswidrige Zahlung zugunsten des B kontaktiert A seinen Vereinskollegen S, von dem er weiß, dass er zumindest ein Semester Jura studiert hat. A fragt S nun, wie er sein Geld wieder zurückerhalten könne

und es vermeiden könne mit weiteren Lieferungen behelligt zu werden. Zumindest müsse er doch den angeblich geschlossenen Vertrag mit B, der im Übrigen keine Widerrufsbelehrung enthalten hat, widerrufen können. Jedenfalls sei er von B arglistig getäuscht worden, weil der Sammelband, nicht wie auf der Website beschrieben, hochwertige Bebilderungen beinhalte, sondern lediglich unscharfe Amateurbilder. Die angeblich von Fachleuten verfassten Texte seien im Übrigen mit Rechtschreibfehlern übersät und können nicht von Fachleuten redigiert worden sein. Tatsächlich stammen die Fotografien und Texte lediglich von unqualifizierten Laien. Durch die Diskussion mit S gestärkt, verlangt A nun gegenüber B am 4.1.2017 die Herausgabe von 120,- Euro. Zu Recht? Welche/s (weitere(s) ) Mittel stehen ihm zur Verfügung, um sein Ziel zu erreichen?

*Bearbeitervermerk: Sachmängel-Gewährleistungsrecht ist nicht zu prüfen.*

**Abgabetermin:** Ihre Bearbeitungen können Sie bis Montag, **24.04.2017, 12:00 Uhr**, im Sekretariat des Lehrstuhls Prof. Dr. Lepsius abgeben oder bis Montag, 24.04.2017, **17:00 Uhr** in den Briefkasten des Lehrstuhls einwerfen (im Seminargebäude Erdgeschoss, gegenüber der Drehtür). Die Abgabefrist wird auch gewahrt, wenn Ihre Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt per Brief mit (lesbarem!) Poststempel vom 24.04.2017 zugeht. Freistempel reichen nicht aus.

**Formalia:** Die Arbeit ist einfacher Ausführung in Papierform, einseitig beschriftet einzureichen. Sie besteht aus folgenden Bestandteilen: Deckblatt, Gliederung, Literaturverzeichnis und Gutachten. Der Umfang des Gutachtens darf 20 Seiten nicht überschreiten.

Folgende Einstellungen sind zu wählen: Seitenränder oben, unten 1 cm, links 7 cm, rechts 1 cm; Schriftart „Times New Roman“; normaler Zeichenabstand (100% Skalierung), im Haupttext: Schriftgröße 12 pt; Zeilenabstand 1,5; in den Fußnoten: Schriftgröße 10 pt; Zeilenabstand 1,0.

Zusammen mit der Hausarbeit ist der selbst ausgedruckte Nachweis einzureichen, dass Sie Ihre Arbeit unter <http://student.ephorus.com/> hochgeladen und damit dem elektronischen Plagiatsfinder Ephorus zugänglich gemacht haben. Nach dem Hochladen erhalten Sie eine entsprechende Bestätigung, die als Nachweis genügt. Der einzugebende Code wird auf der Homepage des Lehrstuhls bekanntgegeben.

Weiter ist der Hausarbeit eine Erklärung über die eigenständige Erstellung der Hausarbeit beizufügen. Der Verfasser/die Verfasserin muss bestätigen, dass er/sie die Hausarbeit eigenständig, ohne fremde Hilfe sowie ohne Kooperation mit Kommilitonen/innen erstellt und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt hat. Ebenso muss erklärt werden, dass die Stellen der Arbeit, die dem Wortlaut oder Sinn nach anderen Werken entnommen wurden, kenntlich gemacht wurden. Bei Verstoß kann die Arbeit mit 0 Punkten bewertet werden. Eine Vorlage für die Eigenständigkeitserklärung wird auf der Homepage des Lehrstuhls bereitgestellt.

Für weitere Hinweise zu den Formalia beachten Sie bitte das entsprechende Hinweisblatt (eingestellt auf der Homepage des Lehrstuhls).

## Inhaltsverzeichnis:

### Literaturverzeichnis

A. Herausgabeansprüche des A gegen B .....	1
I. Herausgabeanspruch nach § 985 BGB .....	1
II. Herausgabeanspruch nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB .....	1
1. Etwas erlangt .....	1
2. Durch die Leistung des A .....	1
3. Ohne rechtlichen Grund.....	2
a) Einigung.....	2
aa) Angebot, § 145 BGB .....	2
(i) Angebot durch die Internetannonce des B .....	2
(ii) Angebot durch Abschicken der Bestellung des A .....	3
bb) Annahme, § 147 BGB .....	3
(i) Annahme durch die E-Mail am 08.12.2015.....	3
(ii) Annahme des B durch die E-Mail am 09.12.2015.....	4
b) Wirksamkeit .....	5
aa) Unwirksamkeit wegen Alkoholisierung gemäß § 105 II BGB	5
bb) Unwirksamkeit aufgrund § 312j IV BGB .....	5
cc) Unwirksamkeit wegen Formmangel, § 125 I BGB.....	5
c) Zwischenergebnis .....	6
B. Weitere Mittel des A zur Durchsetzung seiner Ziele .....	6
I. Anfechtung .....	6
1. Anfechtungsgrund.....	6
a) Täuschungshandlung .....	6
b) Kausalität.....	7
c) Widerrechtlichkeit .....	7
d) Arglist.....	7
e) Person des Täuschenden .....	7
2. Anfechtungserklärung, § 143 BGB .....	8

3. Anfechtungsfrist, § 124 I, II BGB .....	8
4. Ergebnis .....	8
II. Widerruf gem. § 355 I 1 BGB.....	9
1. Bestehen eines Widerrufsrechts.....	9
a) Anwendungsbereich .....	9
aa) Persönlicher Anwendungsbereich.....	9
(i) B als Unternehmer .....	9
(ii) A als Verbraucher .....	9
bb) Sachlicher Anwendungsbereich .....	9
cc) Kein Ausschluss gem. § 312 II BGB .....	10
dd) Zwischenergebnis .....	10
b) Fernabsatzvertrag gem. § 312c I BGB .....	10
c) Ausschluss des Widerrufsrechts gem. § 312g II BGB .....	10
d) Kein vorrangiges Widerrufsrecht gemäß § 312g III BGB .....	11
e) Zwischenergebnis .....	11
2. Erlöschen des Widerrufsrechts durch Zeitablauf.....	11
a) Fristbeginn .....	11
b) Erlöschen bei Erreichung der Höchstfrist .....	11
c) Zwischenergebnis .....	11
3. Widerrufserklärung innerhalb der Widerrufsfrist.....	11
a) Erklärung, Abgabe, Zugang.....	11
b) Zwischenergebnis .....	12
4. Rechtsfolge des noch zu erklärenden Widerrufs, gem. § 355 III BGB .....	12
III. Kündigung .....	12
1. Ordentliches Kündigungsrecht .....	12
a) Anwendungsbereich .....	12
aa) Begrifflicher Anwendungsbereich .....	13
bb) Persönlicher Anwendungsbereich .....	13
cc) Sachlicher Anwendungsbereich.....	13

dd) Zwischenergebnis .....	13
b) Wirksame Einbeziehung.....	13
aa) Einbeziehungsvereinbarung nach § 305 II BGB .....	13
(i) Hinweis bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 1 BGB .....	13
(ii) Zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 2 BGB .....	14
(iii) Einverständnis des A .....	14
bb) Kein Verstoß gegen das Gebot der überraschenden Klausel, § 305c BGB .....	14
cc) Keine vorrangige Individualabrede, § 305b BGB .....	15
dd) Zwischenergebnis .....	15
c) Inhaltliche Wirksamkeit .....	15
aa) Kontrollfähigkeit der Klausel .....	15
bb) Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit, § 309 BGB ....	15
cc) Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit, § 308 BGB .....	16
dd) Generalklausel, § 307 BGB .....	16
(i) § 307 II BGB .....	16
(ii) § 307 I BGB .....	17
d) Rechtsfolge nach Maßgabe des § 306 BGB .....	18
2. Außerordentliches Kündigungsrecht .....	19
IV. Rücktritt, § 346 BGB .....	20
C. Gesamtergebnis .....	20

## Literaturverzeichnis:

- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 §§ 1-610 CISG, 3. Auflage, München 2012.
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich* Allgemeiner Teil des BGB, 40. Auflage, München 2016.
- Brox, Hans/Walker, Wolf- Dietrich* Allgemeines Schuldrecht, 40. Auflage, München 2016.
- Heermann, Peter W.* Handbuch des Schuldrechts Band 10, Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003.
- Klunzinger, Eugen* Einführung in das Bürgerliche Recht, 16. Auflage, München 2013.
- Köhler, Helmut* BGB Allgemeiner Teil, 40. Auflage, München 2016.
- Leipold, Dieter* BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Tübingen 2013.
- Leipold, Dieter* BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Tübingen 2010.
- Looschelders, Dirk* Schuldrecht Besonderer Teil, 11. Auflage, München 2016.
- Musielak, Hans-Joachim / Hau, Wolfgang* Grundkurs BGB, Eine Darstellung von Grundwissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Klausurübungen, 14. Auflage, München 2015.
- Palandt, Otto (Hrsg.)* Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, München 2017.
- Plate, Jürgen* Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg 2015.
- Prütting, Hanns/ Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* BGB Kommentar, 6. Auflage, Köln 2011.
- Schwab, Martin* AGB-Recht, Tipps und Taktik, 2. Auflage, 2014.



- Soergel, Theodor* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 2 §§ 104-240, 13. Auflage, Stuttgart 1999.
- Soergel, Theodor* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Band 5/1a Schuldrecht §§ 311, 311a – c, 313,314, 13. Auflage, Stuttgart 2014.
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Neubearbeitung 2013, Berlin 2013.
- Ulmer, Peter / Brandner, Erich/  
Hensen, Horst-Diether* AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG, Köln 2016.
- Wolf, Manfred / Lindacher, Walter  
F./ Pfeiffer, Thomas* AGB-Recht, Kommentar, 6. Auflage, München 2013.

## A. Herausgabeansprüche des A gegen B

### I. Herausgabeanspruch nach § 985 BGB

A könnte von B die Herausgabe des Betrags in der Höhe von 120,- Euro durch eine Rückabwicklung des Zahlungsvorgangs verlangen. Fraglich ist, ob ein dinglicher Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB in Betracht kommt. Dies wäre der Fall, wenn es sich beim Buchgeld des B um eine Sache im Sinne des § 90 BGB handeln würde. Eine Sache ist ein abgrenzbarer körperlicher Gegenstand.<sup>1</sup> Das Buchgeld auf dem Konto des B ist jedoch kein körperlicher Gegenstand und somit keine Sache. Ein Anspruch nach § 985 BGB entfällt somit.

### II. Herausgabeanspruch nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB

A könnte jedoch gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB einen Herausgabeanspruch gegen B haben. Dies setzt voraus, dass B durch die Leistung des A etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

#### 1. Etwas erlangt

Der Tatbestand „etwas erlangt“ umschreibt die Erlangung jeglichen Vorteils, meist vermögensrechtlicher Art.<sup>2</sup> Durch die Bankeinzugsermächtigung gewährt der Lastschriftschuldner dem Gläubiger die Lastschrift einzuziehen. Die Abwicklung erfolgt durch die Gläubigerbank, die die vom Schuldner ausgestellte Ermächtigung an das Kreditinstitut des Schuldners weiterreicht.<sup>3</sup> Die Gläubigerbank des B hat die Schuldnerbank des A zu einer Belastung des Kontos des A angewiesen. Es kam zu einer Gutschrift des fälligen Betrags<sup>4</sup> in Höhe von 120,- Euro auf dem Konto des B.

#### 2. Durch die Leistung des A

Eine Leistung i. S. d. § 812 I 1 BGB wird als eine „bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“<sup>5</sup> definiert. Mit der Bankeinzugsermächtigung bezweckte A die Begleichung seiner Schuld aus dem Kaufvertrag. Durch die Bankeinzugsermächtigung erhält B die Möglichkeit über seine Gläubigerbank Zugriff auf die 120,- Euro bei der Schuldnerbank zu erhalten und es kommt zu einer Mehrung seines Vermögens. Folglich liegt eine Leistung des A an B vor.

Ⓟ Geldwert-  
vindikation  
  
Problem:  
Geldwertvindikation

Schön  
schön

Problem: Zeitpunkt der  
Leistung  
-> Gutschrift auf dem  
Konto des B

1 Palandt/Ellenberger, BGB, § 90 BGB, Rn. 1.

2 Looschelders, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2016, S. 384, Rn. 1018.

3 Heermann, Geld und Geldgeschäfte, 1. Aufl. 2003, § 13 I 2, Rn. 5.

4 BGH, XI ZR 220/05 (Urteil vom 11.4.2006), in NJW 2006, S. 1966.

5 BGH, IX ZR 270/02 (Urteil vom 23.10.2003), in NJW 2004, S. 1169.

### 3. Ohne rechtlichen Grund

Des Weiteren müsste die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Dies wäre der Fall, wenn kein wirksames Kausalgeschäft<sup>6</sup> zwischen A und B bestehen würde. Fraglich ist demnach, ob ein wirksamer Kaufvertrag besteht.

#### a) Einigung

Hierfür müssten sich A und B durch zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145, 147 BGB über die Merkmale des § 433 BGB geeinigt haben und dieser Einigung dürften keine Wirksamkeitshindernisse entgegenstehen.<sup>7</sup>

#### aa) Angebot, § 145 BGB

Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf den Vertragsabschluss gerichtet ist und inhaltlich genau bestimmt ist, sodass eine Annahme des Angebots durch den Empfänger durch bloße Bejahung erreicht werden könnte.<sup>8</sup>

#### (i) Angebot durch die Internetannonce des B

Fraglich ist, ob bereits das Inserat über das Jahresabonnement der Sammelbände auf der Internetseite des B den Tatbestand eines Angebots gesetzt hat. Hierfür müsste zunächst der objektive Tatbestand der Willenserklärung erfüllt sein, der gegeben ist, wenn aufgrund ausdrücklichen oder konkludenten Handelns einer Person auf einen Rechtsbindungswillen zu schließen ist.<sup>9</sup> Als Grundlage zur Feststellung des Rechtsfolgewillens dienen die Auslegungsregeln §§ 133, 157 BGB, nach denen der Erklärungstatbestand vor dem Hintergrund aller begleitenden Umstände der Erklärung ermittelt wird.<sup>10</sup> Im vorliegenden Fall ist ein Rechtsbindungswille des B zu bezweifeln, da er sich sonst durch jede Annahme eines Käufers rechtlich durch einen Vertrag binden würde. Dies wäre nicht im Interesse des B, da er sich nicht vorbehalten könnte, mit wem er einen Vertrag eingeht, die Bonität eines Kunden nicht überprüfen könnte und sich zum Schadensersatz verpflichten würde, wenn er nicht mehr liefern könnte. Ein Rechtsbindungswille, der auf den Abschluss eines Vertrages über die Lieferung des Sammelkonzepts abzielt ist demnach zu verneinen. Vielmehr handelt es sich um eine unverbindliche „invitatio ad offerendum“.<sup>11</sup>

genau  
genau

6 Looschelders, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2016, S. 388, Rn. 1032.

7 Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 8, Rn. 3.

8 Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 8, Rn. 9.

9 Klunzinger, Einführung in das Bürgerliche Recht, 16. Aufl. 2013, S. 79, § 8 I.

10 Soergel/Hefermehl, BGB Allgemeiner Teil 2, § 116 BGB, Rn. 18.

11 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl. 2016, Rn. 165a.

Angebot des B durch  
Aufforderung „jetzt  
kaufen“

#### (ii) Angebot durch Abschicken der Bestellung des A

Ferner könnte A mit der Bestellung der Sammelbände, durch das Betätigen den Kaufbuttons am 08.12.2015 ein wirksames Angebot abgegeben haben. Zunächst müsste durch ausdrückliches oder konkludentes Handeln der Erklärungstatbestand einer Willenserklärung gesetzt worden sein.<sup>12</sup> Das Absenden der Bestellung, stellte ein schlüssiges Handeln des A da, mit dem er unmissverständlich nach außen tätig wurde. Durch die Nennung der Vertragspartei, des Vertragsgegenstandes und des Kaufpreises wurden die wesentlichen Regelungsgehalte des Vertrages, die „essentialia negotii“ hinreichend bestimmt.<sup>13</sup> Weiterhin müsste A den subjektiven Tatbestand der Willenserklärung erfüllt haben. Der subjektive Erklärungstatbestand setzt Handlungswillen, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswillen voraus.<sup>14</sup> Die Handlung muss vom Willen des Handelnden gesteuert werden und der Erklärende muss eine für das Rechtsgeschäft relevante Erklärung abgeben wollen. Der Geschäftswille bedingt darüber hinaus, dass die Erklärung auf den Abschluss genau dieses Rechtsgeschäfts gerichtet ist.<sup>15</sup> Da A sich über sein Handeln im Klaren ist und seine Bestellvorgänge willentlich und wissentlich ausgeführt hat, ist der Handlungswille zu bejahen. Zudem war sich A bewusst eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben und wollte die Rechtsfolge des Vertragsschlusses über das Sammelkonzept herbeiführen. Das Wirksamwerden des Angebots setzt Abgabe und Zugang voraus.<sup>16</sup> Im Sachverhalt ist der Zugang jedoch unproblematisch, da der Zugang durch die automatisch erstellte E-Mail bestätigt worden ist.

#### bb) Annahme, § 147 BGB

Dieses Angebot müsste von B angenommen worden sein. Die Annahme als empfangsbedürftige Willenserklärung stellt ein uneingeschränktes Einverständnis mit dem Angebot da.<sup>17</sup>

#### (i) Annahme durch die E-Mail am 08.12.2015

Zunächst ist zu prüfen, ob bereits die automatisch generierte Bestätigungse-Mail den Anforderungen einer Annahme genügt hat. Gemäß § 312i I 1 Nr. 3 BGB ergibt sich eine Pflicht für Händler zur unverzüglichen Bestätigung des Zugangs einer elektronischen Bestellung. Aus dieser Pflicht zur Rückmeldung ist jedoch kein Rechtsbindungswillen des B abzuleiten, da die E-Mail automatisch generiert wird. Das Argument, der Wille zur Erklärung sei

gut  
gut

12 Klunzinger, Einführung in das Bürgerliche Recht, 16. Aufl. 2013, S. 79, § 8 I.

13 Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 8, Rn. 8.

14 Klunzinger, Einführung in das Bürgerliche Recht, 16. Aufl. 2013, S. 79, § 8 I.

15 Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2013, § 10, Rn. 18 ff..

16 Plate, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 6. Aufl. 2016, S. 120.

17 Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 8, Rn. 21.

bereits in der Einsetzung und der Programmierung des automatischen Antwortprogramms zu erblicken, überzeugt nicht.<sup>18</sup> Der Wille zur Einsetzung des Programms ist zwar gegeben. Dies bedingt aber nicht den Willen zum Inhalt der Erklärung. Folglich mangelte es bereits am objektiven Erklärungsstatbestand.

(ii) Annahme des B durch die E-Mail am 09.12.2015

Durch die E-Mail am Morgen des 09.12.2015 könnte das Angebot durch B angenommen worden sein. Der Wortlaut der E-Mail des B lässt darauf schließen, dass dieser von der Bestellung Kenntnis genommen hat und das Angebot des A angenommen hat. Die schriftliche Äußerung des B stellt somit eine Kundgabe des Rechtsfolgewillens da. Darüber hinaus ist am inneren Tatbestand der Willenserklärung des B nicht zu zweifeln. Fraglich ist, ob die Annahme auch wirksam geworden ist. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist abgegeben, wenn der Erklärende alles Erforderliche unternommen hat, damit die Erklärung den Empfänger erreicht.<sup>19</sup> Die Abgabe durch B ist demnach durch das Absenden der Nachricht an die angegebene E-Mail-Adresse erfolgt. Die Erklärung müsste dem A aber auch zugegangen sein. Hierfür müsste sie in einer Art in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen von ihr Kenntnis nehmen kann.<sup>20</sup> Im Falle einer früheren Kenntnisnahme der Erklärung ist der Zugang zum Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme erfolgt.<sup>21</sup> Für den Zugang einer elektronischen Willenserklärung müsste der Empfänger zunächst den Weg der telekommunikativen Übermittlung selbst gewählt haben.<sup>22</sup> Da A seine E-Mail-Adresse bei der Bestellung angegeben hat, ist der Weg für eine Annahme per E-Mail durch ihn selbst eröffnet worden. Strittig ist, zu welchem Zeitpunkt der Zugang bei A erfolgte. Bei Privatpersonen ist gewöhnlich in einem Zeitrahmen von 24 Stunden nach dem Eingang in das E-Mail-Postfach mit einer Kenntnisnahme des Adressaten zu rechnen.<sup>23</sup> A hat die Betreffzeile der E-Mail des B am frühen Nachmittag des 9.12.2015 gelesen. Es kann dahinstehen, ob sein irrtümlicher Glaube, es handle sich um ein Spammail, einen Zugang trotz tatsächlicher Kenntnisnahme des Betreffs der Email zu diesem Zeitpunkt verhinderte. Die Willenserklärung des B ist dem A spätestens am Morgen des 10.12.2015 zugegangen. Die Annahme des B ist demzufolge wirksam geworden.

✓  
Geburt I 2 BGB

Fehlt: § 312i I 2 BGB

18 Leipold, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2010, § 10, Rn. 21.

19 Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015, Rn. 87.

20 BGH, XII ZR 214/00 (Urteil vom 21.1.2004), in NJW 2004, S. 1320.

21 Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 6, Rn. 13.

22 Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015, Rn. 97.

23 Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015, Rn. 97.

## b) Wirksamkeit

Der Einigung könnten jedoch rechtshindernde Einwendungen entgegenstehen.

### aa) Unwirksamkeit wegen Alkoholisierung gemäß § 105 II BGB

Fraglich ist, ob die Willenserklärung des A aufgrund seines Zustands der Alkoholisierung als nichtig anzusehen ist. Für die Nichtigkeit nach § 105 II BGB ist nicht der völlige Schwund des Bewusstseins nötig. Es genügt eine beträchtliche Beeinträchtigung des Bewusstseins, die die Fähigkeit der Erfassung von Inhalt und Art der Handlung teilweise oder völlig ausschließt.<sup>24</sup>

A nahm den Inhalt und die Tragweite seiner Handlung wahr und führte den Bestellvorgang willentlich und wissentlich aus. Zudem war er in der Lage seine persönlichen Daten einzugeben. Ein vorübergehender Zustand der Bewusstlosigkeit des A lag zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vor.

### bb) Unwirksamkeit aufgrund § 312j IV BGB

III, IV

Weiterhin könnte eine Unwirksamkeit des Vertrages aus einem Verstoß gegen § 312j III BGB resultieren. Ein Vertragsschluss ist nur möglich, wenn der Kunde unmissverständlich die Zahlung bestätigt. Dies setzt voraus, dass die Schaltfläche, durch deren Betätigung der Zahlungspflicht ausgelöst wird, klar gestaltet ist.<sup>25</sup> Auf der Internetseite des B ist ein Kauf des Sammelkonzepts durch Drücken des Kaufbuttons mit der Aufschrift „Jetzt kaufen“ möglich. Hinweise auf unnötige, zusätzliche Zeichen auf der Taste, die an der Ausdrücklichkeit der Zahlungsbestätigung zweifeln lassen, liegen nicht vor. Eine Nichtigkeit der Einigung aus § 312j IV BGB ergibt sich nicht.

### cc) Unwirksamkeit wegen Formmangel, § 125 I BGB

Eine Nichtigkeit der Einigung könnte sich darüber hinaus nach § 125 I BGB durch einen Verstoß gegen die Formvorschrift des § 510 I BGB ergeben. Gemäß § 510 I Nr. 2 BGB könnte es sich bei dem Vertrag zwischen A und B um einen Ratenlieferungsvertrag über die Lieferung von gleichartigen Sachen handeln. Sachen gleicher Art müssen in den essentiellen Wesensmerkmalen übereinstimmen. Abweichungen im Themenbereich<sup>26</sup> sind unwesentlich, genauso wie qualitative Unterschiede.<sup>27</sup> A, der Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist und B, der Unternehmer im Sinne des § 14 BGB ist, haben einen Kaufvertrag über eine regelmäßige, halbjährliche Lieferung von Sammelkonzepten geschlossen. Die Sammelbände stimmen in den funda-

24 Palandt/Ellenberger, BGB, § 105 BGB, Rn. 2.

25 Palandt/Grüneberg, BGB, § 312j BGB, Rn. 8/9.

26 Bamberger/Roth/Möller, Kommentar zum BGB, § 510 BGB, Rn. 10.

27 Prütting/Wegen/Weinreich/Kessal-Wulf, BGB Kommentar, § 510 BGB, Rn. 5.

etwas  
knapp

etwas knapp

gut  
gut

mentalen Artmerkmalen, wie Aufbau der Blätter und wissenschaftliche Erstellung überein. Es handelt sich folglich um einen Ratenlieferungsvertrag, der der Schriftform des § 126 BGB genügen müsste. § 510 II BGB ermöglicht jedoch eine Abweichung, wenn B dem A die Vertragsbestimmungen und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bei Vertragsschluss zum Abruf und zur Speicherung zur Verfügung gestellt hätte. B hat dies getan und die Voraussetzungen des § 510 II BGB erfüllt. Ein Formmangel nach § 125 I BGB liegt nicht vor.

Anfechtung

Fehlt: Anfechtung

### c) Zwischenergebnis

A und B haben sich wirksam geeinigt. Diese Einigung hat einen Kaufvertrag zwischen A und B gemäß § 433 BGB begründet, der den Rechtsgrund für die Vermögensmehrung des B darstellt. Ein Herausgabeanspruch des A gegen B gemäß § 812 I 1. Alt 1 BGB besteht nicht.

### B. Weitere Mittel des A zur Durchsetzung seiner Ziele

Zwischen A und B besteht ein wirksamer Kaufvertrag gemäß § 433 BGB. Zu prüfen ist, ob sich A von der Zahlungs- und Abnahmeverpflichtung dieses Kaufvertrags durch Anfechtung, Widerruf, Kündigung oder Rücktritt befreien kann.

#### I. Anfechtung

§ 119 II BGB

Fehlt: § 119 BGB

A könnte sich zur Durchsetzung seines Ziels der Rückerlangung der 120,- Euro und der Aufhebung des Vertrags der Anfechtung bedienen. Durch eine Anfechtung könnte der rechtliche Grund der Leistung mit „ex tunc“-Wirkung gemäß § 142 I BGB entfallen. Hierfür müsste A seine auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung berechtigerweise innerhalb der Frist mit einer formgemäßen Erklärung anfechten.

#### 1. Anfechtungsgrund

Zunächst müsste ein Anfechtungsgrund gegeben sein. Dieser könnte durch eine arglistige Täuschung des A durch B gemäß § 123 I Alt. 1, II BGB bestehen. Dies würde folgende Bedingungen voraussetzen:

##### a) Täuschungshandlung

Zunächst müsste eine Täuschung vorliegen. Darunter ist ein Auftreten, das zur Herbeiführung, Bestätigung oder zur Wahrung einer falschen Vorstellung bei einem anderen führt zu verstehen. Die Täuschung kann sowohl in einem Verzicht der Aufklärung bestehen als auch in einer aktiven Betätigung.<sup>28</sup>

28 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl. 2016, Rn. 451.

Vorliegend hat B im Internet Sammelbände angepriesen, die professionelle Fotografien und von Journalisten und Wissenschaftlern erstellte Texte enthalten sollen. Durch diese Behauptungen, hat er in A eine unrichtige Vorstellung über die Beschaffenheit der Sammelbände hervorgerufen, der sich auf die im Internet angegebene Beschreibung verlassen hat.

#### b) Kausalität

Des Weiteren müssen die wahrheitswidrigen Gegebenheiten für die Willenserklärung ausschlaggebend sein. Dies ist gegeben, wenn durch die Täuschungshandlung ein Irrtum erzeugt wird, der für die Abgabe der Willenserklärung von ausschlaggebender Bedeutung ist.<sup>29</sup> Würde die Täuschung keine „condicio sine qua non“ für die Willenserklärung darstellen, wäre eine Kausalität zu verneinen.<sup>30</sup>

Vorliegend hat A das Angebot zum Kauf der Sammelbände aufgrund eines Irrtums über die Eigenschaft der Sammelbände abgegeben. Ursächlich für den Irrtum ist die Täuschungshandlung des B gewesen.

#### c) Widerrechtlichkeit

Die Täuschung müsste widerrechtlich erfolgen und dürfte nicht von der Rechtsordnung gebilligt sein.<sup>31</sup> Die Falschangabe von Produktinformationen ist im BGB nicht gestattet und war somit rechtswidrig.

#### d) Arglist

Zudem muss die Täuschung arglistig erfolgt sein. Dies bedingt Vorsatz, das heißt das Wissen und Wollen des Täuschenden den Erklärungsempfänger durch die misslichen Angaben zu einer Abgabe der Willenserklärung zu bewegen.<sup>32</sup> Da B die Sammelbände auf seiner Internetseite angeboten hat, ist davon auszugehen, dass er von den falschen Angaben gewusst hat und diese bewusst nicht berichtigt hat, um Kunden wie A zu einem Kauf zu bewegen. Die Arglist ist zu bejahen.

#### e) Person des Täuschenden

Fraglich ist, wer die Täuschung vorgenommen hat. Da B mit Wissenschaftlern, Journalisten und professionellen Fotografen zusammenarbeitet, könnte die Täuschung nicht durch ihn sondern durch einen Dritten im Sinne des § 123 II BGB verübt worden sein. Gemäß § 123 II BGB ist unter dem Begriff des Dritten jedoch nur ein Unbeteiligter zu sehen, folglich niemand, der aus dem Kreis des Erklärungsempfängers stammt.<sup>33</sup> Da B mit den zur

fernlegend

29 BGH, IV ZR 38/09 (Urteil vom 21.9.2011), in NJW 2012, S. 297.

30 Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015, § 5, Rn. 420.

31 Plate, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 6. Aufl. 2015, S. 474.

32 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl. 2016, Rn. 454.

33 Soergel, BGB Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl. 1999, § 123 BGB, Rn. 32.



Erstellung der Sammelbände beauftragten Personen in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden ist, ferner sie auf Werkvertragsbasis beschäftigt hat, handelt es sich nicht um eine Täuschung durch Dritte im Sinne des § 123 II BGB.

## 2. Anfechtungserklärung, § 143 BGB

A müsste darüber hinaus eine Anfechtungserklärung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner abgeben, § 143 BGB. Der Anfechtungsgegner richtet sich nach § 143 II BGB und ist die andere Vertragspartei, vorliegend B. Der Begriff der Anfechtung muss nicht ausdrücklich erwähnt werden, aus dem Wortlaut muss aber das Ziel der Beseitigung der anzufechtenden Erklärung aufgrund eines Willensmangels hervorgehen.<sup>34</sup> Fraglich ist, ob in der Aufforderung des A gegenüber dem B zur Herausgabe der 120,- Euro eine Anfechtungserklärung zu erblicken ist. Sein Verlangen hat A gegenüber dem B geäußert, jedoch ist aus der Erklärung der Wille zur Beseitigung des Kaufvertrags aufgrund eines Willensmangels nicht hervorgegangen.

## 3. Anfechtungsfrist, § 124 I, II BGB

Der Anfechtende ist zur Wahrung der Anfechtungsfrist des § 124 I BGB gezwungen. Die Anfechtung aufgrund arglistiger Täuschung ist innerhalb eines Jahres, ab dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung über die Täuschung möglich. Eine bloße Vermutung genügt nicht um einen Fristbeginn nach § 124 II BGB auszulösen.<sup>35</sup> Fraglich ist, wann A die Täuschung wahrgenommen hat. In Betracht kommt der 5.1.2016, als A bei der ersten Lieferung den nicht wie beschriebenen Zustand der Ware festgestellt hat. Ob es einen Zusammenhang zwischen der Lieferung des schlechten Produktes und der Bestellung im Internet am 8.12.2015 gibt, war sich A nicht sicher. Erst am 28.12.2016 hat A die Belastung seines Kontos wahrgenommen und sich an die Bestellung der Loseblattsammlung erinnert. Der Beginn der Jahresfrist ist folgerichtig erst am 29.12.2016 eingetreten, einen Tag nach der Registrierung der Täuschung und berechnet sich nach § 187 I BGB. Das Ende der Frist bemisst sich nach Maßgabe des § 188 II BGB und endet mit dem Ablauf des 29.12.2017.

## 4. Ergebnis

A hat innerhalb der vorgegebenen Frist keine Anfechtungserklärung gegenüber B erklärt. Eine vertragliche Bindung besteht für A weiter fort. Jedoch steht A nach wie vor die Möglichkeit offen, seine Willenserklärung innerhalb der Frist anzufechten.

34 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Aufl. 40 2016, Rn. 433.

35 Palandt/ Ellenberger, BGB, § 124 BGB, Rn. 2.

Doch!  
Auslegung des  
Herausgabeverlangens

Schon

m4

Mindermeinung

genau zitieren  
Rückzahlung gem.  
§§ 355 III 1, 357 I BGB

## II. Widerruf gem. § 355 I 1 BGB

Darüber hinaus könnte der schuldrechtliche Vertrag zwischen A und B durch den Widerruf der Willenserklärung des A gemäß § 355 I 1 BGB unwirksam und mit „ex nunc“ – Wirkung erloschen sein. Ein wirksamer Widerruf nach § 355 I 1 BGB setzt ein Widerrufsrecht des A und eine Widerrufserklärung innerhalb der vorgegebenen Frist voraus.

### 1. Bestehen eines Widerrufsrechts

Zunächst müsste A über ein Widerrufsrecht verfügen. Dieses könnte sich aus § 312g I Alt. 2 BGB ergeben.

#### a) Anwendungsbereich

Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 312g I Alt. 2 BGB ist die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 312-312h BGB.

#### aa) Persönlicher Anwendungsbereich

Im vorliegenden Sachverhalt müsste es sich gem. § 312 I BGB um einen Verbrauchervertrag handeln, welcher in § 310 III BGB legal definiert wird. Dieser stellt einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher da.

#### (i) B als Unternehmer

B müsste ein Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB sein. Da B als natürliche Person bei der Schließung des Rechtsgeschäfts mit A im Rahmen seiner selbständig beruflichen Tätigkeit gehandelt hat, ist dies zu bejahen.

#### (ii) A als Verbraucher

Zudem müsste A Verbraucher gemäß § 13 BGB sein. Vorliegend ist A als eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft mit B eingegangen, zum Zweck des Erwerbs der Sammelbände, die er privat nutzen will. A ist Verbraucher im Sinne des § 13 BGB.

#### bb) Sachlicher Anwendungsbereich

Ferner verlangt § 312 I BGB eine entgeltliche Leistung des Unternehmers. Dies umfasst alle gegenseitigen schuldrechtlichen Verträge, bei denen der Unternehmer zu einer Leistung und der Verbraucher zu einer Gegenleistung verpflichtet werden.<sup>36</sup> Durch den Kaufvertrag gemäß § 433 BGB ist B zur Übereignung und Übergabe des Sammelkonzepts und A zur Abnahme der Sache und zur Zahlung des fälligen Betrags verpflichtet worden. Eine entgeltliche Leistung im Sinne des § 312 I BGB liegt vor.

<sup>36</sup> Bamberger/Roth/Ann/Maume, Kommentar zum BGB, § 312 BGB, Rn. 8.

cc) Kein Ausschluss gem. § 312 II BGB

Ein Ausschluss der Anwendbarkeit der Vorschrift des § 312 I BGB ergibt sich aus § 312 II BGB nicht.

dd) Zwischenergebnis

Demnach ist der Anwendungsbereich der § 312-312h BGB eröffnet.

b) Fernabsatzvertrag gem. § 312c I BGB

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Widerrufsrechts nach § 312g I BGB ist das Vorliegen eines Fernabsatzvertrages gemäß § 312c I BGB. Dieser besteht im Falle eines Vertragsschlusses zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der unter der reinen Verwendung von Fernkommunikationsmitteln stattfindet. Der Begriff der Fernkommunikationsmittel des § 312c II BGB umfasst alle Verständigungsmittel, die ohne die gleichzeitige körperliche Präsenz der Vertragsparteien eingesetzt werden. Die Abgabe der Willenserklärung des A erfolgte über einen online Bestellvorgang über die Website des B, ein speziell für Fernabsatzverträge vorgesehenes Verkaufssystem. Die Abgabe der Erklärung des B durch eine E-Mail. A und B bedienten sich zum Vertragsschluss der Hilfe moderner Kommunikationstechniken ohne dabei gleichzeitig körperlich anwesend zu sein. Laut § 312c I BGB liegt demnach eine Fernabsatzvertrag vor.

schön

Schon

c) Ausschluss des Widerrufsrechts gem. § 312g II BGB

Ein Widerrufsrecht könnte durch einen Ausschlussstatbestand nach § 312g II BGB verwehrt sein. Einschlägig könnte vorliegend § 312g II Nr. 1 BGB sein, wenn es sich um nicht vorgefertigte Waren handeln würde, die nach Maßgabe des Kunden hergestellt werden. Zwar wird durch §§ 7,8 AGB des B ersichtlich, dass der Produktionsumfang der Sammelbände sich nach der Zahl der Auftraggeber richtet und keine unbegrenzte vorgefertigte Zahl vorliegt. Die Gestaltung der Loseblattseiten erfolgt aber nicht nach den Vorstellungen des A, sondern wird durch die Wissenschaftler, Journalisten und Fotografen vorgenommen. § 312g II Nr.1 BGB ist nicht anwendbar. Des Weiteren könnte § 312g II Nr. 7 BGB greifen. Dieser umfasst die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften oder Illustrierten schließt aber Abonnementverträge explizit aus. Beim Kaufvertrag zwischen A und B handelt es sich um ein Jahresabonnement, da A sich zu einem regelmäßigen Bezug der Sammelbände verpflichtet. Die Anwendbarkeit des § 312g II Nr. 7 BGB scheidet demnach aus.

fehlt: Nr. 4

Nr. 4

#### d) Kein vorrangiges Widerrufsrecht gemäß § 312g III BGB

Darüber hinaus ist kein vorrangiges Widerrufsrecht nach § 312g III BGB ersichtlich.

#### e) Zwischenergebnis

Demnach besteht ein Widerrufsrecht des A.

#### 2. Erlöschen des Widerrufsrechts durch Zeitablauf

Dieses Widerrufsrecht könnte jedoch durch ein Verstreichen der Widerrufsfrist verwehrt sein.

Nach § 355 II 1 BGB beträgt diese 14 Tage.

#### a) Fristbeginn

Im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs nach § 474 I 1 BGB richtet sich der Fristbeginn different zu § 355 II 2 BGB nach § 356 II Nr. 1 lit. a) BGB und beginnt mit Erhalt der Ware. Unter einem Verbrauchsgüterkauf sind Verträge, bei denen ein Verbraucher eine bewegliche Sache bei einem Unternehmer erwirbt zu fassen. Der Fristbeginn des Widerrufsrechts würde gemäß § 187 I BGB auf den Tag des 6.1.2016 fallen. Abweichend tritt nach § 356 III 1 BGB ein Fristbeginn nicht ein, bevor der Unternehmer den Verbraucher im Sinne des Art. 246a § 1 II 1 Nr. 1 EGBGB vorschriftsgemäß über den Widerruf belehrt hat. Wie A im Sachverhalt rügte fand eine Unterrichtung über das Widerrufsrecht durch B nicht statt. Die Widerrufsfrist ist noch nicht angebrochen.

#### b) Erlöschen bei Erreichung der Höchstfrist

§ 356 III 2 BGB begrenzt die Höchstfrist für einen Widerruf auf zwölf Monate und 14 Tage ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder dem Erhalt der Ware. A erhielt am 5.1.2016 die erste Lieferung. Die Berechnung der Widerrufsfrist richtet sich nach Maßgabe des § 188 I, II Hs. 1 BGB und würde nach dem Ablauf des 19.1.2017 enden.

#### c) Zwischenergebnis

A ist in der Lage von seinem Widerrufsrecht nach § 312g I BGB Gebrauch zu machen, da die Frist noch nicht verstrichen ist.

#### 3. Widerrufserklärung innerhalb der Widerrufsfrist

##### a) Erklärung, Abgabe, Zugang

Für einen wirksamen Widerruf ist eine Begründung sowie die Erwähnung des Wortes „Widerruf“ nicht nötig, es genügt eine Aussage, dass am Vertrag nicht länger festgehalten werden soll.<sup>37</sup> Gemäß § 355 I BGB ist die Erklärung gegenüber dem Unternehmer zu äußern.

Nein!  
Regelungen des  
Verbrauchsgüterkaufs auf  
Dauerschuldverhältnisse  
NICHT anwendbar

<sup>37</sup> Bamberger/Roth/Grothe, Kommentar zum BGB, § 355 BGB, Rn. 12.

Widerruf  
bereits  
erklärt

Widerruf bereits erklärt

Die Erklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner bestimmten Form nach § 125 I BGB.

#### b) Zwischenergebnis

A hat die Möglichkeit von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen. Hierfür muss er innerhalb der Frist eine ordnungsgemäße Erklärung zum Widerruf gegenüber dem B abgeben.

#### 4. Rechtsfolge des noch zu erklärenden Widerrufs, gem. § 355 III BGB

Im Falle einer wirksamen Widerrufserklärung würde der Kaufvertrag über das Sammelkonzept mit „ex nunc“ – Wirkung erlöschen und sich in ein Rückabwicklungsverhältnis umwandeln.<sup>38</sup> § 355 III BGB verpflichtet zur Rückgewähr der bereits erhaltenen Leistungen. Die Rechtsfolgen einer wirksamen Widerrufserklärung des A würden sich nach § 357 BGB bestimmen. A müsste die empfangenen Leistungen, die Sammelbände, dem B zurück gewähren. Für entstehende Versandkosten müsste B nach § 357 VI BGB aufkommen. Im Gegenzug wäre B zur Rückabwicklung des Zahlungsvorgangs verpflichtet.

### III. Kündigung

Neben der Anfechtung und dem Widerruf könnte eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung ein weiteres Mittel des A sein, um das Dauerschuldverhältnis zu beenden.<sup>39</sup>

#### 1. Ordentliches Kündigungsrecht

Ein Recht zur ordentlichen Kündigung kann sich entweder von Gesetzes wegen ergeben oder durch eine vertragliche Vereinbarung.<sup>40</sup> Allgemeine gesetzliche Vorschriften für die Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen bestehen nicht. Möglicherweise könnte A den Vertrag mit B über den Kauf der Sammelbände aufgrund der vertraglichen Abreden in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) unter Wahrung der Kündigungsform und -frist zum Erliegen bringen. Dies würde eine wirksame Einbeziehung der AGB-Klauseln §§ 7,8 in den Vertrag bedingen. Handelt es sich bei den oben genannten Regelungen um AGB, beurteilt sich dies nach §§ 305 ff. BGB.

#### a) Anwendungsbereich

Zunächst muss der Anwendungsbereich der § 305 ff. BGB eröffnet sein, damit sich die Einbeziehung und die Wirksamkeit der Kündigungsbedingungen §§ 7,8 nach dieser Vorschrift richtet.

38 Palandt/Grüneberg, BGB, § 355 BGB, Rn. 4.

39 Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl. 2016, § 17, Rn. 12.

40 Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl. 2016, § 17, Rn. 15.

#### aa) Begrifflicher Anwendungsbereich

§§ 7,8 der Kündigungsbedingungen müssten dem Begriff der AGB genügen. Nach § 305 I 1 BGB sind unter AGB die für eine Vielheit von Verträgen bereits vorher formulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragsseite der anderen beim Vertragsabschluss stellt, zu verstehen.

Im Sachverhalt sollen die Kündigungsbedingungen des B den Vertragsinhalt konkretisieren, folglich liegen Vertragsbedingungen vor. Da diese bereits vor der Einigung zur Abrufung zur Verfügung standen und auf der Internetseite für alle künftigen Online-Geschäfte verwendet werden, ist keine Problematik im Bereich der Vorformulierung und der Vielzahl zu erblicken.

#### bb) Persönlicher Anwendungsbereich

Überdies müsste der persönliche Anwendungsbereich gemäß § 310 I BGB eröffnet sein. Ein Ausschluss der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB besteht demnach, wenn die AGB gegenüber einem Unternehmer gemäß § 14 BGB verwendet werden. Da die Verwendung der Sammelbände dem Privatbereich des A dienen, tritt dieser nicht als Unternehmer auf.

#### cc) sachlicher Anwendungsbereich

Hinsichtlich der sachlichen Anwendbarkeit besteht keine Problematik, da kein Ausschlussstatbestand des § 310 IV BGB greift.

#### dd) Zwischenergebnis

Die Vorschriften des §§ 305 ff. sind anwendbar.

#### b) Wirksame Einbeziehung

Zunächst müssten die Lieferbedingungen des B wirksamer Vertragsbestandteil geworden sein.

#### aa) Einbeziehungsvereinbarung nach § 305 II BGB

Dies bestimmt sich nach den kumulativen Voraussetzungen des § 305 II BGB. Dies bedingt den ausdrücklichen Hinweis auf die AGB, die Verschaffung der Möglichkeit in vertretbarer Weise die AGB inhaltlich zu erfassen und das Einverständnis der anderen Vertragspartei mit der AGB.

#### (i) Hinweis bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 1 BGB

B müsste den A bei Vertragsschluss ausdrücklich auf seine AGB hingewiesen haben. Dies könnte durch den leserlichen Hinweis auf die AGB beim Bestellvorgang und die Bereitstellung in einer zusätzlichen Datei erfolgt sein. Zudem erfordert das Ausdrücklichkeitsgebot, dass der schriftliche Hinweis derart gestaltet ist, dass ein gewöhnlicher Kunde ihn bei nur oberflächlicher Betrachtung nicht übersehen kann.<sup>41</sup> A hat den schriftlichen

<sup>41</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 305 BGB, Rn. 69.

Hinweis auf die AGB trotz seiner Trunkenheit erkannt. Dies unterstreicht die klare und übersichtliche Gestaltung des Verweises auf die AGB.

(ii) Zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 2 BGB

Ferner müsste B dem A die Gelegenheit gegeben haben bei und nach der Schließung des Vertrags in zumutbarer Weise inhaltlich von der AGB Kenntnis zu nehmen. Dies setzt zunächst die Zugriffsmöglichkeit auf die AGB bei und nach dem Vertragsschluss voraus.<sup>42</sup> Die Verfügbarkeit ist hier unproblematisch, da A die AGB in ausformulierter Form kostenfrei speichern konnte und diese zu jedem Zeitpunkt einsehen kann. Darüber hinaus bedingt die Transparenzvorgabe des § 305 II 2 BGB, dass die AGB für den Durchschnittskunden leserlich und verständlich sind.<sup>43</sup> Im zugrundeliegenden Sachverhalt sind die Kündigungsbedingungen verständlich und eindeutig formuliert. Die klare Strukturierung des Bestellvorgangs lässt zudem an der inhaltlichen Verständlichkeit der AGB keine Zweifel.

(iii) Einverständnis des A

Darüber hinaus müsste A der Verwendung der AGB zustimmen. Ein Einverständnis könnte auch konkludent erklärt werden. Nimmt der Kunde die unter Achtung des § 305 II Nr. 1 und Nr. 2 BGB dargestellten AGB-Klauseln wahr und widerspricht diesen bei Vertragsschluss nicht, so teilt er durch Schweigen sein konkludentes Einverständnis mit den AGB mit.<sup>44</sup> Vorliegend wurde A wie zuvor geprüft auf die AGB ausdrücklich hingewiesen und hat inhaltlich von diesen Kenntnis genommen. Da kein Widerspruch von Seiten des A erkennbar ist, ist sein Schweigen als Zustimmung zu werten.

nein

nein

bb) Kein Verstoß gegen das Gebot der überraschenden Klausel, § 305c BGB

Würde es sich bei den Kündigungsbedingungen §§ 7,8 um eine überraschende Klausel gemäß § 305c BGB handeln, wäre keine Einbeziehung in den Vertrag möglich. Eine Klausel ist überraschend, wenn aufgrund einer erheblichen Divergenz zwischen Klauselinhalt und Vorstellung des durchschnittlichen Erwerberkreises nicht mit ihr hätte gerechnet werden müssen.<sup>45</sup>

§§ 7,8 der AGB enthält eine Kündigungsfrist von vier Monaten sowie weitere Kündigungsbedingungen zur Verhinderung der Fehlkalkulation der

42 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 305 BGB, Rn. 85.

43 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 305 BGB, Rn. 88.

44 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 305 BGB, Rn. 105.

45 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 305c BGB, Rn. 18.

✓

9312i I 10.14  
BGB

Fehlt: § 312i I 1 Nr. 4 BGB

Nur ausnahmsweise hat  
Schweigen  
Erklärungswert

Arbeitskräfte und zur Planbarkeit der Produktion. Dies dient zum Schutz der gewerblichen Existenz des B. Darüber hinaus ist es nicht ungewöhnlich die Vertragsdauer in der AGB festzulegen. Es liegt keine überraschende Klausel nach § 305c BGB vor.

cc) Keine vorrangige Individualabrede, § 305b BGB

Eine vertragliche Einbeziehung würde auch durch eine vorrangige Individualabrede zwischen A und B über den gleichen Regelungsbestand verhindert werden. Eine Absprache zwischen A und B fand jedoch nicht statt, eine Individualabrede ist nicht existent.

dd) Zwischenergebnis

§§ 7,8 der AGB ist Vertragsbestandteil geworden.

c) Inhaltliche Wirksamkeit

Fraglich ist, ob die Klausel inhaltlich wirksam ist. Eine Kontrollfähigkeit der Klausel nach § 307 III BGB und ein nicht Standhalten der Wirksamkeitskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB würde zur Unwirksamkeit der Klausel führen.

aa) Kontrollfähigkeit der Klausel

Zunächst müsste §§ 7,8 AGB des B kontrollfähig sein. Gemäß § 307 III BGB sind dies nur Klauseln, die von rechtlichen Vorschriften abweichen oder komplementäre Regelungen enthalten.<sup>46</sup> Die Kündigungsfrist und die Form der Kündigung bei einem Dauerschuldverhältnis sowie die stillschweigende Verlängerung des Abonnements sind gesetzlich nicht geregelt. Es besteht lediglich ein Kündigungsrecht aus wichtigen Grund nach § 314 BGB. Folglich enthalten §§ 7,8 AGB vom Gesetzestext abweichende Regelungen und sind einer Inhaltskontrolle unterworfen.

bb) Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit, § 309 BGB

Zu prüfen ist, ob die Klauseln gegen ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit gemäß § 309 BGB verstoßen. Dies würde zunächst ein Dauerschuldverhältnis zwischen A und B bedingen. Ein Dauerschuldverhältnis setzt eine regelmäßige Leistungserbringung voraus und ist durch eine Zunahme des Gesamtumfangs der Leistung in Abhängigkeit von der Vertragslaufzeit gekennzeichnet.<sup>47</sup> Der Kaufvertrag über die Sammelbände ist auf die halbjährliche Lieferung der Loseblattsammlung gerichtet. Somit handelt es sich um eine regelmäßige Leistung des B durch die Lieferung seiner Ware und folglich um ein Dauerschuldverhältnis zwischen A und B. Ein Anwendungsausschluss des § 309 Nr. 9 BGB könnte sich dennoch ergeben,

Schön

Schön

<sup>46</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 307 BGB, Rn. 1.

<sup>47</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 314 BGB, Rn. 2.



fehlt: § 309 Nr. 9  
HS 2 BGB als  
Ausnahme

wenn es sich nach § 510 I 1 Nr.1 BGB um die Lieferung als „zusammengehörig verkaufte Sachen“ handelt.<sup>48</sup> In diesem Fall würde kein Dauerschuldverhältnis vorliegen, da der Umfang der Leistung unabhängig von der Vertragslaufzeit festgelegt wird.<sup>49</sup> Die Lieferung des Sammelkonzepts erfolgt nur während des Bestands des Vertrages und ist an diesen zeitlich gebunden. § 309 Nr. 9 BGB ist anwendbar. Vorliegend würde § 7 AGB den Erwerber für 30 Monate vertraglich binden. Nach § 309 Nr. 9 lit. a) darf die Mindestvertragsdauer zwei Jahre nicht übersteigen. Des Weiteren verstößt auch die Kündigungsfrist von vier Monaten gegen die zulässige Höchstfrist, die durch § 309 Nr. 9 lit. c) auf drei Monate begrenzt ist. Lediglich die vorgeschriebene Art der Kündigung des § 7 AGB hält der Klauselkontrolle des § 309 BGB stand. Gemäß § 309 Nr. 9 lit. b) BGB ist zudem eine stillschweigende Verlängerung des Vertrages für mehr als ein Jahr unzulässig. Durch § 8 AGB würde A weitere 18 Monate gebunden werden, wenn er nicht kündigen würde.

Nur die Vorschrift über die Form der Kündigung des § 7 AGB hält der Klauselkontrolle des § 309 BGB stand.

#### cc) Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit, § 308 BGB

§ 308 BGB enthält keine Regelungen über die Form der Kündigung, sodass kein Verstoß in Betracht kommt.

#### dd) Generalklausel, § 307 BGB

Es bleibt noch zu prüfen, ob die Formvorschrift des § 7 AGB einer inhaltlichen Kontrolle des § 307 BGB standhalten würde. § 307 BGB stellt eine Konkretisierung der §§ 308, 309 BGB da, sodass eine Prüfung durch § 307 auch dann durchzuführen ist, wenn §§ 308, 309 BGB nicht einschlägig sind.<sup>50</sup>

#### (i) § 307 II BGB

Vorerst ist die Klausel einer Prüfung durch der gegenüber § 307 I BGB konkretisierten Norm des § 307 II Nr. 1 und Nr. 2 BGB zu unterziehen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Formvorschrift der Kündigung nach § 7 AGB einem grundlegenden Gedanken des Gesetzes widerspricht oder den Vertragszweck gefährdet. Äußert das Gesetz keinen Grundgedanken über einen Themenkomplex, gewährt es einen vertraglichen Gestaltungsspielraum.<sup>51</sup>

48 Palandt/Grüneberg, BGB, § 309 BGB, Rn. 90.

49 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht Kommentar, § 309 Nr. 9 BGB, Rn. 10-12.

50 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 307 BGB, Rn. 6.

51 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 307 BGB, Rn. 104.

Eine Unwirksamkeit der verbleibenden Klausel § 7 AGB ergibt sich nicht aus § 307 II Nr. 1 und Nr. 2 BGB.

(ii) § 307 I BGB

Offen bleibt, ob der fraglichen Klausel § 307 I BGB entgegensteht. Dies wäre zu bejahen, wenn die Formvorschrift der Kündigung des § 7 AGB die andere Vertragspartei, hier A, wider dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen würde.

Der Tatbestand der unangemessenen Benachteiligung ist vor dem Hintergrund der Benachteiligung des Erwerbers und der gegenläufigen und rechtfertigenden Interessen Verkäufers zu ermitteln.<sup>52</sup> Die Unangemessenheit ist dann gegeben, wenn der Verwender sein Begehren zu Lasten der anderen Seite durchsetzt, ohne deren Interessen hinreichend zu berücksichtigen und ohne ihr eine schonenden Interessenausgleich in Aussicht zu stellen.<sup>53</sup> Darüber hinaus würde eine unübersichtliche Darstellung der AGB gegen das Transparenzgebot verstoßen und hätte Unangemessenheit zur Folge.<sup>54</sup> Das Gebot von Treu und Glaube verdeutlicht den Begriff der Unangemessenheit und ist verletzt, wenn der Verwender die Vertragsbedingungen für die Durchsetzung seiner eigennützigen Bestrebungen nutzt.<sup>55</sup> B schreibt durch § 7 AGB die Schriftform nach § 126 BGB zur Kündigung vor. Durch die Erschwerung der Kündigung ist darin eine Benachteiligung des A zu sehen. Eine Unangemessenheit ist fraglich.

Der Gesetzgeber räumt durch § 127 BGB den Parteien die Möglichkeit ein, die Schriftformklausel vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit frei zu gestalten. Die Vorgabe des § 126 III BGB, dass die schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden kann, gilt nur für gesetzliche Formvorschriften. Vorliegend handelt es sich um eine durch Rechtsgeschäft begründete Formvorschrift, die nur eine schriftliche Kündigung oder eine per Fax zulässt, nicht aber eine elektronische Form.

Diese Beschränkung ist vor dem Hintergrund der Auslegung des § 127 II BGB unproblematisch, da einer telekommunikativen Übermittlung nur stattgegeben wird, wenn kein abweichender Parteiwille erkennbar ist.<sup>56</sup> Die Formvorschriften des § 7 AGB bringt einen solchen jedoch hervor. Unab-

---

52 Staudinger/Coester, Kommentar zum BGB, § 307 BGB, Rn. 96.

53 Palandt/Grüneberg, BGB, § 307 BGB, Rn. 12.

54 Palandt/Grüneberg, BGB, § 307 BGB, Rn. 20.

55 Staudinger/Coester, Kommentar zum BGB, § 307 BGB, Rn. 97.

56 OLG Hamburg, Az. 10 U 12/13 (Urteil vom 26.10.2015), in BeckRS 2016, 13960,

Rn. 18 ff., unter: <https://beck->

[onli-](https://beck-)

[ne.beck.de/Dokument?vpath=bibdata/ents/beckrs/2016/cont/beckrs.2016.13960.htm&p](https://beck-)

[os=69](https://beck-) (abgerufen am 07.04.2017).

hängig davon wird in § 7 AGB die Möglichkeit eingeräumt, per Fax zu kündigen. Durch diese Eventualität hat B dem A einen Ausgleich gewährt und berücksichtigte die Interessen des A. Da der Mehraufwand zwischen einer Kündigung per E-Mail und einer Kündigung per Fax unerheblich ist, ist eine Unangemessenheit der Benachteiligung zu verneinen. Die Formvorschrift der Kündigung des § 7 AGB hält der Inhaltskontrolle des § 307 I BGB stand.

#### d) Rechtsfolge nach Maßgabe des § 306 BGB

Die wirksamen Vertragsbestandteile richten sich nach den Vorschriften des § 306 I BGB. AGB-Klauseln, die der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle nicht standhalten, werden kein Vertragsgegenstand

Auch, wenn einzelne Klauseln innerhalb eines sachlichen Regelungskomplexes sprachlich in einem Satz, Satzgefüge oder Absatz verbunden sind, strahlt die Unwirksamkeit eines Teils des Regelungskomplexes nicht immer auf den anderen Teil aus. Dies setzt voraus, dass der an sich wirksame Klauselteil inhaltlich selbstständig und unabhängig verständlich ist.<sup>57</sup> Nur in diesem Fall ist vom grundsätzlichen Verbot der geltungserhaltenden Reduktion eine Ausnahme zu machen.<sup>58</sup> Vorliegend stellt die Vorschrift über die Form der Kündigung einen sachlichen eigenen Regelungsgehalt da, der sprachlich auch bei einer der Streichung des restlichen § 7 AGB verständlich ist. Der inhaltlich zulässige Teil des § 7 AGB ist somit wirksamer Vertragsbestandteil geworden. Gemäß § 306 II BGB werden die nicht wirksamen Klauseln durch Gesetzesvorschriften ersetzt. Es sei denn, es kommt nach § 306 III BGB durch ein Fortbestehen des Vertrages zu einer unzumutbaren Härte für eine Vertragspartei. Abweichend von § 306 II BGB können etwaige entstehende Klausellücken durch die ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden.<sup>59</sup> Fraglich ist, wie im vorliegenden Sachverhalt zu verfahren ist. Ein Verstoß gegen die Verlängerungsklausel des § 309 Nr. 9 lit. b) bewirkt eine Streichung der betreffenden AGB-Regelung, da das dispositive Recht keine ersetzende Regelung vorsieht.<sup>60</sup> Das Vertragsende bestimmt sich dann nach Verstreichen der Erstlaufzeit.<sup>61</sup> Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 9 lit. a) BGB durch ein Überschreiten der zulässigen Erstlaufzeit oder gegen § 309 Nr. 9 lit. c) BGB durch eine überlange Kündigungsfrist bereitet hingegen Probleme. Gesetzliche Regelungen, die bei Kaufverträgen Vertragslaufzeit und

57 BGH, VII ZR 39/08 (Urteil vom 12.12.2009), in NJW 2009, S. 1666.

58 Schwab, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Rn. 680.

59 Schwab, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Rn. 691.

60 BGH, VIII ZR 269/98 (Urteil vom 3.11.1999), in NJW 2000, S. 1113.

61 Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, § 309 Nr. 9 BGB, Rn. 21.

vertretbar  
vertretbar

Schön

schön

nein  
Vertrag  
jederzeit zu  
kündigen

nein, Vertrag  
jederzeit zu  
kündigen

Kündigungsvorschriften bestimmen, sind nicht existent. Eine Lückenfüllung durch die maximalen zeitlichen Grenzen des § 309 Nr. 9 BGB trägt dem differenten sachlichen Verwendungszweck der Vertragstypen nicht ausreichend Rechnung.<sup>62</sup> Es herrscht daher Uneinigkeit darüber, ob es zu einer Lösung mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung kommt<sup>63</sup> oder durch die Festlegung einer unbestimmten Vertragslaufzeit mit der Möglichkeit zu jedem Zeitpunkt die Kündigung vorzunehmen.<sup>64</sup> Letzt genannte Option ist jedoch nicht mit dem Wesen eines Dauerschuldverhältnisses vereinbar.<sup>65</sup> Mit Bezug auf § 307 BGB erlaubt § 309 Nr. 9 lit. a) BGB nicht immer eine Ausschöpfung der zulässigen Höchstlaufzeit. Diese bestimmt sich nach der Art des Vertrages und der Interessen der Vertragsparteien.<sup>66</sup> Ausgehend von diesem Standpunkt erkennt der BGH bei einem Zeitungsabonnement<sup>67</sup> und auch bei Verträgen mit Sportstudios eine Mindestlaufdauer von zwei Jahren an.<sup>68</sup> A hat mit B einen Kaufvertrag über ein Sammelbandabonnement geschlossen. Durch die Vergleichbarkeit der Abonnements über eine Zeitschrift und über Sammelbände ist die zulässige Erstlaufzeit auf 24 Monate zu beschränken. Ungeklärt bleibt noch, welche Frist an die Stelle der viermonatigen Kündigungsfrist tritt. Die in § 309 Nr. 9 lit. c) vorgesehene drei Monats Regelung ist für alle Arten von Dauerschuldverhältnissen geeignet.<sup>69</sup> A kann das Dauerschuldverhältnis somit wirksam drei Monate vor Ablauf der Erstlaufzeit von 24 Monaten kündigen.

## 2. Außerordentliches Kündigungsrecht

Darüber hinaus könnte A ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB haben. Dies würde ein Dauerschuldverhältnis zwischen A und B und einen wichtigen Grund i. S. v. § 314 I 2 BGB voraussetzen. Ersteres ist, wie oben dargelegt, zu bejahen. Ein wichtiger Grund wäre gegeben, wenn es dem Kündigenden nicht mehr zumutbar wäre, bis zur ordnungsgemäßen Beendigung am Vertrag festzuhalten. Maßstab für die Bewertung der Unzumutbarkeit ist das Ausmaß der Gefährdung der Interessen der Vertragsparteien. Dies wird anhand des Umfangs des Schadens, der unter anderem von der verbleibenden Vertragslaufzeit abhängig ist, bemessen.<sup>70</sup> Unter Berücksichtigung der vertraglichen Erstlaufzeit würde sich der Vermögens-

62 Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, § 309 Nr. 9 BGB, Rn. 21.

63 BGH, VIII ZR 235/91 (Urteil vom 4.11.1992), in NJW 1993, S. 330.

64 BGH, VIII ZR 262/09 (Urteil vom 21.12.2011), in NJW-RR 2012, S. 250.

65 Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, § 309 Nr. 9 BGB, Rn. 21

66 Ulmer, Brandner, Hensen/Christensen, § 309 Nr. 9 BGB, Rn. 14.

67 BGH, VIII ZR 251/86 (Urteil vom 29.4.1987), in: NJW 1987, S. 2012.

68 BGH, XII ZR 42/10 (Urteil vom 8.2.2012), in NJW 2012, S. 1431.

69 Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, § 309 Nr. 9 BGB, Rn. 5.

70 Soergel/Teichmann, BGB, § 314 BGB, Rn. 30.

schaden des A auf 240,- Euro belaufen. Dennoch ist eine Unzumutbarkeit abzulehnen, da sich A von vornherein über den finanziellen Aufwand im Klaren war. Die Unzumutbarkeit könnte sich jedoch aus dem Umstand der arglistigen Täuschung ergeben. Durch diese trat ein das Vertragsverhältnis erschütternder Vertrauensverlust ein.<sup>71</sup> A kann sich auf eine vertragsmäßige Leistung des B nicht mehr verlassen, vielmehr muss er davon ausgehen, dass sein Vertragspartner ihn bewusst versucht zu täuschen und zu hintergehen. Zudem ist das Interesse des B, das Festhalten am Vertrag nicht zu schützen, da er selbst die Täuschung vorgenommen hat, welche ursächlich für den Vertrauensverlust war. A hat demnach die Möglichkeit vom außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen.

#### IV. Rücktritt, § 346 BGB

Weiterer Prüfungsgegenstand ist, ob ein gesetzliches oder vertragliches Rücktrittsrecht des A besteht.

Ein vertragliches Rücktrittsrecht würde im Falle einer Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien bestehen.<sup>72</sup> Dies ist nicht ersichtlich. Darüber hinaus bestehen einige gesetzlichen Rücktrittsrechte. Einschlägig könnte hier § 323 BGB sein mit der Folge, dass die primäre Leistungspflicht entfallen würde und es gegebenenfalls zu einer Rückabwicklung nach § 346 BGB kommen würde. Eine Nicht- oder Schlechtleistung des B würde unter das Sachmängel- und Gewährleistungsrecht fallen und ist laut Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

#### C. Gesamtergebnis

A stehen aufgrund des bestehenden Kaufvertrags keinerlei Herausgabeansprüche zu. Wie oben erwähnt kann er jedoch das bestehende Vertragsverhältnis beenden. Das Mittel der Kündigung und des Widerrufs würden den Vertrag nur mit „ex nunc“ – Wirkung zum Erliegen bringen. Zur Verwirklichung seines vorrangigen Interesses, vom Vertrag mit „ex tunc“ – Wirkung loszukommen und sein Geld zurückzuerhalten, sollte sich A der Möglichkeit der Anfechtung bedienen.

nicht relevant  
-> Bearbeitervermerk

nicht relevant  
-> Bearbeitervermerk

ok

du.

<sup>71</sup> Soergel/Teichmann, BGB, § 314 BGB, Rn. 22.

<sup>72</sup> Plate, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 6. Aufl. 2015, S. 493.



## Abschlussvermerk

Liebe 

bitte beachte zur Erläuterung der Bewertung deiner Hausarbeit die folgenden Korrekturhinweise:

### 1. Wissenschaftlichkeit

Die Hausarbeit zeigt ein hohes wissenschaftliches Niveau. Du hast dich intensiv mit der Literaturrecherche befasst. Das Literaturverzeichnis könntest Du mit Absätzen noch etwas übersichtlicher gestalten. Die Fußnoten sind sinnvoll platziert.

### 2. Inhalt

Die Hausarbeit behandelt (fast) alle im Sachverhalt angelegten Probleme. Das Zustandekommen des Vertrags prüfst Du ordentlich; auch wenn du etwas zu knapp auf §§ 312i, 312j eingehst. Es ist schön, dass Du § 510 BGB und die hier zutreffende Ausnahme vom Schriftformerfordernis siehst. Im Hinblick auf die Anfechtung fehlen allerdings Ausführungen zu § 119 II BGB. Achte diesbezüglich besser auf die Andeutungen im Sachverhalt. Auch die AGB-Kontrolle überzeugt, dort liest Du aber § 309 Nr. 9 BGB nicht zu Ende und erkennst die Ausnahme (§ 309 N. 9 Hs. 2) für „zusammengehörige Sachen“ nicht. Schau Dir nochmal die Anforderungen an eine Anfechtungs- und Widerrufserklärung und deren Auslegung an. Die Ausführungen zum Rücktritt sind unnötig (siehe Bearbeitervermerk)

### 3. Aufbau und Argumentationslinie

Der Aufbau der Hausarbeit gelingt gut und ist sehr strukturiert. Du setzt die richtigen Schwerpunkte. Du argumentierst schön anhand des Sachverhalts.

### 4. Formalien und Stil

Die Hausarbeit zeigt, dass Du juristische Fachbegriffe an den richtigen Stellen und gekonnt verwenden kannst. Die Formalien (Formblatt) werden durchwegs eingehalten.

### 5. Sonstiges

Eine gelungene Hausarbeit! Weiter so!

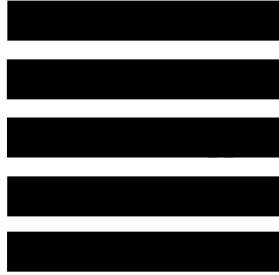
Note (in Punkten):

14



HAUSARBEIT IM GK  
ÖFFENTLICHES RECHT  
*Prof. Dr. Kersten 2016/2017*

16 Punkte



**Erste Hausarbeit im Grundkurs Öffentliches Recht I (A-G)**

**Prof. Dr. Jens Kersten**

**Wintersemester 2016/2017**

*16 Punkte*



## Sachverhalt

Land L hat seit dem Aufstieg des – in dessen Landeshauptstadt S ansässigen-Fußballvereins F in die erste Bundesliga verstärkt Probleme mit Hooligans, die sowohl im Vorfeld als auch danach durch die Innenstadt von S ziehen und sich teilweise heftige Gefechte mit „verfeindeten“ Gruppierungen von Fußballfans liefern. Am 17.11.2016 steht ein wichtiges Fußballderby an. In sozialen Medien verkündigen mehrere Gruppierungen der Hooligans, dass sie an dem Spieltag beabsichtigen in die Stadt S zu reisen und dort „Randale zu veranstalten“. Die Behörden des Landes L befürchten, den erwarteten Ansturm an gewaltbereiten Hooligans nicht alleine bewältigen zu können. Aus diesem Grund sendet die zuständige Landesbehörde ein – formell wie materiell rechtmäßiges-Aushilfersuchen an den Bund. Die für diese Entscheidung zuständige Ministerin des Inneren M, die als Abgeordnete der Regierungspartei OP auch Mitglied des Bundestags ist, entsendet daraufhin Einheiten der Bundespolizei, um die Landespolizei bei den Einsätzen gegen die Hooligan-Gruppierungen zu unterstützen. Einige Beamte der Bundespolizei gehören auch dem Einsatzplanenden Mitarbeiterstab an. Im Rahmen des durch die Landesbehörden koordinierten Einsatzes kommt es am 17.11.2016 zu Zusammenstößen zwischen den Bundes- und Landespolizisten auf der einen und Hooligans auf der anderen Seite, wobei die genaue Entwicklung der Auseinandersetzungen in der Rückschau nicht mehr rekonstruiert werden kann. Feststellen lässt sich allein, dass seitens der Polizeibeamten auch Pfefferspray und Schlagstöcke zum Einsatz kamen.

Im Anschluss an die Geschehnisse vom 17.11.2016 finden landesweit Proteste gegen den exzessiven Einsatz von Polizeigewalt statt. Insbesondere die Parteien A und B, die im Bundestag zugleich die Oppositionsfraktion bilden, sehen den Einsatz der Bundespolizisten kritisch. Bundesinnenministerin M ist aufgrund dieser öffentlichen Debatte äußerst verärgert. Sie betont auf einer Pressekonferenz, dass „gerade auf familienfreundliche Großevents wie Fußballspielen für Ruhe und Ordnung gesorgt werden“ und man „gewaltbereiten Kriminellen geschlossen und entschieden entgegentreten“ müsse. Die öffentliche Kritik flaut jedoch im Anschluss an die Pressekonferenz nicht ab, sondern wird

durch Berichte angeheizt, dass die Einsatzleitung am 17.11.2016 wichtige Informationen über den Ort des Zusammentreffens der Gruppierungen und deren Personenstärke unbeachtet ließ und damit den Einsatz zahlreicher Polizeibeamte fehlerhaft koordinierte. Überdies berichtet nun auch die überregionale Z-Zeitung, dass die harte Haltung von M private Gründe habe; Der Sohn der M sei vor wenigen Monaten unverschuldet zwischen die Fronten zweier verfeindeter Hooligan Gruppierungen geraten und habe dabei erhebliche Verletzungen davongetragen, die einen mehrtägigen Krankenhausaufenthalt erforderlich gemacht hätten. Als sich schließlich in den sozialen Netzwerken Videos verbreiten, die ein besonders brutales Vorgehen und auch den Einsatz von Pfefferspray von drei erkennbar der Bundespolizei zuzuordnenden Beamten gegenüber einem am Boden liegenden Fußballfan zeigen, erklären die Bundestagsfraktionen der oppositionellen Parteien A und B, dass sie die Geschehnisse genau überprüfen lassen werden. Hierfür erwägen sie die Einsetzung eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses. Obwohl die 122 Abgeordneten der A- und B-Fraktion das Quorum nach Art. 44 Abs. 1 S.1 GG nicht erfüllen, sondern „nur“ die in § 126 a Abs. 1 Nr. 1 GOBT vorgeschriebene Einsetzungsminderheit erreichen, stellen sie am 9. 12. 2016 einen Antrag auf Einsetzung des Untersuchungsausschusses. Sie sind davon überzeugt, dass Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass das Quorum nicht angewendet wird. Durch das zu hoch angesetzte Quorum würde das im Grundgesetz verankerte „Recht auf Opposition“ verletzt. Gerade in Zeiten der Großen Koalition - in der die regierungstragende Mehrheit grundsätzlich „ihre“ Regierung stütze - sei es, vor dem Hintergrund der immensen Bedeutung der parlamentarischen Kontrolle der Regierungsarbeit nötig, die Rechte der Oppositionsfraktion hochzuhalten.

In inhaltlicher Hinsicht möchten die Oppositionsfraktionen Informationen über den auf das Amtshilfeersuchen des Landes L folgenden Einsatz der Bundespolizei, aber auch über die etwaigen Verwicklungen der Bundesministerin M erhalten. Sie formulieren daher die folgenden drei Fragen:

Frage 1: Ließ das Einsatzkonzept, welches dem Einsatz der Beamten der Bundespolizei in der Stadt S am 17.11.2016 zugrunde lag, relevante Informationen außer Acht?

Frage 2: Wurden die Beamten der Bundespolizei, die im Zuge der Ausschreitungen durch unverhältnismäßigen und somit rechtswidrigen Einsatz von Pfefferspray aufgefallen sind, für ihr Verhalten disziplinarrechtlich zur Rechenschaft gezogen?

Frage 3: Wurde der Sohn der Ministerin tatsächlich, wie in der Z-Zeitschrift berichtet, ein Opfer von durch Hooligans verübter Gewalt und hatte dieses Ereignis Einfluss auf die politische Entscheidungen der Ministerin?

Der Antrag auf Einsetzung des Untersuchungsausschusses wird am 14.12.2016 durch Beschluss des Bundestags abgelehnt. Die Bundesregierung bringt vor, dass schon das Quorum aus Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG nicht erreicht sei. Ein darüber hinausgehendes Recht auf effektive Ausübung der oppositionellen Rechte, welches die Einsetzung des Ausschusses zwingend vorschreibe, besteh – auch in Zeiten der Großen Koalition – nicht. Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Abgeordneten stehe einem solchen Recht entgegen. Darüber hinaus bezögen sich die drei Fragen auf verfassungsrechtlich unzulässige untersuchungsgegenstände: Die ersten beiden Fragen hätten schon keine Angelegenheiten des Bundes zum Gegenstand, sondern beträfen vielmehr Belange, die in die alleinige Kompetenz der für den Einsatz zuständigen und weisungsbefugten Landesbehörden fielen. Eine Beantwortung durch einen Untersuchungsausschuss auf Bundesebene scheidet daher aus. Überdies verfügten weder die Bundesregierung noch der Bundestag über genau Kenntnisse des vom Land L zugrunde gelegten Einsatzkonzepts. Die A- und die B- Fraktion sollten sich daher direkt an die Landesparlamente wenden. Die dritte Frage befasse sich mit einer familiären Angelegenheit der Bundesministerin M. Fragen an Abgeordnete und Minister könnten sich allerdings nur solche Themenkomplexe berühren, die auch einen Bezug zu der Offenlegungspflicht begründenden politischen Verantwortlichkeit, was jedenfalls bei auf Privates gerichtete Fragen der Fall sei. Zudem gewährleiste das freie Mandat aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG,

dass die Ausformung eines jeweiligen politischen Position von Abgeordneten und Ministern grundsätzlich einen persönlichen und nicht ausforschbaren Vorgang darstelle.

Die Oppositionsfraktion A und B sind über die Ablehnung ihres Antrags auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses empört. Ein Recht auf Opposition ergebe sich unter anderem aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsgrundsatz sowie dem Prinzip der effektiven Kontrolle der Exekutive durch das Parlament. Eine etwaige Ungleichbehandlung der Mandatsträger sei aufgrund der Opposition in Zeiten der Großen Koalition jedenfalls zu rechtfertigen.

In inhaltlicher Hinsicht bringen die Fraktionen vor, dass Frage Nr. 1 durch den Einsatz von Bundespolizisten jedenfalls mittelbar auch in den Verantwortungsbereich des Bundes falle. Im Falle von Frage Nr. 2 sei – was zutrifft – hinreichend klar zu erkennen, dass der begründete Verdacht eines rechtswidrigen Verhaltens der Bundespolizisten bestehe; diesem müsse in einem Rechtsstaat im Rahmen einer Untersuchung, durch den Bundestag nachgegangen werden. Frage Nr. 3 betreffe überdies nicht nur die familiären Belange der Bundesministerin, da der Vorwurf im Raume stehe, M missbrauche ihre politische Machtstellung, um offene private Rechnungen zu begleichen. Dies stelle sehr wohl eine Angelegenheit von politischen sowie öffentlichen Interesse dar. Vor diesem Hintergrund sehen sich die A- und die B- Fraktion durch die Ablehnung des Einsetzungsantrages in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt. Eine Woche nach dem ablehnenden Beschluss des Bundestages wenden sie sich daher mit einem entsprechenden Antrag an das Bundesverfassungsgericht.

**Bearbeitervermerk:** Nehmen Sie zu dem Antrag umfassend gutachterlich Stellung. Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme ein. Von einer Rechtmäßigkeit des Amtshilfeersuchens des Landes L ist auszugehen. Grundrechte sind nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass der Bundestag aus 622 Abgeordneten besteht.

**Inhaltsverzeichnis**

<i>Sachverhalt</i> .....	I
<i>Inhaltsverzeichnis</i> .....	V
<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	VIII
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	IX
<i>Gutachten</i> .....	1
A. Zulässigkeit des Organstreitverfahrens, Art. 93 Abs.1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG.....	1
I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, Art. 93 Abs. I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG.....	1
II. Beteiligtenfähigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. § 63 BVerfGG.....	1
1. Antragsteller.....	1
2. Antragsgegner.....	1
III. Streitgegenstand, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 64 Abs. 1 BVerfGG.....	2
IV. Antragsbefugnis, § 64 Abs. 1 BVerfGG .....	3
V. Form und Frist, Art. 23 Abs. 1 BVerfGG, § 64 Abs. 2 BVerfGG f.....	4
VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.....	4
VII.Zwischenergebnis.....	4
B. Begründetheit.....	5
I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des Einsetzungsantrags.....	5
1. Anspruchsgrundlage § 126a Abs. 1 Nr. 1 GOBT.....	5
2. Anspruchsgrundlage Art. 44 Abs. 1 Nr. 1GG.....	5
a) grammatische Auslegung.....	6
b) teleologische Auslegung.....	6
aa) Recht auf Opposition (Art. 20 Abs. 1 ff. i.V.m Art. 38 Abs. 1 Nr. 2 GG) .....	6
(1) Grundgesetzliche Anknüpfungspunkte.....	6
i) Ableitung aus Demokratieprinz.....	6
ii) Ableitung aus Rechtsstaatsprinzip.....	7
iii) Ableitung aus der Gleichheit der Abgeordneten .....	8
(2) Effektivität der Kontrolle durch die Opposition.....	8
i) Recht auf parlamentarische Selbstkontrolle.....	8

VIII

ii)	Möglichkeit der verzögerten Gesetzgebung.....	9
iii)	Schutzfunktion des Quorums.....	10
bb)	Mangel spezifischer Oppositionsrechte.....	10
cc)	Gleichbehandlungsgrundsatz der Abgeordneten .....	12
dd)	Große Koalition als Wahlergebnis.....	12
ee)	Annahme verfassungswidrigen Verfassungsrechts .....	13
c)	Historische Auslegung .....	13
3.	Zwischenergebnis formelle Verfassungsmäßigkeit.....	14
II.	Hilfsgutachten: Materielle Verfassungsmäßigkeit des Einsetzungsantrags.....	14
1.	Frage 1.....	14
a)	Bestimmtheitsgebot.....	14
b)	Verfassungsrechtliche Grenzen des Untersuchungsrechts.....	14
aa)	PUAG .....	15
bb)	GG.....	15
	(1) Kompetenzbereich des Bundes.....	15
	(2) Gewaltenteilungsgrundsatz.....	17
c)	Klärung von Tatsachen und öffentliches Interesse .....	17
2.	Frage 2 .....	17
a)	Bestimmtheitsgebot.....	17
b)	Verfassungsrechtliche Grenzen des Untersuchungsrechts.....	18
aa)	Kompetenzbereich des Bundes.....	18
bb)	Gewaltenteilungsgrundsatz.....	19
c)	Klärung von Tatsachen und öffentliches Interesse.....	19
3.	Frage 3.....	19
a)	Bestimmtheitsgebot.....	19
b)	Verfassungsrechtliche Grenzen .....	19
c)	Klärung von Tatsachen und öffentliches Interesse.....	20
C.	Fazit.....	20
	<i>Erklärung</i> .....	<i>XI</i>

### **Abkürzungsverzeichnis**

Für die Abkürzungen wird grundsätzlich auf Hildebert Kirchner, Kirchner. Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015, verwiesen.

AbgG	Abgeordnetengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BPolG	Bundespolizeigesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
PUAG	Untersuchungsausschussgesetz

✓

## Literaturverzeichnis

- *Arndt, Hans-Wolfgang/Rudolf, Walter*: Öffentliches Recht, 15. Auflage, Mannheim/Mainz 2007
- *Beckermann, Benedikt/Weidemann, Daniel*: Unkontrollierbare Regierung - Rechte der Opposition, in *Ad Legendum* 2015, S. 243 ff.
- *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, hrsg. von *Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian*, Bonn, Stand 3.2013
- *Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung Nr. 22/ 2016, 3.5.2016, verfügbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-022.html> (zuletzt abgerufen am 25.3.2017)*
- *Cancik, Pascale*: Wirkungsmöglichkeiten einer Parlamentarischen Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition, in: *NVwZ* 2014, S.19 ff.
- *Degenhardt, Christoph*: *Staatsrecht I Staatsorganisationrecht. Mit Bezügen zum Europarecht*, 29. Auflage, Heidelberg 2013
- *Detterbeck, Steffen*: *Öffentliches Recht. Ein Basislehrbuch zum Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht mit Übungsfällen*, 8. Auflage, München 2011.
- *Dreier, Horst*: *Grundgesetz Kommentar. Band II*, 2. Aufl., 2006 Tübingen
- *Gröpl, Christoph*: *Staatsrecht I. Staatsgrundlagen Staatsorganisation, Verfassungsprozess*, 6. Auflage, München 2014
- *Haberland, Stephan*: *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Opposition nach dem Grundgesetz*, Berlin 1995
- *Jarass, Hans/Pieroth, Bodo*: *Grundgesetz Kommentar*, 11. Auflage, Münster 2011
- *Maunz, Theodor/Dürig, Günter*: *Grundgesetz. Kommentar*, 78. EL. München 2016.
- *Oberrath, Jörg-Dieter*: *Staatsrecht, 1. Auflage, Bielefeld 2009*
- *Papier, Hans-Jürgen/Krönke, Christoph*: *Grundkurs Öffentliches Recht 1. Grundlagen, Staatsstrukturprinzipien, Staatsorgane und -funktionen*, 2. Auflage, Heidelberg 2015



- *Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Hoffmann, Hans/ Henneke, Hans-Günter: Kommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage, Berlin/ Bonn 2014*
- *Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, 1. Auflage 1980*
- *Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hoffmann,Hans/Henneke, Hans-Günter: Kommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage, Berlin/Bonn 2014*
- *Schmidt, Rolf : Staatsorganisationsrecht sowie Grundzüge des Verfassungsrechts und des EU-Rechts, 14. Auflage, Grasberg bei Bremen 2014.*
- *von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Huber, Peter Michael: Kommentar zum Grundgesetz Band II, 6. Auflage, Karlsruhe 2010*
- *Waldhoff, Christian/Gärditz, Klaus-Ferdinand: Untersuchungsausschussgesetz. PUAG, 1. Auflage, Berlin/Bonn 2015*
- *Wilms, Heinrich: Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der Föderalismusreform, 1. Auflage, Friedrichshafen 2006*
- *Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas: Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 31. Auflage, Freiburg 2005*

## Gutachten

Der Antrag im Organstreitverfahren von den Abgeordneten der A- und B-Fraktion gegen die Bundesregierung beim BVerfG nach Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 BVerfGG hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit des Organstreitverfahrens, Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG

Ein Antrag ist dann zulässig, wenn alle Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

#### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG

Für Anträge im Organstreitverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG, ist das BVerfG zuständig.

#### II. Beteiligtenfähigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 64 Abs. 1 BVerfGG

Antragsteller und Antragsgegner müssen beteiligtenfähig sein. Die Beteiligtenfähigkeit ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1, antragsberechtigt sind ein oberstes Bundesorgan oder andere Beteiligte, die im GG oder in einer Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans (oberste Bundesorgane sind der Bundespräsident, der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung) mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Im § 63 BVerfGG werden engere Kriterien gestellt, so wird die Beteiligtenfähigkeit auf die genannten Bundesorgane, aber erweitert sie auch auf Teile der Organe.<sup>1</sup>

##### 1. Antragsteller

Fraglich ist, ob es sich bei der A- und B Fraktion um geeignete Antragsteller handelt.

Fraktionen sind im GG über den Art. 21 I GG und in der GOBT mit eigenen Rechten ausgestattet (§ 10 GOBT). Außerdem wird ihre Rechtsstellung in § 46 AbgG statuiert. Somit sind sie von der Verfassung und von der GOBT als

<sup>1</sup> Deterbeck, Öffentliches Recht, Rn. 536.

Organteil des Bundestages anerkannt.<sup>2</sup> Es handelt sich um geeignete Antragsteller.

## 2. Antragsgegner

Der Bundestag ist als oberstes Bundesorgan nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG parteifähig.

### III. Streitgegenstand, Art. 93 Abs. 1 Nr.1 GG, § 64 Abs. 1 BVerfGG

Es müsste sich um einen geeigneten Antragsgegenstand handeln. Im Organstreitverfahren ist gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG jede rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners, die den Antragsteller in seinen ihm durch die Verfassung übertragenen Rechten oder Pflichten verletzt, oder unmittelbar gefährdet, tauglicher Streitgegenstand. Eine Maßnahme oder ein Unterlassen ist dann rechtserheblich, wenn sie oder es nicht rein vorbereitenden Charakter hat, oder es zur Rechtsgeltung noch an einem selbstständigen Umsetzungsakt mangelt, also zwischen den Parteien eine konkrete Meinungsverschiedenheit über verfassungsrechtliche Rechte oder Pflichten besteht.<sup>3</sup> In diesem Fall ist die Ablehnung eines Einsetzungsantrags auf Untersuchungsausschusses durch die Bundesregierung streitbefangen. Fraglich ist, ob hier von einer Untätigkeit der Regierung zu sprechen ist, oder die Ablehnung des Antrags eine im Organstreit rügefähige Maßnahme darstellt. Es wurde sich allerdings mit dem Antrag befasst, und erst anschließend die Ablehnung bekannt gegeben. Sie kann als sogenannte „qualifizierte Unterlassung“ aufgefasst werden.<sup>4</sup> Da der A- und B-Fraktion möglicherweise die Zustimmung zum Antrag auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses zusteht, ist das Verhalten der Bundesregierung rechtserheblich und somit tauglicher Antragsgegenstand.

den  
Bundestag!

den Bundestag!

<sup>2</sup> Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn. 622.

<sup>3</sup> BVerfG 103, 81 (86); Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht I, Rn. 451.

<sup>4</sup> BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 61, bundesverfassungsgericht.de.

#### IV. Antragsbefugnis, § 64 Abs. 1 BVerfGG

Außerdem müsste die A- und B-Fraktion gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt sein, d.h. geltend machen können, dass durch die Ablehnung des Antrags auf Untersuchungsausschuss (Antragsgegenstand) möglicherweise ein ihr, oder ein dem Organ dem sie angehört, durch das GG gewährtes Recht oder gewährte Pflicht verletzt oder unmittelbar gefährdet ist.

Die Fraktion beruft sich allerdings auf Rechte die solche des Bundestags sind.

Denn das Quorum aus Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG könnte zur Wahrung des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und des parlamentarischen Regierungssystems (Art. 45b, 63, 67, 68 und 69 GG), namentlich zur Gewährleistung des Gebots effektiver Ausübung der Opposition und wirksamer parlamentarischer Kontrolle von Regierung und Parlamentsmehrheit,<sup>5</sup> nach der teleologischen Auslegung keine Anwendung finden.

Der Wortlaut des § 64 Abs. I BVerfGG räumt durch Formulierung „oder das Organ, dem er angehört“ grundsätzlich aber sehr wohl die Möglichkeit ein, fremde Rechte im Rahmen der sogenannten „Prozessstandschaft“ im eigenen Namen geltend zu machen.<sup>6</sup> Diese ermöglicht es parlamentarische Kontrolle auszuüben, und Minderheiten werden geschützt, indem der Rechtsweg vor dem BVerfG offensteht.<sup>7</sup>

Der prozessstandschaftlichen Antragsbefugnis der A- und B-Fraktion könnte allerdings entgegenstehen, dass der Bundestag auch Antragsgegner ist. Es könnte zu einem sogenannten „Insichprozess“ kommen. Sollte eine Geltendmachung eigener Rechte gegen das selbe Organ aber nicht möglich sein, so könnte ein Antrag nur an Wirkung entfalten, wenn die Parlamentsmehrheit diesen billigt. Dadurch würde allerdings der politische Wettkampf behindert, denn die parlamentarische Minderheit hätte nicht die Möglichkeit ihre Rechte gegen die Mehrheit geltend zu machen. Antragsteller und Antragsgener dürfen also dem selben Organ zuzuordnen sein.<sup>8</sup>

richtig

richtig

<sup>5</sup> BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, S. 1, bundesverfassungsgericht.de.

<sup>6</sup> BVerfGE 2, 143 (165); BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 - 2 BvE 1/11, Rn. 95, juris.de.

<sup>7</sup> BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 66 f., bundesverfassungsgericht.de.

<sup>8</sup> BVerfGE 123, 267 (338 f.); BVerfGE 1, 351 (359); BVerfG 1 351 (359).

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die A- und B-Fraktion in ihren verfassungsmäßigen Rechten beeinträchtigt oder gefährdet wird. Die Antragsstellerin ist somit antragsbefugt.

#### **V. Form und Frist, §§ 23, I, 64 II, III BVerfGG**

Der Antrag muss form- und fristgerecht gestellt werden. Dem Sachverhalt sind keine Angaben zu entnehmen, die darauf hinweisen dass die Schriftform des § 23 Abs. 1 BVerfGG nicht eingehalten, oder das verletzte Recht gemäß § 64 Abs. 2 BVerfGG nicht bezeichnet wurde. Die sechsmonatige Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG ist durch die Einreichung des Antrags sieben Tage nach Ablehnung des Einsetzungsantrags gewahrt.

#### **VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Es müsste des Weiteren ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen. Das Rechtsschutzbedürfnis wird indiziert, wenn alle übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Dies ist zu bestätigen, somit besteht ein Rechtsschutzbedürfnis.<sup>9</sup>

#### **VII. Zwischenergebnis**

Der Antrag auf Durchführung eines Organstreitverfahrens ist somit zulässig.

#### **B. Begründetheit**

Der Antrag im Organstreitverfahren ist begründet, wenn die beanstandete Unterlassung, im Fall die Ablehnung des Einsetzungsantrages auf einen Untersuchungsausschuss der A- und B-Fraktion durch Beschluss des Bundestages, erstere in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt. Fraglich ist, ob die A- und B-Fraktion verfassungsrechtlichen Anspruch auf die Zustimmung zum Antrag hatte.

<sup>9</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 820.

## I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des Einsetzungsantrags

### 1. Anspruchsgrundlage § 126a Abs. 1 Nr.1 GOBT

Die A- und B-Fraktion könnte aus § 126a Abs. 1 Nr.1 GOBT einen Anspruch auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses haben. Die 122 Abgeordneten erreichen zahlenmäßig die darin vorgeschriebene Einsetzungsminderheit und der Antrag findet zu Zeiten der 18. Wahlperiode statt.

Die Anspruchsgrundlage müsste allerdings verfassungsrechtlich geboten sein, um im Organstreit eingefordert werden zu können, da Gegenstand im Organstreit nur Verfassungsrecht sein kann. Beim § 126a Abs. 1 Nr. 1 GOBT handelt es sich allerdings um eine einfachgesetzliche Regelung. Die Einhaltung der dort zugesicherten Rechte kann im Verfahren vor dem BVerfG nicht eingefordert werden.<sup>10</sup>

gut

gut

### 2. Anspruch aus Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG

Die A- und B- Fraktion könnte aus Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG einen Anspruch auf Einsetzung des Untersuchungsausschusses haben.

#### a) Grammatische Auslegung

Art. 44 Abs. 1 S.1 sagt aus: „Der Bundestag hat das Recht und auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder die Pflicht, einen Untersuchungsausschuss einzusetzen...“. Bei 622 Abgeordneten sind die 122 Abgeordneten der A- und B-Fraktion weniger als ein Viertel. Der grammatischen Auslegung des Artikels folgend, hat die Bundesregierung nicht die Pflicht einen Untersuchungsausschuss einzusetzen, und hat die Antragstellerin in ihren Rechten nicht verletzt. Doch die Tatsache, dass auch einfachgesetzliche Regelungen (§ 126a Abs. 1 Nr. 1 GOBT) dem Wortlaut keine Beachtung schenken, könnte ein Indiz für eine mögliche Auslegung sein.

#### b) teleologische Auslegung

<sup>10</sup> BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 25, bundesverfassungsgericht.de; Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 44, Rn. 75.

Ein Recht auf Einsetzung des Untersuchungsausschusses könnte sich allerdings durch weitere Auslegung des Artikels unter Beachtung der speziellen Grundsätze für die Auslegung des Grundgesetzes ergeben. So könnte die teleologische Auslegung des Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG ergeben, dass die Ablehnung des Einsetzungsantrags die Rechte der Antragstellerin verletzt. Das Quorum von einem Viertel der Abgeordneten könnte keine Anwendung finden, wenn der Artikel dahingehend auslegbar ist. In dem Fall würde es sich um umstrittenes verfassungswidriges Verfassungsrecht handeln.<sup>11</sup>

### aa) Recht auf Opposition, Art. 20 I ff. i.V.m. Art. 38 I 2 GG

ja, aber inwiefern?

ja, aber inwiefern?

Der Artikel könnte dahingehend nach Sinn und Zweck auszulegen sein, dass der A- und B-Fraktion ein Recht auf die Einsetzung des Untersuchungsausschusses zusteht. Dies würde auf dem „Recht auf Opposition“ begründen, welches wiederum im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 f. GG) und dem Grundsatz des parlamentarischen Regierungssystems (Art. 45b, 63, 67 ff. GG) verankert sein könnte.<sup>12</sup>

### (1) Grundgesetzliche Anknüpfungspunkte

#### (i) Ableitung aus Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 f. GG

Ein in der Verfassung festgehaltenes „Recht auf Opposition“ könnte im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 f. und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) wurzeln.<sup>13</sup> Prinzipiell werden Bundestagsbeschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip gefasst (Art. 42 Abs. 2 S. 1). Trotzdem werden der Minderheit zahlreiche Sonderrechte eingeräumt (z.B. namentlich Art. 23 Abs. 1 a, S. 2, Art. 39 Abs. 3 S.3, Art. 44 Abs. 1 S. 1; Art. 45 a Abs. 2 S.2 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG)<sup>14</sup>. Durch die Gewährleistung von Minderheitenrechten wird deutlich, dass den Entscheidungen der parlamentarischen Mehrheit zwar grundsätzlich besondere Bedeutung

<sup>11</sup> Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 137 WRV, Rn. 8; BVerfGE 3, 225 (233).

<sup>12</sup> BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, S.1, bundesverfassungsgericht.de.

<sup>13</sup> BVerfGE 2, 1 (12 f.); 44, 308, (321); 70, 324 (363); BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 86, bundesverfassungsgericht.de

<sup>14</sup> BVerfGE 5, 85 (198) f; 44, 308 (321).

gut

gut

zugemessen wird, aber stets ein Wettbewerb der verschiedenen politischen Kräfte erhalten bleiben soll. Die parlamentarische Minderheit hat also jederzeit die Chance zur Mehrheit zu werden,<sup>15</sup> dadurch dass sie ihren Standpunkt jederzeit in den Willensbildungsprozess des Parlaments einbringen kann.<sup>16</sup> Dem Minderheitenschutz kommt somit in der freien Demokratie als Ergänzung des Mehrheitsprinzips elementare Bedeutung zu.<sup>17</sup> Auch das „Prinzip der Herrschaft auf Zeit“<sup>18</sup>, daher dass regelmäßig Neuwahlen stattfinden, die einen politischen Meinungswechsel ermöglichen, verdeutlicht die vom Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit der Meinungsänderung, sodass die Mehrheitsentscheidungen nicht endgültig sein müssen.

### ii) Ableitung aus Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3

Das „Recht auf Opposition“ könnte sich des Weiteren aus dem Rechtsstaatsprinzip aus den Artikeln 20 Abs. 3 und 28 Abs. 1 S. 1 GG ableiten lassen. Der dort statuierte Grundsatz der Gewaltenteilung erfordert die gegenseitige Kontrolle der drei Gewalten (gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende). Auch die parlamentarische Kontrolle von Regierung und Verwaltung wird durch den Grundsatz eingefordert.<sup>19</sup> Da die Abgeordneten, die die Regierung stellen, grundsätzlich eher die Meinung „ihrer“ Regierung teilen, und der Kontrolle der Regierung somit weniger Interesse entgegenbringen, liegt es hauptsächlich an der Opposition diese Forderung zu erfüllen,<sup>20</sup> und die rechtsstaatliche Gewaltenteilung zu sichern.

### iii) Ableitung aus Freiheit und Gleichheit der Abgeordneten, Art. 38 I 2 GG

<sup>15</sup> BVerfGE 44, 125 (142)

<sup>16</sup> BVerfGE 70, 324 (363).

<sup>17</sup> Gröpl, Staatsrecht I, Rn 338.

<sup>18</sup> Dreier, in: Dreier, GG, Art. 20, Rn. 79, 81.

<sup>19</sup> BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 87, bundesverfassungsgericht.de

<sup>20</sup> Cancik, NVwZ 2014, 18 (19); Beckermann/Weidemann, Ad Legendum 2015, 243 (243, 247); Haberland, Verfassungsrechtliche Bedeutung der Opposition, S. 140 ff..



Ein „Recht auf Opposition“ könnte sich auch aus Art. 38 I 2 GG, der Freiheit und Gleichheit der Abgeordneten ableiten lassen. Dieser Grundsatz ermöglicht es nämlich jedem Einzelnen Abgeordneten ein Recht auf parlamentarisches Opponieren.<sup>21</sup>

## (2) Effektivität der Kontrolle durch die Opposition

Ersichtlich wird, dass das GG den Abgeordneten tatsächlich ein „Recht auf Opposition“ einräumt, damit die Mehrheitsentscheidungen kontrolliert und korrigiert werden.<sup>22</sup> Dies wird auch durch die Rechtsprechung des BVerfG anerkannt.<sup>23</sup> Doch damit dieses Recht von den Abgeordneten auch tatsächlich wahrgenommen werden kann, also effektive parlamentarische Opposition ausgeübt werden kann, ist es notwendig, dass die im Grundgesetz vorgesehenen Minderheitenrechte auf Wirksamkeit hin ausgelegt werden.<sup>24</sup> Das Quorum von ein Viertel der Abgeordneten in Art 44 Abs. 1 S. 1 könnte im Fall also durch Auslegung vielleicht keine Anwendung finden. Diese teleologische Reduktion wäre ausschließlich durchführbar, wenn sie im Sinne des Normzwecks steht. Es müsste also zur Gewährleistung der Effektivität des Oppositionsschutzes unbedingt einer Senkung des Quorums auf die Abgeordneten der oppositionellen A- und B- Partei bedürfen.

### i) Recht auf parlamentarisch Selbstkontrolle (Art. 20 I f.)

Das Quorum könnte basierend auf dem Recht der parlamentarischen Selbstkontrolle resultierend aus Art. 20 Abs.1 f. teleologisch reduzierbar sein.

Denn eine effektive parlamentarische Selbstkontrolle des Bundestags durch die Opposition liegt nicht nur im Interesse oppositioneller Abgeordneter, sondern ist auch für die freiheitlich Demokratische Grundordnung elementar.<sup>25</sup> Durch das

<sup>21</sup> *Beckermann/Weidemann*, Ad Legendum 2015, 243 (247).

<sup>22</sup> Gröpl, Staatsrecht I, Rn. 338.

<sup>23</sup> BVerfGE 2, 1, (12f) ; 44, 308, (321); BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 86, bundesverfassungsgericht.de.

<sup>24</sup> BVerfGE 67, 100 (130).

<sup>25</sup> *Epping*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 67 Rn. 4.

nach der A- und B-Fraktion zu hoch angesetzte Quorum könnte der Bundestag sich selbst dieser Möglichkeit berauben. Wie bereits erörtert, ist die Wahrnehmung der Oppositionsrechte für Abgeordnete der Oppositionsparteien einfacher als für Regierungsabgeordnete, die unter Umständen gar nicht erst eine abweichende Meinung haben, oder diese vielleicht nicht gerne, oder nur parteiintern zur Schau stellen um nicht als untreu wahrgenommen zu werden.<sup>26</sup> Ist die Opposition also abhängig von der Mitwirkung von Regierungsabgeordneten verliert sie an Wirksamkeit.

Selbiges Problem stellt sich, sollte die Opposition in der Ausübung ihrer Kontrollfunktion vom Wohlwollen der Regierung abhängig sein,<sup>27</sup> wie etwa wenn sie gewisse Quoren nicht erfüllt, die sie zur Ausübung der sich als „klassische“<sup>28</sup> Oppositionsrechte herausgebildeten Rechte benötigt.

Dass aber spezielle Minderheitenrechte existieren, bedeutet dass der Gesetzgeber die Ausübung ihrer Kontrollbefugnisse auch dann ermögliche will, wenn das dem Willen der parlamentarischen Mehrheit nicht entspricht. Nimmt diese wie es in der geschilderten Regierung der Fall ist, eine deutliche Überhandstellung ein, könnte man davon ausgehen, dass Quoren zur Ermöglichung einer effektiven Opposition auslegbar sind.

## ii) Verzögerte Gesetzgebung

Die Tatsache, dass das Quorum in Art. 44 Abs. 1 S. 1 von den Abgeordneten der A- und B-Fraktion, die die Opposition bilden nicht aufzubringen ist, könnte auch einer verzögerten Gesetzgebung, die mit der Entwicklung in der Parteienlandschaft nicht Schritt halten konnte zuzuschreiben sein. Sollte dies der Fall sein dürfte eine Auslegung des Quorums im Sinne des Verfassungsgebers sein. Tatsächlich scheint der Gesetzgeber nach den Wahlergebnissen Handlungsbedarf gesehen zu haben. Dies wird durch den Erllass des § 126 a GOBT ersichtlich, in dem die Einsetzungsminderheit zur Einsetzung eines

<sup>26</sup> Klein, in Maunz/Dürig, GG, Art. 44, Rn. 74.

<sup>27</sup> BVerfG, Pressemitteilung Nr. 22/2016 S.2.

<sup>28</sup> Gröpl, Staatsrecht I, Rn. 346; BVerfGE 105, 187 ff. Rn. 106; BVerfG 49, 70 ff., 86 f..

Untersuchungsausschusses für die Dauer der 18. Wahlperiode auf 120 Abgeordnete gesenkt wird.<sup>29</sup> Diese Selbstverpflichtung der Regierung spricht ebenfalls für die teleologische Reduktion des Quorums aus Art. 44.

### iii) Schutzfunktion des Quorums

Ein weiteres Argument für die Auslegung des Artikels stellt die Tatsache dar, dass das Argument dass die Quoren absichtlich hoch festgelegt seien, um Missbrauch zu verfassungsfeindlichen Zwecken zu vermeiden, lückenhaft ist. Durch die Festlegung der Einsetzungsminderheit auf ein Viertel der Abgeordneten soll eine missbräuchliche Ausübung von Rechten wie sie in der Weimarer Republik stattgefunden hatte verhindert werden. In dieser sollte dadurch die Arbeitsunfähigkeit anderer Organe hervorgerufen werden.<sup>30</sup> Tatsächlich stellt ein Untersuchungsausschuss heutzutage eine hohe zeitliche und personelle Belastung für die Fraktionen dar, und eventueller Missbrauch muss bei den nächsten Wahlen politisch verantwortet werden.<sup>31</sup>

### bb) Mangel spezifischer Oppositionsrechte

Gegen die Behauptung, zur Gewährleistung einer effektiven Opposition sei es notwendig das Quorum in Art. 44 Abs. 1 S. 1 nach der Methode der teleologischen Reduktion nicht anzuwenden, sprechen allerdings einige Argumente.

So ist zwar ein Recht auf Opposition dem GG zu entnehmen, doch die Existenz spezifischer Oppositionsrechte lässt sich nicht nachweisen.<sup>32</sup> Die Opposition hat die Möglichkeit im grundgesetzlichen Rahmen der Rechte für parlamentarische Minderheiten (z.B. Art. 23 Abs. 1a S. 2, Art. 39 Abs. 3 S. 3, Art. 44 Abs. 1 S.1) Einfluss zu nehmen und Kontrolle auszuüben. Die Minderheiten qualifizieren sich dadurch, dass sie bestimmte Quoren erreichen, die Zusammensetzung der

<sup>29</sup>Cancik, NVwZ 2014, 18 (19); Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 44, Rn. 13; Waldhoff, in Waldhoff/Gärditz, PUAG, § 1, Rn. 48.

<sup>30</sup>Morlock, in: Dreier, GG, Art. 44, Rn. 4; Glauben, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 44, Rn. 6, 31

<sup>31</sup>Cancik, NVwZ 2014, 18 (33)

<sup>32</sup>BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 91, bundesverfassungsgericht.de.

Abgeordneten ist dabei nicht von Bedeutung. Hintergründiger Gedanke ist hierbei, dass die Regierungsmehrheit aus Abgeordneten verschiedener politischer Hintergründe zusammengesetzt sein kann, die auch von Minderheitenrechten Gebrauch machen können sollen.<sup>33</sup> Eine Qualifizierung ist in jedem Fall Voraussetzung. Sollte man nämlich die Minderheitenrechte als spezifische Oppositionsrechte auffassen, würden im unwahrscheinlichen aber nicht auszuschließenden Fall, dass die Opposition aus einem Abgeordneten besteht, diesem alle Minderheitenrechte zustehen.<sup>34</sup> Außerdem wäre im ebenfalls unwahrscheinlichen Fall einer Allparteienregierung kaum parlamentarische Kontrolle möglich.

Dass der Opposition besondere Rechte zustehen, wird nicht ersichtlich. Außerdem lässt sich argumentieren, dass die Oppositionsfraktionen, sollten sie ein Quorum nicht durch die Zahl der eigenen Mitglieder erfüllen können, auch Abgeordnete der Regierungsfractionen von ihren Einwänden überzeugen können. Im Falle der A- und B-Fraktion bedürfte es, sollte die Antragstellerin geschlossen auftreten, was auf Grund von mangelnden entgegenstehenden Angaben anzunehmen ist, lediglich 33 weiterer Abgeordneter. Der Einwand, dass Regierungsabgeordnete eher nicht für oppositionelle Einwände zu gewinnen seien ist dahingehend hinfällig, dass Abgeordnete gemäß dem freien Mandat aus Art. 38 Abs. 1 GG „nur ihrem Gewissen unterworfen“ und somit in ihrem Stimmverhalten frei sind. Durch die sogenannte „Indemnität“ können sie auf keine Weise für ihr Abstimmungsverhalten zur Verantwortung gezogen werden.<sup>35</sup> Es können also alle Abgeordneten Kontroll- und Kritikfunktion, nicht nur regierungsintern, im Parlament ausüben.<sup>36</sup> Einer parlamentarischen Kontrolle steht also ein angemessen hoch angesetztes Quorum nicht im Weg, die Möglichkeit Opposition zu ergreifen besteht weiterhin, auch wenn die oppositionelle A- und B-Fraktion

schönes Argument

Schönes  
Argument

<sup>33</sup>BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 93, bundesverfassungsgericht.de.

<sup>34</sup>Cancik, NVwZ 2014, 18 (21)

<sup>35</sup>Arndt/Rudolf, Öffentliches Recht, Rn. 187

<sup>36</sup>BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 102, bundesverfassungsgericht.de; BVerfG 2, 1 (13); 44, 308 (321)

das Quorum zahlenmäßig nicht aufbringen kann. Eine Gewährleistung von Minderheitenrechten speziell für die Opposition ist somit nicht begründet.

#### **cc) Gleichbehandlungsgrundsatz der Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 S. 2)**

Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz der Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse könnte einer teleologischen Reduktion, die zu einer Nichtanwendung des Quorums führen würde, im Weg stehen. Denn würde das Quorum nicht angewendet, würden dadurch die oppositionszugehörigen gegenüber den regierungstragenden Abgeordneten bevorzugt. Die Ungleichbehandlung müsste rechtfertigbar sein, da sie ansonsten gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 verstößt. Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann der Grundsatz nur durchbrochen werden, wenn besondere Gründe die weiter bestimmt werden vorliegen. Sie müssen durch die Verfassung legitimiert sein, und genau so bedeutsam wie die Abgeordnetenrechte sein.<sup>37</sup> Die Situation der außergewöhnlich großen Regierungsmehrheit, durch die sich die A- und B-Fraktion im Fall in ihrem Recht auf Opposition eingeschränkt fühlt, könnte ein solcher Grund sein. Doch dadurch dass die Quoren, die zur Ausübung der Minderheitenrechte erfüllt sein müssen, sich in ihrer Zusammensetzung wie erläutert jedoch nicht auf oppositionelle Abgeordnete beschränken, sondern sich die Minderheit aus Abgeordneten verschiedener Fraktionen und Parteien zusammensetzen kann,<sup>38</sup> bleibt die Oppositionsmöglichkeit auch in der im Fall geschilderten Situation erhalten. Die Ungerechtigkeit ist somit nicht zu rechtfertigen. Ein Anspruch lässt sich nicht herleiten.

#### **dd) Große Koalition als Wahlergebnis**

Des Weiteren gegen die Auslegung des Artikels spricht die Tatsache, dass die wirkungsarme Opposition Ergebnis der demokratischen Wahl und somit Entscheidung des Volkes (Souveräns) ist. Die Wahlentscheidungen beziehen sich zwar auf Abgeordnete,<sup>39</sup> doch entscheidet sich der Wähler aufgrund bestimmter

<sup>37</sup>BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 - 2 BvE 4/14, Rn. 98, bundesverfassungsgericht.de.

<sup>38</sup> BVerfGE 21, 52 (53); 124, 78 (107)

<sup>39</sup>Cancik, NVwZ 2014, 18 (24)

vertreter Meinungen und beeinflusst mit seiner Entscheidung somit maßgeblich die Bildung von Mehrheit und Minderheit. Das Ergebnis ist somit zu akzeptieren und darf nicht durch Verfassungsauslegung hinterfragt werden.

#### **ee) Annahme verfassungswidrigen Verfassungsrechts**

Im Verlaufe des Gutachtens wurde erkenntlich, dass zwischen den grundgesetzlichen Quoren, dass die Minderheiten für die Ausübung ihrer Rechte einhalten müssen, und dem verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver Opposition ein Spannungsverhältnis besteht. Hätte die Untersuchung ergeben, dass das Quorum das Recht auf Opposition beeinträchtigt, also dem Wortlaut des Art 44. Abs. 1 S.1 zur Wahrung des Gesetzeszwecks nicht Folge geleistet werden hätte sollen, dann würde es sich im besagtem Artikel um verfassungswidriges Verfassungsrecht handeln. Die Existenz solchen Rechts ist allerdings umstritten. Zunächst erweist sich die Auffindung einer höherwertigen positivrechtlichen Norm als nicht möglich, da alle Verfassungsbestimmungen gleichrangig sind,<sup>40</sup> weil das GG als Einheit zu verstehen ist.<sup>41</sup> Eine Abwägung ist also nicht möglich. Das Spannungsverhältnis lässt sich durch die umstrittene Rechtsfigur nicht lösen.

#### **c) Historische Auslegung**

Ebenfalls gegen eine teleologische Reduktion des Artikels spricht die Rechtsprechung des BVerfG. Schon mehrmals ist es vorgekommen, dass die parlamentarische Opposition alleine die zur Geltendmachung von Minderheitenrechten zu erfüllende Quoren nicht aufbringen konnte. In der 5. Wahlperiode (während der Bonner Koalition, 1966-1969) unter Bundeskanzler Kiesinger entfielen sogar nur 9,7 % der Abgeordnetenmandate auf die Opposition und auch in der 16. Wahlperiode (2005-2009) unter Angela Merkel gab es mit der 18. Wahlperiode vergleichbare parlamentarische Kräfteverhältnisse.<sup>42</sup> Ein

<sup>40</sup> Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 78/ WRV Art. 137 Rn. 8

<sup>41</sup> BVerfG, Pressemitteilung Nr. 22/2016 S.3.

<sup>42</sup> Cancik, NVwZ 2014, 18 (21).

„Verfassungswandel“ und somit ein verzögertes Eingreifen des Gesetzgebers ist nicht zu bestätigen. Die Verhältnisse sind stabil.<sup>43</sup>

### 3. Zwischenergebnis formelle Verfassungsmäßigkeit

Durch das Grundgesetz werden keine spezifischen Oppositionsrechte manifestiert, die eine teleologische Reduktion des Quorums erfordern würde. Auch das „Recht auf Opposition“ ist durch das vermeintlich hohe Quorum nicht verletzt. Die begründete Ablehnung des Einsetzungsantrags war somit nicht rechtswidrig.

## II. Hilfsgutachten: Materielle Zulässigkeit des Einsetzungsantrags

Fraglich ist ob die A- und B-Fraktion Anspruch auf eine inhaltliche Beantwortung ihrer Fragen gehabt hätte. Dazu hätte die materielle Verfassungsmäßigkeit des Einsetzungsantrags gewährleistet sein müssen, die Untersuchungsgegenstände hätten bestimmt genug bezeichnet und als solche zulässig sein müssen.<sup>44</sup>

### 1. Frage 1

Fraglich ist ob die Frage 1 die Voraussetzungen erfüllt.

#### a) Bestimmtheitsgebot

Der Untersuchungsgegenstand eines Untersuchungsausschusses muss hinreichend bestimmt sein. Das Bestimmtheitsgebot ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 III GG.<sup>45</sup> Fraglich ist, ob die hinreichende Bestimmtheit bei Frage 1 vorliegt. Da die Frage eine konkret gestellt ist und auf die Aufklärung von eventuellen Fehlern beim Erstellen des Einsatzkonzepts abzielt, ist die hinreichende Bestimmtheit zu bejahen.

#### b) Verfassungsrechtliche Grenzen des Untersuchungsrechts

<sup>43</sup>BVerfG, Pressemitteilung Nr. 22/2016 S. 3.

<sup>44</sup> Gröpl, Staatsrecht I, Rn. 1101.

<sup>45</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 680.

Untersuchungsgegenstände müssen sich an die verfassungsrechtlichen Grenzen des Untersuchungsrechts halten.<sup>46</sup> Fraglich ist ob Frage 1 diese Anforderung erfüllt.

#### **aa) PUAG**

Die PUAG könnte die Zulässigkeit des Untersuchungsgegenstandes regeln. § 1 Abs. 3 PUAG regelt, dass ein Untersuchungsverfahren im Rahmen der verfassungsmäßigen Zuständigkeit des Bundestags zulässig ist.

Beim PUAG handelt es sich jedoch um „einfaches“ Gesetz, also nicht um Verfassungsgesetz. Somit kann der Paragraph nicht Prüfungsmaßstab für die Verfassungsmäßigkeit sein, und lediglich in Fragen der Auslegung zu Hilfe gezogen werden kann.

#### **bb) GG**

Das GG könnte das Untersuchungsrecht begrenzen.

Der Untersuchungsausschüsse betreffende Art. 44 GG enthält dem Wortlaut nach keine den Untersuchungsgegenstand betreffenden Beschränkungen. Fraglich ist, ob sich eine Begrenzung der Themen ergibt, setzt man den Artikel wie es für Verfassungsbestimmungen nach dem Prinzip der Einheit der Verfassung üblich ist, in den Gesamtzusammenhang des GG. Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts könnten sich aus dem Kompetenzbereich des Bundes aus Art. 30, 70 GG und aus der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs 2 S. 2 GG ergeben.<sup>47</sup>

#### **(1) Kompetenzbereich des Bundes**

Das Untersuchungsrecht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses ist auf die verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbereiche des Bundes beschränkt. Anhaltspunkt ist hier § 1 III PUAG. Der sogenannten „Korrolartheorie“<sup>48</sup> folgend,

<sup>46</sup> *Oberrath*, Staatsrecht, Rn. 86; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, S. 336 f..

<sup>47</sup> *Wilms*, Staatsrecht I, Rn. 589.

<sup>48</sup> *Stern*, Staatsrecht II, S. 63



kann der Untersuchungsausschuss als Hilfsorgan des Bundestages nicht mehr Rechte haben als selbiger.<sup>49</sup>

Fraglich ist zunächst, ob Frage 1 in den Zuständigkeitsbereich des Bundestages fällt.

Die Antragstellerin argumentiert, dass dadurch dass Bundespolizisten am 17.11.2016 in S eingesetzt wurden der Bund zuständig sei. Die Bundesregierung kontert, dass die Belange in die alleinige Kompetenz der für den Einsatz zuständigen und weisungsbefugten Landesbehörden fielen. Außerdem verfüge weder sie noch der Bundestag über genaue Kenntnisse des vom Land L zugrunde gelegten Einsatzkonzepts. Näher zu betrachten sind im Falle Art. 30, 70 und 83 GG. Demnach obliegt es den Ländern Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch polizeiliche Maßnahmen abzuwehren.<sup>50</sup> Fraglich ist, ob die Verantwortung für die Beamten der Bundespolizei, die bei Unterstützungseinsätzen eingesetzt werden, vom Bund oder vom jeweiligen Land getragen werden muss. Hierüber könnte der Wortlaut des Art. 35 Abs. 2 S.1 GG Aufklärung schaffen. Demnach unterstützen die eingeforderten Bundesbeamten lediglich das Land bei der Erfüllung seiner Aufgaben. Außerdem ist die Unterstützung nach § 11 Abs. 2 BPolG an das im entsprechenden Bundesland geltende Länderrecht gebunden. Der Bund übernimmt also keine Verantwortung für das Handeln der eingesetzten Bundespolizeibeamten und ist auch nicht rechtlich oder faktisch für die Leitung des Einsatzes verantwortlich.<sup>51</sup> Da die Bundesregierung nicht die Verantwortung trägt, könnte man meinen sie könnte nicht zur Herausgabe von Informationen verpflichtet werden, da sie darüber gar nicht verfügen kann. Tatsächlich muss aber die Anforderung der Bundespolizei alle für die Entscheidung wesentlichen Merkmale des Einsatzauftrags enthalten. Diese sind allerdings begrenzt. Denn die Planung des Einsatzes kann vielleicht bei der Anforderung noch nicht abgeschlossen sein und außerdem muss die Anforderung nicht alle Aspekte des Einsatzes umfassen, da nur

<sup>49</sup> *Wilms*, Staatsrecht I, Rn. 589; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 682

<sup>50</sup> BVerfG, Urt. v. 2.6.2015 - 2 BvE 7/11 Rn. 114, bundesverfassungsgericht.de; BVerfG 97, 198 (214 ff.)

<sup>51</sup> BVerfG, Urt. v. 2.6.2015 - 2 BvE 7/11 Rn. 114, bundesverfassungsgericht.de

entscheidungs wesentliche Merkmale des Einsatzauftrags für die Bundesregierung von Bedeutung sind, ein konkretes Einsatzkonzept muss nicht mitgeteilt werden.<sup>52</sup> Außerdem können in der Anfrage nur Informationen, die bis zum Antragszeitpunkt bekannt waren erhalten sein. Es erscheint nicht sinnvoll, die Bundesregierung aus der Berechtigung zur staatlichen Informationspolitik zur Erteilung solcher unvollständiger und somit unergiebigere Informationen zu verpflichten, zumal die Frage im Fall konkret auf ein Einsatzkonzept abzielt. Außerdem würde ein solches Vorgehen das im föderalen System bestehende Konzept, dass nur eine Stelle die Verantwortung tragen soll um Verantwortungslücken zu vermeiden hintergehen.<sup>53</sup>

Die Frage fällt somit nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundes, und ist aufgrund des Bundesstaatsprinzips nach Art. 30 GG nicht von einem Untersuchungsausschuss des Bundestages überprüfbar.

## **(2) Gewaltenteilungsgrundsatz, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG**

Der Untersuchungsgegenstand könnte des Weiteren gegen eine Beschränkung, die sich aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 S. 2) ableiten lässt, verstoßen. Jedoch ist im gegebenen Fall kein Hinweis darauf gegeben, dass die Frage in die ausschließliche Kompetenz eines anderen Verfassungsorgans fällt.

## **c) Klärung von Tatsachen und Öffentliches Interesse**

Die Frage ist auf die Klärung von Tatsachen gerichtet und die Aufklärung über mögliche Fehler im Einsatzkonzept liegt im öffentlichen Interesse. Dies lässt sich dadurch begründen, dass ein mögliches Ergebnis der Untersuchung rechtliche und somit die Allgemeinheit betreffende Folgen haben könnte.<sup>54</sup>

## **2. Frage 2**

Fraglich ist, ob die zweite Frage die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt.

<sup>52</sup>BVerfG, Urt. v. 2.6.2015 - 2 BvE 7/11 Rn. 82, bundesverfassungsgericht.de

<sup>53</sup> BVerfG, Urt. v. 2.6.2015 - 2 BvE 7/11 Rn. 83, bundesverfassungsgericht.de

<sup>54</sup> Morlock, in: Dreier: GG, Art. 44 Rn.11

### a) Bestimmtheitsgebot

Frage 2 zielt auf die Aufklärung des rechtswidrigen Verhaltens von Bundesbeamten ab und ist somit genau bestimmt.

### b) Verfassungsrechtlichen Grenzen des Untersuchungsrechts

#### aa) Kompetenzbereich des Bundes

Fraglich ist zunächst, ob die Frage in den Zuständigkeitsbereich des Bundestags fällt. Die Bundesregierung beruft sich auf die selbe Argumentation wie bei Frage 1, auch Frage 2 hätte keine Angelegenheit des Bundes zum Gegenstand, sondern beträfe Belange, die in die alleinige Kompetenz der für den Einsatz weisungsbefugten und zuständigen Landesbehörden fielen. Es lässt sich anführen dass der Bund aufgrund der föderalen Struktur der Bundesrepublik nur insoweit in den Wirkungsbereich eines Landes eingreifen darf, als ihm Aufsichts- und Kontrollrechte nach dem GG zukämen. Für Unterstützungseinsätze ist allerdings nach § 11 BPolG die anfordernde Landesregierung zuständig.<sup>55</sup> Die Bundespolizisten sind gegenüber dem Land weisungsgebunden. Man könnte also annehmen, dass dieses auch im Falle von rechtswidrigem Verhalten die Verantwortung trägt. Tatsächlich jedoch sind alle Bundesbeamten gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Die Dienstrechtliche Verantwortung für das Handeln der Bundesbeamten trägt folglich der Bund.<sup>56</sup> Die Anfrage hat den rechtswidrigen Einsatz von Pfefferspray zum Gegenstand, es müsste aber auch erkenntlich werden, basierend auf welchen Tatsachen ein begründeter Verdacht besteht, dass sich Bundespolizisten rechtswidrig verhalten haben.<sup>57</sup> Die Frage besagt, dass unverhältnismäßig viel Pfefferspray eingesetzt wurde, es besteht also ein begründeter Verdacht des rechtswidrigen Verhaltens. Somit ist die Bundesregierung zur Informationserteilung über die Weisungslage, Gründe für

<sup>55</sup>BVerfG, Urt. v. 2.6.2015 - 2 BvE 7/11 Rn. 79, bundesverfassungsgericht.de.

<sup>56</sup>BVerfG, Urt. v. 2.6.2015 - 2 BvE 7/11 Rn. 116, bundesverfassungsgericht.de.

<sup>57</sup> siehe 56.

gut

Abweichungen und nach dem Einsatz gezogenen Konsequenzen verpflichtet.<sup>58</sup>  
Die Frage fällt somit in den Zuständigkeitsbereich des Bundes.

### **bb) Gewaltenteilungsgrundsatz**

Der Untersuchungsgegenstand könnte allerdings gegen eine Beschränkung, die sich aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 S. 2) ableiten lässt, verstoßen. Jedoch ist im gegebenen Fall kein Hinweis darauf gegeben, dass die Frage in die ausschließliche Kompetenz eines anderen Verfassungsorgans fällt.

### **c) Klärung von Tatsachen und Öffentliches Interesse**

Die Frage ist auf die Klärung von Tatsachen gerichtet und die Aufklärung über mögliches rechtswidriges Verhalten von Bundespolizisten liegt im öffentlichen Interesse.

Frage 2 erfüllt somit alle inhaltlichen Voraussetzungen an den Untersuchungsgegenstand.

### **3. Frage 3**

Fraglich ist, ob die dritte Frage die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt.

#### **a) Bestimmtheitsgebot**

Auch Frage 3 ist klar formuliert, der Untersuchungsgegenstand ist somit genau bestimmt und ein Informationsbedürfnis wird deutlich erkennbar.

#### **b) Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Untersuchungsrechts**

Die Materie auf die sich die Frage bezieht, müsste wegen des Bundesstaatsprinzips in den Zuständigkeit des Bundes fallen. Parlamentsabgeordnete sind als Teil des Verfassungsorgans Bundestag<sup>59</sup> vom Kompetenzbereich des Bundes erfasst.

---

<sup>58</sup>siehe 56.

<sup>59</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pierroth, GG, Art. 38, Rn. 25.

Die Frage greift des Weiteren nicht in die feste Zuständigkeit einer anderen Staatsgewalt ein. Allerdings könnte sie in den „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“<sup>60</sup>, den grundsätzlich unausforschbarer Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich der Regierung, eindringen, welches dem Untersuchungsausschuss nicht erlbt ist.<sup>61</sup> Ein solcher Kernbereich könnte mit der Willensbildung der Ministerin M betroffen sein. Da diese allerdings bereits abgeschlossen ist, entsteht hier kein Zulässigkeitshindernis. Frage 3 könnte allerdings wegen mangelndem Amtsbezug nicht beantwortet werden müssen. Tatsächlich scheint die konkrete Information, ob Ms Sohn Opfer von durch Hooligans verübter Gewalt wurde, für ihre Entscheidung, ob Bundespolizisten entsendet werden sollen irrelevant. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass sich die Bundespolizisten aufgrund von Erfahrungen der M anders gegenüber den Hooligans verhalten würden. Außerdem könnte das freie Mandat aus Art. 38 Abs: 1 S. 2 GG gewährleisten, dass M ihr politisches Amt in einem grundsätzlich persönlichen und nicht ausforschbaren Vorgang ausüben kann. Dafür spricht der eindeutige Wortlaut, demnach die Abgeordneten „nur ihrem Gewissen unterworfen“ sind, der Abgeordnete kann nicht für seine Entscheidungen zur Rechenschaft gezogen werden.

### c) Klärung von Tatsachen und Öffentliches Interesse

Die Frage ist auf die Klärung von Tatsachen gerichtet und die Aufklärung über möglichen Amtsmissbrauch der M liegt im öffentlichen Interesse.

Frage 3 erfüllt die inhaltlichen Voraussetzungen nicht, da sie Privates zum Inhalt hat.

etwas knapp

*etwas knapp*

### C. Fazit

Der Antrag im Organstreitverfahren ist unzulässig. Die Fragen 1 und 3 sind zudem unbegründet.

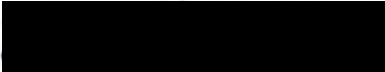
Die Ablehnung des Antrags durch die Bundesregierung hat die A- und B -Fraktion nicht in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt.

<sup>60</sup> BVerfGE 67, 100 (139)

<sup>61</sup> BVerfGE 67, 100 (139); 110, 119 (214)

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Hausarbeit selbstständig verfasst habe und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel verwendet habe.

Die Stellen der Hausarbeit, die anderen Quellen im Wortlaut oder dem Sinn nach entnommen wurden, sind durch Angaben der Herkunft kenntlich gemacht.

  
München, 16.04. 2017

Eine sehr erfreuliche Arbeit. Das mögliche Vorliegen eines Anspruchs aus Art. 44 GG und das Recht auf effektive Opposition haben Sie sehr gut abgehandelt. Lediglich Frage 3) fiel etwas knapp aus und Sie ~~erwähnen~~ erwähnen, dass die Bundesregierung (statt Bundestag) den Antrag abgelehnt habe. Ansonsten nur sehr gute Ausführungen.

Eine sehr erfreuliche Arbeit. Das mögliche Vorliegen eines Anspruchs aus Art. 44 GG und das Recht auf effektive Opposition haben Sie sehr gut abgehandelt. Lediglich Frage 3) fiel etwas knapp aus und Sie erwähnen, dass die Bundesregierung (statt Bundestag) den den Antrag abgelehnt habe. Ansonsten nur sehr gute Ausführungen.  
sehr gut, 16 Punkte

sehr gut

16 Punkte

# HAUSARBEIT IM GK STRAFRECHT

*Prof. Dr. Krüger 2016/2017*

13 Punkte



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

PROF. DR. PETRA WITTIG  
PROF. DR. MATTHIAS KRÜGER  
GRUNDKURS STRAFRECHT  
WINTERSEMESTER 2016/17



## Sachverhalt Hausarbeit

Der 16-jährige Anton (A) steckt in Geldnöten. Darum fasst er eines Abends den Plan, in die Villa der wohlhabenden betagten Witwe Bertha (B) einzubrechen, um Schmuck und Wertsachen zu entwenden. Die Villa ist von einem großen, etwas verwilderten Park umgeben, der wiederum durch eine Mauer von der Straße abgegrenzt ist. Am Eingangstor und an mehreren Stellen entlang der Mauer ist ein Hinweisschild mit der Aufschrift „Warnung vor dem bissigen Hund“ angebracht. A liest das Schild zwar, macht sich aber keine weiteren Gedanken, weil er im Park der B noch nie einen Hund gesehen hat.

A steigt mit einer Leiter über die Mauer und schleicht vorsichtig in Richtung Haus. Plötzlich kommt jedoch der Schäferhund von B angerannt, der jeden Abend bei Einbruch der Dunkelheit von B in den Park gelassen wird, um darin frei herumzulaufen und Einbrecher zu vertreiben. B hat das ansonsten lammfromme Tier aus Angst vor Einbrechern extra darauf abgerichtet, fremde Personen auf dem Grundstück anzugreifen und zu verletzen. Der auf diese Art und Weise abgerichtete Hund fällt A sofort an und verbeißt sich in dessen Wade. A gelingt es mit Mühe und Not, einen herumliegenden dicken Ast vom Boden zu nehmen, mit dem er mehrfach auf den Hund einschlägt. Der Hund lässt aufgrund seiner Verletzungen von A ab, der unverzüglich verschwindet.

Die 16-jährigen Carlo (C) und Denise (D) sind ebenfalls finanziell klamm. Um die Misere zu beheben, kommen beide überein, das gleichfalls von einem weitläufigen Garten umgebene Haus des Rentners und Hobbyschützen Edgar (E) bei Nacht und Nebel auszuräumen. Weil sie E bei seinem wöchentlichen Stammtisch wähen, verzichten sie darauf, sich zu bewaffnen. C und D befinden sich bereits im Wohnzimmer des Hauses, als auf einmal der früher heimgekehrte E auftaucht und damit droht, die Polizei zu rufen. C und D gelingt es aber, E zu überwältigen und im Keller einzusperren, dessen Tür sie von außen verschließen.

C und D machen sich nunmehr daran, das Haus nach Wertsachen zu durchsuchen. Im Schlafzimmer finden sie die Geldbörse des E auf dem Nachttisch, in der sich ein 100-EURO-Schein befindet, den D einsteckt. C ist derweil auf einen Safe in der Wand gestoßen. Beim Versuch, diesen gewaltsam zu öffnen, löst er jedoch versehentlich einen Alarm aus, der sofort lautstark ertönt. C und D treten daraufhin schleunigst den Rückzug an, um durch die Terrassentür in den dunklen Garten zu verschwinden.

In der Zwischenzeit konnte sich E aus dem Keller befreien. Aus Angst vor C und D hat er zuvor noch eine Pistole aus seinem Waffenschrank im Keller eingesteckt. Als beide gerade das Haus verlassen haben, schlägt in der Nähe ein Blitz ein. E verwechselt dies mit einem Schuss und ist sich sicher, dass C und D vorhaben, alsbald weitere Schüsse auf E abzugeben, damit er sie nicht bei der Polizei verpfeifen kann. In seiner Panik schießt E daraufhin mehrfach und ungezielt in Hüfthöhe in die dunkle Nacht, und zwar in Richtung der beiden noch im Garten des E befindlichen Strauchdiebe. D wird am Oberschenkel getroffen und sinkt verletzt zu Boden, wird später aber durch eine Notoperation gerettet. Dass D einen Geldschein eingesteckt hatte, wusste E nicht. Vielmehr ging er davon aus, dass die Einbrecher wegen des Safes keine Beute gemacht haben können.

**Prüfen Sie die Strafbarkeit von A und E nach dem StGB.**  
Erforderliche Strafanträge sind gestellt.



Die Bearbeitung darf den Umfang von 25 Seiten (**ohne** Deckblatt, Sachverhalt, Literaturverzeichnis und Gliederung) mit der üblichen Formatierung (Korrekturrand links 5 cm Rand, rechts 2 cm, oben 2 cm, unten 2 cm, Schrifttyp: Times New Roman, Zeilenabstand 1,5, normaler Zeichenabstand und Schriftgröße 12 im Haupttext, Fußnoten Schriftgröße 10) nicht überschreiten. Eine Überschreitung der vorgegebenen Seitenzahl und/oder die Nichteinhaltung der Formatvorschriften können zu erheblichem Punktabzug führen. Die Zusammenarbeit in Internetforen oder sozialen Netzwerken (z. B. Facebook, juraforum, Jodel, etc.) kann als Unterschleif gewertet werden.

Die Hausarbeiten werden mittels Ephorus-Anti-Plagiatsprogramm überprüft. Es ist daher erforderlich, dass eine elektronische Version der Hausarbeit ohne Sachverhalt bei ephorus hochgeladen wird. **Nähere Angaben dazu, insbesondere der Code für die Teilnehmer des Grundkurses L-Z, folgen im Laufe der vorlesungsfreien Zeit auf der Homepage von Prof. Krüger.**

**Abgabe** der Hausarbeit für die Teilnehmer des Grundkurses L-Z mit der ausgedruckten und angefügten ephorus-Bestätigung: **03.05.2017** bis 12.00 Uhr im Sekretariat Prof. Krüger, Veterinärstraße 1, 3. Stock, Zi. 313 (bitte nicht in den Briefkasten im Seminargebäude einwerfen!) **oder** per Post (**Poststempel vom 03.05.2017, kein Freistempler**) an Prof. Dr. Krüger, Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Ludwig-Maximilians-Universität, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München).

**Gliederung des Gutachtens**

<b>Tatkomplex I: Verteidigung der Villa der B</b> .....	<b>1</b>
A. Versuchter Wohnungseinbruchdiebstahl, §§ 242 I, II, 244 I Nr. 3, II, 22, 23 I StGB.....	1
I. Vorprüfung.....	1
II. Tatbestand der §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB.....	1
1. Tatentschluss.....	1
a) Tatbestandsmerkmale des § 242 I StGB.....	1
aa) Vorsatz bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.....	1
bb) Zueignungsabsicht.....	2
(1) Enteignungswille.....	2
(2) Aneignungsabsicht.....	2
cc) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung.....	3
b) Vorsatz bzgl. der Qualifikation des § 244 I Nr. 3 StGB.....	3
2. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB.....	3
III. Ergebnis: Versuchter Wohnungseinbruchdiebstahl.....	5
B. Versuch des Diebstahls im besonders schweren Fall, §§ 242 I, II, 22, 23 I i.V.m. § 243 I 2 Nr. 1 StGB.....	5
C. Versuchte Unterschlagung, §§ 246 I, III, 22, 23 I StGB.....	5
D. Hausfriedensbruch, § 123 I Var. 1 StGB.....	6
I. Tatbestandsmäßigkeit.....	6
1. Objektiver Tatbestand.....	6
a) Schutzobjekte des § 123 I StGB.....	6
b) Eindringen, § 123 I Var. 1 StGB.....	6
2. Subjektiver Tatbestand.....	6
II. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	7
III. Strafantrag, § 123 II StGB.....	7
IV. Ergebnis: Hausfriedensbruch.....	7
E. Sachbeschädigung, § 303 I StGB.....	7
I. Tatbestandsmäßigkeit.....	7
1. Objektiver Tatbestand.....	7
a) Beschädigen einer fremden Sache, § 303 I Var. 1 StGB.....	7
b) Kausalität und objektive Zurechnung.....	8
2. Subjektiver Tatbestand.....	8

II. Rechtswidrigkeit.....	8
1. Notwehr des A, § 32 StGB.....	8
a) Notwehrlage, § 32 II StGB.....	8
aa) Angriff.....	9
bb) Gegenwärtigkeit.....	9
cc) Rechtswidrigkeit.....	9
(1) Antizipierte Notwehr der B, § 32 StGB.....	10
(a) Notwehrlage, § 32 II StGB.....	10
(b) Notwehrhandlung, § 32 II StGB.....	10
(aa) Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung.....	10
(α) Geeignetheit.....	10
(β) Relativ mildeste Mittel.....	11
(bb) Gebotenheit.....	12
(c) Subjektives Rechtfertigungselement.....	12
b) Zwischenergebnis: Notwehr des A.....	13
2. Defensivnotstand, § 228 BGB i.V.m. § 34 StGB.....	13
3. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB.....	13
4. Zwischenergebnis: Rechtswidrigkeit.....	14
III. Schuld.....	14
1. Entschuldigender Notstand, § 35 StGB.....	14
a) Notstandslage, § 35 I 1 StGB.....	14
b) Notstandshandlung, § 35 I 1 StGB.....	14
c) Zumutbarkeit der Gefahrenhinnahme, § 35 I 2 StGB.....	14
2. Zwischenergebnis: Schuld.....	15
IV. Strafantrag, § 303c StGB.....	15
V. Ergebnis: Sachbeschädigung.....	15
E. Ergebnis: Tatkomplex I.....	15
 <b>Tatkomplex II: Schüsse auf die Strauchdiebe.....</b>	 <b>16</b>
A. Versuchter Totschlag an D und C, §§ 212 I, 22, 23 I StGB.....	16
I. Vorprüfung.....	16
II. Tatbestandsmäßigkeit.....	16
1. Tatentschluss.....	16

### III

2. Zwischenergebnis: Tatbestandsmäßigkeit	17
III. Ergebnis: Versuchter Totschlag an D und C	17
B. Gefährlicher Körperverletzung an D, §§ 223 I, 224 Nr. 2, Nr. 5 StGB	17
I. Tatbestandsmäßigkeit	17
1. Objektiver Tatbestand	17
a) Grunddelikt, § 223 I StGB	17
b) Qualifikationstatbestand, § 224 I StGB	18
aa) Gefährliches Werkzeug, § 224 I Nr. 2 StGB	18
bb) Lebensgefährdende Behandlung, § 224 I Nr. 5 StGB	18
c) Kausalität und objektive Zurechnung	19
2. Subjektiver Tatbestand	19
II. Rechtswidrigkeit	19
1. Notwehr des E gegen Angriff auf seine Fortbewegungsfreiheit, § 32 StGB	19
2. Notwehr des E gegen Angriff auf sein Hausrecht, § 32 StGB	19
a) Notwehrlage, § 32 II StGB	19
b) Notwehrhandlung, § 32 II StGB	20
3. Notwehr des E gegen Angriff auf sein Eigentum, § 32 StGB	20
a) Notwehrlage, § 32 II StGB	20
b) Notwehrhandlung, § 32 II StGB	20
aa) Erforderlichkeit	20
bb) Gebotenheit	21
c) Subjektives Rechtfertigungselement	21
aa) Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements	21
bb) Rechtsfolgen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements (umgekehrter ETI)	22
III. Erlaubnistatbestandsirrtum	23
1. Hypothetische Rechtfertigungsprüfung	23
2. Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums	23
IV. Ergebnis: Gefährliche Körperverletzung an D	24
D. Fahrlässige Körperverletzung an D, § 229 StGB	24
E. Versuchte gefährliche Körperverletzung an C, §§ 223 I, II StGB, 224 Nr. 2, Nr. 5, II 22, 23 I StGB	25
I. Vorprüfung	25
II. Tatbestand der §§ 223 I, 224 Nr. 2, Nr. 5 StGB	25

III. Rechtswidrigkeit.....	25
IV. Ergebnis: Versuchte gefährliche Körperverletzung an C.....	25
F. Ergebnis: Tatkomplex II.....	25
<b>Gesamtergebnis.....</b>	<b>25</b>

## Literaturverzeichnis

### I. Lehrbücher und Monographien

*Krey, Volker/Esser, Robert (Begr.):* Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung, 5. Aufl. Stuttgart 2012, zitiert als: *Krey/Esser*, Strafrecht AT (Fundstelle).

*Kühl, Kristian:* Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München 2017, zitiert als: *Kühl*, Strafrecht AT (Fundstelle).

*Lauth, Roman:* Antizipierte Notwehr. Inaugural – Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, Berlin 2004, zitiert als: *Lauth*, Antizipierte Notwehr, (Fundstelle).

*Rengier, Rudolf:* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München 2016, zitiert als: *Rengier*, Strafrecht AT (Fundstelle).

*Rengier, Rudolf:* Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte, 16. Aufl. München 2014, zitiert als: *Rengier*, Strafrecht BT I (Fundstelle).

*Roxin, Claus:* Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. München 2006, zitiert als: *Roxin*, Strafrecht AT I, (Fundstelle).

*Roxin, Claus:* Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, zitiert als: *Roxin*, Strafrecht AT II, (Fundstelle).

*Schmidt, Rolf:* Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, 15. Aufl. Hannover 2015, zitiert als:  
*Schmidt*, Strafrecht AT (Fundstelle).

*Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut:* Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, Aufl. 2016, zitiert als: *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT (Fundstelle).

## II. Kommentare

*Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch. Mit Nebengesetzen, 64. Aufl. München 2017, zitiert als *Fischer* (Fundstelle).

*Heintschel-Heinegg, Bernd v. (Hrsg.)*: Beck'scher Online Kommentar StGB, 33. Edition München 2017, zitiert als: BeckOK-StGB/*Verfasser* (Fundstelle).

*Heintschel-Heinegg, Bernd v. (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1 §§ 1-37, 3. Aufl. München 2017, zitiert als: MüKo-StGB/*Verfasser* (Fundstelle).

*Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4 §§ 185-262, 2. Aufl. München 2012, zitiert als: MüKo-StGB/*Verfasser* (Fundstelle).

*Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.)*: Strafgesetzbuch, Bd. 3 §§ 232-358, 4. Aufl. Baden-Baden 2013, zitiert als: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Verfasser* (Fundstelle).

*Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.)*: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch. Großkommentar. Bd. 8 §§ 242-262, 12. Aufl. Berlin/New York 2010, zitiert als: LK-StGB/*Verfasser* (Fundstelle).

*Palandt, Otto (Begr.)*: Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. München 2017, zitiert als: Palandt/*Verfasser*.

*Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter (Hrsg.)*: StGB Strafgesetzbuch, 2. Aufl. Köln 2014, zitiert als: SSW-StGB/*Verfasser*.

*Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.)*: Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Aufl. München 2014, zitiert als Schönke/Schröder/*Verfasser* (Fundstelle).

## III. Aufsätze

*Eisele, Jörg*: Strafrecht AT: Erlaubnistatbestandsirrtum und subjektives Rechtfertigungselement, in JuS 2016, S. 366 ff., zitiert als: *Eisele*, JuS 2016, S. 366 (Fundstelle).

*Eisele, Jörg*: Strafrecht: Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchsdiebstahl, in: JuS 2017, S. 175 ff., zitiert als: *Eisele*, JuS 2017, S. 175 (Fundstelle).

*Graul, Eva*: „Versuch eines Regelbeispiels“ – BayOBLG, NStZ 1997, 442; BGH NStZ-RR 1997, 293, in: JuS 1999, S. 852 ff., zitiert als: *Graul*, JuS 1999, S. 852 (Fundstelle).

*Heinrich, Bernd*: Übungsklausur Strafrecht (für Fortgeschrittene): Einkaufsfreuden, in: JURA 1997, S. 366 ff., zitiert als: *Heinrich*, JURA 1997, S. 366 (Fundstelle).

*Kudlich, Hans*: Angefangen vielleicht ja – aber womit?, in: JA 2017, S. 152 ff., zitiert als: *Kudlich*, JA 2017, S. 152 (Fundstelle).

*Kuhlen, Lothar*: Kongruenz zwischen Erfüllung des objektiven und des subjektiven Tatbestands bei Rechtfertigungsgründen, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 153 ff., zitiert als: *Kuhlen*, FS-Beulke, S. 153 (Fundstelle).

*Laubenthal, Klaus*: Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen, in: JZ 1987, S. 1065 ff., zitiert als: *Laubenthal*, JZ 1987, S. 1065 (Fundstelle).

*Rönnau, Thomas*: Grundwissen – Strafrecht: Antizipierte Notwehr, in JuS 2015, S. 880 ff., zitiert als: *Rönnau*, JuS 2015, S. 880 (Fundstelle).

*Schneider, Hartmut*: Zur Annahme von Tötungsvorsatz bei Abgabe von Schüssen auf Menschen, Festschrift für Hans Dahn, hrsg. v. Gunter Widmaier, Heiko Lesch, Bernd Müssig, Rochus Wallau, Köln 2005, S. 189 ff., zitiert als: *Schneider*, FS-Dahn, S. 189 (Fundstelle).



## **Tatkomplex I: Verteidigung der Villa der B**

### **A. Versuchter Wohnungseinbruchdiebstahl, §§ 242 I, II, 244 I Nr. 3, II, 22, 23 I StGB**

Der A könnte sich wegen versuchten Wohnungseinbruchdiebstahls gem. §§ 242 I, II, 244 I Nr. 3, II, 22 StGB strafbar gemacht haben, indem er über die Mauer in den Park und somit in das Grundstück der B eindrang.

#### **I. Vorprüfung**

Zunächst müsste die Nichtvollendung des Delikts und die Strafbarkeit des Versuchs eines Wohnungseinbruchdiebstahls vorliegen. Für die Vollendung eines qualifizierten Delikts<sup>1</sup> bedarf es sowohl der Vollendung des Grunddelikts (§ 242 StGB), als auch des qualifizierenden Merkmals des Wohnungseinbruchs. Vollendung des Diebstahls gem. § 242 StGB ist objektiv die vollendete Wegnahme einer fremden beweglichen Sache durch Begründung neuen Gewahrsams.<sup>2</sup> Hier fehlt es an der Wegnahme einer fremden Sache durch A. Somit kann die Frage nach der Vollendung der Qualifikation dahinstehen. Denn eine solche allein kann nie zur vollständigen Tatbestandserfüllung des § 244 I Nr. 3 StGB führen. Ein Fehlen der Deliktvollendung ist mangels vollendetem Grunddelikt zu bejahen. Der Versuch des Wohnungseinbruchdiebstahls ist auch gem. §§ 242 II, 244 II, 22, 23 I StGB strafbar.

#### **II. Tatbestand der §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB**

##### **1. Tatentschluss**

Der A müsste Tatentschluss gehabt haben. Dieser umfasst den Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale der §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB und das Vorliegen etwaiger subjektiver Tatbestandsmerkmale.<sup>3</sup> Vorsatz gem. § 15 StGB ist „der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände“<sup>4</sup>.

##### **a) Tatbestandsmerkmale des § 242 I StGB**

###### **aa) Vorsatz bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache**

Der Tatplan des A müsste sich auf die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gerichtet haben. A hat geplant, „Schmuck und Wertsachen zu entwenden“. Fraglich ist, ob es sich dabei um eine solche fremde Sache i.S.d. § 242 I StGB

<sup>1</sup> LK-StGB/Vogel § 244 Rn. 2.

<sup>2</sup> BeckOK-StGB/Wittig § 242 Rn. 44.

<sup>3</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 851.

<sup>4</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 306.

handelt. Als fremde bewegliche Sache i.S.d. § 242 I StGB gilt ein körperlicher Gegenstand (§ 90 BGB)<sup>5</sup>, der „zumindest auch im Eigentum eines anderen steht“<sup>6</sup>. Die Wertsachen und der Schmuck befinden sich zwar mindestens im Eigentum der B, stellen jedoch keine ausgesonderten Einzelsachen dar. Dies ist jedoch unschädlich, da bereits der Entschluss genügt, „das zu stehlen, was an Brauchbarem aufzufinden sein wird“<sup>7</sup>. Das muss *a maiore ad minus* auch für weitaus begrenztere Sachgesamtheiten gelten. Somit ist das Tatbestandsmerkmal der fremden beweglichen Sache trotz mangelnder Konkretisierung erfüllt. Wegnahme i.S.d. § 242 I StGB meint die Aufhebung des Gewahrsams gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers sowie die gleichzeitige oder später erfolgende Begründung neuen Gewahrsams.<sup>8</sup> Gewahrsam ist die „vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft“<sup>9</sup>. A hat den zielgerichteten Willen und damit die Absicht (*dolus directus 1. Grades*)<sup>10</sup>, der B die von ihrem Willen getragene Herrschaft über den Schmuck und die Wertsachen zu entziehen und diese gleichzeitig für sich selbst zu begründen. Dies sollte auch mangels entgegengesprechender Ansatzpunkte im Sachverhalt gegen den Willen der B geschehen. Der Tatentschluss bezüglich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zu bejahen.

#### **bb) Zueignungsabsicht (überschießende Innentendenz)**<sup>11</sup>

A müsste mit Zueignungsabsicht agiert haben. Dies setzt ein Handeln mit Enteignungswillen und Aneignungsabsicht voraus.<sup>12</sup>

##### **(1) Enteignungswille**

Ob es hierfür *dolus directus 1. Grades* oder lediglich mindestens *dolus eventualis* bedarf<sup>13</sup>, kann dahinstehen, da A die Absicht (s.o.) hatte, der B die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts hinsichtlich des Schmucks und der Wertsachen dauerhaft zu entziehen.<sup>14</sup> Enteignungswille des A liegt vor.

##### **(2) Aneignungsabsicht**

A hatte die erforderliche<sup>15</sup> Absicht (*dolus directus 1. Grades*), sich den Schmuck

<sup>5</sup> LK-StGB/Vogel § 242 Rn. 3.

<sup>6</sup> Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242 Rn. 12.

<sup>7</sup> Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242 Rn. 69; Fischer § 242 Rn. 56.

<sup>8</sup> Fischer § 242 Rn. 16.

<sup>9</sup> Fischer § 242 Rn. 11.

<sup>10</sup> Rengier, Strafrecht AT § 14 Rn. 6.

<sup>11</sup> Fischer § 242 Rn. 32.

<sup>12</sup> Rengier, Strafrecht BT I § 2 Rn. 89.

<sup>13</sup> MüKo-StGB/Schmitz § 242 Rn. 118 f.

<sup>14</sup> MüKo-StGB/Schmitz § 242 Rn. 121.

<sup>15</sup> Rengier, Strafrecht BT I § 2 Rn. 91.

und die Wertsachen der B zumindest vorübergehend der eigenen, vollständigen und umfassenden Verfügungsgewalt zu unterwerfen und sich so eine eigentümergehörige Stellung anzumaßen („*se ut dominum gerere*“)<sup>16</sup>, weshalb Aneignungsabsicht seitens A anzunehmen ist.

**cc) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung**

Ferner müsste A mit Vorsatz hinsichtlich der rechtswidrigen Zueignung agiert haben. Der A hatte die Absicht, nach zivilrechtlichen Wertungen zu Unrecht Eigenbesitz am Schmuck und an den Wertsachen zu beanspruchen.<sup>17</sup> Somit liegt Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung vor.

**b) Vorsatz bzgl. der Qualifikation des § 244 I Nr. 3 StGB**

Der A müsste Vorsatz bezüglich des qualifizierenden Merkmals des Wohnungseinbruchs gehabt haben. Dieser umfasst die Handlung, zur Tatausführung in die Wohnung der B einzubrechen, einzusteigen, mit einem falschen Schlüssel oder Werkzeug einzudringen oder sich darin verborgen zu halten.<sup>18</sup> Wohnung i.S.d. § 244 I Nr. 3 StGB ist jede Räumlichkeit, die nicht nur vorübergehend der Unterkunft eines oder mehrerer Menschen dient.<sup>19</sup> A hatte die Absicht (*dolus directus 1. Grades*) zur Ausführung der Tat, dem Entwenden von Schmuck und Wertsachen, in die Villa und somit die Wohnung i.S.d. § 244 I Nr. 3 StGB von B einzubrechen. Somit ist der Tatenschluss hinsichtlich des § 244 I Nr. 3 StGB gegeben.

**2. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB**

Des Weiteren müsste der A gem. § 22 StGB nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben.<sup>20</sup> Dies ist dann der Fall, „wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚Jetzt geht es los‘ überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt hat“ (objektiv-subjektive Theorie)<sup>21</sup>. Dies erfordert, dass zwischen dem Verhalten des Täters und der Verwirklichung des Tatbestandes keine wesentlichen Zwischenakte mehr erfolgen müssen (Zwischenaktstheorie)<sup>22</sup>, tatsächlich oder aus der Sicht des Täters eine unmittelbare

<sup>16</sup> SSW-StGB/Kudlich § 242 Rn. 48; LK/Vogel § 242 Rn. 145.

<sup>17</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kindhäuser § 242 Rn. 113.

<sup>18</sup> SSW-StGB/Kudlich § 244 Rn. 41.

<sup>19</sup> MüKo-StGB/Schmitz § 244 Rn. 58.

<sup>20</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 852.

<sup>21</sup> SSW-StGB/Kudlich/Schulr Rn. 22 Rn. 37, 40; BGH NSTz 2013, S.256 (256).

<sup>22</sup> BGH NSTz 1999, S.395 (396); BGH NSTz 2017, S.86 (87).

Verletzung des geschützten Rechtsguts vorliegt (Gefährdungstheorie)<sup>23</sup> und der Täter in die Schutzsphäre des Opfers eingedrungen ist (Sphärentheorie)<sup>24</sup>. Grundsätzlich gilt es, abweichend von früherer Rechtsprechung<sup>25</sup> bei Qualifikationen zunächst auf das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung des Grunddelikts abzustellen<sup>26</sup>, da dessen Unrecht durch das qualifizierende Merkmal lediglich gesteigert wird und somit als Basis vorliegen muss<sup>27</sup>. Obgleich der Einbruch dem Diebstahl regelmäßig vorgelagert ist, ist der Versuch des qualifizierten Delikts erst dann zu bejahen, wenn in der Tathandlung zumindest zeitgleich ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt gem. § 242 StGB liegt.<sup>28</sup> Folglich gilt es zu erörtern, ob der A mit dem Eindringen in den Park der B bereits in deren Gewahrsam eingegriffen und somit unmittelbar zur Wegnahme i.S.d. § 242 StGB angesetzt hat<sup>29</sup>. Für ein unmittelbares Ansetzen spricht zunächst, dass die Umsetzung des Tatplans nicht von weiteren Willensimpulsen<sup>30</sup> seitens des A abhängig war, sodass subjektiv das Überschreiten der Schwelle zum „Jetzt geht es los“ anzunehmen ist. Zudem ist der A durch das Übersteigen der Mauer in den von § 123 StGB umfassten Park<sup>31</sup> und somit die Schutzsphäre des A eingedrungen. Demgegenüber steht das Grundstück zwar im Eigentum der B. § 242 StGB konkretisiert jedoch das hier gefährdete Rechtsgut des Eigentums auf das Tatobjekt der fremden beweglichen Sache, worunter sich Immobilien nicht subsumieren lassen. Fraglich ist ferner, ob lediglich weitere Handlungen vorzunehmen sind, „die im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen“<sup>32</sup> (Zwischenaktstheorie). Vorliegend soll nach der Vorstellung<sup>33</sup> des A nicht bereits im Park der B, sondern erst in deren Villa nach den Tatobjekten gesucht werden.<sup>34</sup> Demnach war es für den A notwendig, zum Gewahrsamseingriff zusätzlich in die Villa der B einzubrechen, was weitergehenden Aufwand erfordert. Somit ist bereits ein unmittelbarer räumlicher Zusammen-

<sup>23</sup> BGH NSTZ 2014, S.447 (448); SSW-StGB/Kudlich/Schuh *r* § 22 Rn. 39.

<sup>24</sup> Roxin, Strafrecht AT II § 29 Rn. 139.

<sup>25</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Zaczyk § 22 Rn. 53.

<sup>26</sup> BGH NZM 2016, S. 907 (907); Laubenthal, JZ 1987, S. 1065 (1066).

<sup>27</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Zaczyk § 22 Rn. 53; BGH NSTZ, 2017, S.86 (87).

<sup>28</sup> Eisele, JuS 2017, S. 175 (175); Kudlich, JA 2017, S. 152 (153).

<sup>29</sup> Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 242 Rn. 68.

<sup>30</sup> SSW-StGB/Kudlich/Schuh *r* § 22 Rn. 40.

<sup>31</sup> SSW-StGB/Fahl § 123 Rn. 4.

<sup>32</sup> SSW-StGB/Kudlich/Schuh *r* § 22 Rn. 40.

<sup>33</sup> Rengier, Strafrecht AT § 34 Rn. 22.

<sup>34</sup> Eisele, JuS 2017, S. 175 (176); BGH NZM 2016, 907 (908).

hang nicht gegeben. Die Mauer ist zwar ein erhebliches Hindernis, das bereits überwunden wurde, kann aber im Hinblick auf den notwendigen Einbruch allein kein Ansetzen begründen. Die Tatsache, dass der A vorliegend den großen und auch verwilderten Park der B durchqueren muss, lässt einen unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der notwendigen Einbruchshandlung und somit auch dem möglichen zeitgleich erfolgenden Eingriff in das Gewahrsam der B scheitern. Es handelt sich nicht um eine zu enge, nach körperlichen Bewegungen aufspaltende Betrachtung.<sup>35</sup> Folglich sind nach dem Tatplan des A noch wesentliche Zwischenschritte notwendig, sodass ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl gem. § 242 StGB zu verneinen ist. Ein etwaiges Ansetzen zum qualifizierenden Merkmal kann deshalb dahinstehen.

### III. Ergebnis: Versuchter Wohnungseinbruchdiebstahl

Der A hat sich nicht wegen versuchten Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 242 I, II, 244 I Nr. 3, II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

#### B. Versuch des Diebstahls im besonders schweren Fall, §§ 242 I, II, 22, 23 I i.V.m. § 243 I 2 Nr. 1 StGB

Zwar könnte der A, indem er in den mit einer Mauer umgebenen Park der B eindrang, in einen umschlossenen Raum i.S.d. § 243 I Nr. 1 StGB, ein Regelbeispiel vollendet haben.<sup>36</sup> Gleichwohl setzt eine Strafbarkeit im besonders schweren Fall mindestens ein versuchtes Grunddelikt voraus<sup>37</sup>, was hier nicht anzunehmen ist (s.o.). Die Erörterung des Vorliegens und der damit verbundene Streit hinsichtlich des Versuchs eines Regelbeispiels können demnach dahinstehen. Die Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I i.V.m. § 243 I 2 Nr. 1 StGB ist somit abzulehnen.

#### C. Versuchte Unterschlagung, §§ 246 I, III, 22, 23 I StGB

Deliktvollendung ist auch hier unabhängig von der rechtswidrigen Zueignung<sup>38</sup> wegen fehlender Konkretisierung der Tatobjekte<sup>39</sup> zu verneinen. Der Versuch ist strafbar, §§ 246 III, 22, 23 I StGB. Für den Tatentschluss gilt das dem Diebstahl entsprechende (s.o.). Es genügt der Wille, sich noch nicht ausgesonderte Sachen einer Sachgesamtheit anzueignen<sup>40</sup>. Jedoch fehlt es vorliegend am unmittelbaren

<sup>35</sup> SSW-StGB/Kudlich/Schuhf 22 Rn. 40.

<sup>36</sup> SSW-StGB/Kudlich § 243 Rn. 7.

<sup>37</sup> Graul, JuS 1999, S. 852 (854).

<sup>38</sup> Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 246 Rn. 8.

<sup>39</sup> LK-StGB/Vogel § 246 Rn. 8.

<sup>40</sup> LK-StGB/Vogel § 246 Rn. 68.

fernliegend

fernliegend

Ansetzen zur Aussonderung der Sachen aus der Sachgesamtheit<sup>41</sup>, da der A dafür die möglichen Tatobjekte zumindest visuell hätte erfassen müssen. Das kann einem Einwirken auf den Gewahrsam nur nachfolgen, das hier nicht vorliegt (s.o.). Strafbarkeit des A gem. §§ 246 I, III, 22, 23 I StGB ist zu verneinen.

#### **D. Hausfriedensbruch, § 123 I Var. 1 StGB**

Der A könnte sich jedoch aufgrund derselben Tathandlung gem. § 123 I Var. 1 StGB des Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben.

##### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

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

###### **a) Schutzobjekte des § 123 I StGB**

Der Park der B müsste vom Schutzbereich des § 123 I StGB umfasst sein. In Betracht käme, den Park als Unterfall des befriedeten Besitztums anzusehen. Befriedetes Besitztum sind Grundstücke, jedoch keine beweglichen Sachen, welche äußerlich erkennbar durch zusammenhängende, nicht zwingend lückenlose physische Schutzwehren gegen das willkürliche Betreten durch andere gesichert sind.<sup>42</sup> Der Park ist Teil des Grundstücks der B und von einer die Abwehr des willkürlichen Betretens Anderer bezweckenden Mauer umgeben, die eine zusammenhängende Schutzwehr i.S.d. § 123 I StGB darstellt.<sup>43</sup> Dass der A in der Lage war, dieses physische Hindernis zu überwinden, ist unschädlich.<sup>44</sup> Folglich ist der Park der B als befriedetes Besitztum Schutzobjekt des § 123 I StGB.

###### **b) Eindringen, § 123 I Var.1 StGB**

Der A müsste überdies in das befriedete Besitztum der B i.S.d. § 123 I Var.1 StGB eingedrungen sein. Eindringen ist das Betreten gegen oder ohne den Willen des Hausrechtsinhabers mit mindestens einem Körperteil.<sup>45</sup> Vorliegend hat der A durch das Übersteigen der Mauer mit seinem gesamten Körper den Park und somit das befriedete Besitztum der B betreten. Dies geschah mangels entgegengesprechender Angaben im Sachverhalt auch gegen und ohne ihren Willen, sodass ein Eindringen i.S.d § 123 I Var.1 StGB zu bejahen ist.

##### **2. Subjektiver Tatbestand**

Ferner müsste der A Vorsatz gem. § 15 StGB (s.o.) hinsichtlich des räumlichen

<sup>41</sup> LK-StGB/Vogel § 246 Rn. 8; Rengier, Strafrecht BT I § 5 Rn. 10.

<sup>42</sup> SSW-StGB/Fahl § 123 Rn. 4.

<sup>43</sup> Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 123 Rn. 6.

<sup>44</sup> Fischer § 123 Rn. 8 f.

<sup>45</sup> SSW-StGB/Fahl § 123 Rn. 6; Fischer § 123 Rn. 8.

Unterscheidungsmerkmals des befriedeten Besitztums, des körperlichen Betretens i.S.d. § 123 I Var.1 StGB<sup>46</sup> sowie des Umstands, gegen den Willen des Hausrechtinhabers zu handeln<sup>47</sup>, agiert haben. Hier hat A die Absicht (*dolus directus 1. Grades*), den Park der B gegen ihren Willen zu betreten. Dass das Betreten fremden befriedeten Besitztums bloßes Zwischenziel zur Erreichung der Vollendung des Diebstahls als Endziel darstellt, ist unschädlich.<sup>48</sup> Vorsatz des A ist zu bejahen.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Rechtswidrigkeit wird grundsätzlich durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

Der A könnte jedoch aufgrund seiner Minderjährigkeit (16 Jahre) als Jugendlicher gem. § 10 StGB i.V.m. § 1 I, II, 3 1 JGG lediglich bedingt schuldfähig sein. Dies bestimmt sich gem. § 3 1 JGG nach der Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen, die sich aus der sittlichen und geistigen Entwicklung des Betroffenen ergibt. Vorliegend sind keine Ansatzpunkte ersichtlich, die eine Ausschließung oder Einschränkung dieser Fähigkeit begründen. Mangels anderer Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe handelte der A somit auch schuldhaft.

## III. Strafantrag, § 123 II StGB

Der gem. § 123 II StGB erforderliche Antrag wurde laut Sachverhalt gestellt.

## IV. Ergebnis: Hausfriedensbruch

Die Strafbarkeit des A gem. § 123 I Var. 1 StGB ist zu bejahen.

## E. Sachbeschädigung, § 303 I StGB

Der A könnte sich ferner wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben, indem er mit dem Ast mehrfach auf den Hund der B einschlug.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Beschädigen einer fremden Sache, § 303 I Var. 1 StGB

Fraglich ist, ob es sich bei dem Hund um eine fremde Sache i.S.d. § 303 I StGB handelt, deren Definition sich grundsätzlich mit der des Tatobjekts des Diebstahls gem. § 242 StGB (s.o.) deckt; sie beschränkt sich jedoch nicht lediglich auf bewegliche Sachen.<sup>49</sup> Tieren wird im Strafrecht trotz gesonderter Behandlung im Zivilrecht (§ 90a BGB) wegen Eigenständigkeit des strafrechtlichen Sachenbegriffs im

<sup>46</sup> SSW-StGB/Fahl § 123 Rn. 10.

<sup>47</sup> Fischer § 123 Rn. 41.

<sup>48</sup> Fischer § 15 § Rn. 6.

<sup>49</sup> Fischer § 303 Rn. 2.

Rahmen von § 303 I StGB Sacheigenschaft zugesprochen.<sup>50</sup> Der Hund befindet sich auch im Eigentum der B und ist somit fremde bewegliche Sache i.S.d. § 303 I StGB. Ferner müsste der A den Hund der B mindestens beschädigt haben. Beschädigen i.S.d. § 303 I Var.1 StGB meint die nicht ganz unerhebliche Verletzung der Substanz oder der Form der Sache, durch welche ihre Brauchbarkeit zu ihrem bestimmten Zweck beeinträchtigt wird.<sup>51</sup> Die körperliche Verletzung des Hundes ist als nicht unerhebliche Substanzverletzung zu sehen, die ihn zusätzlich hinsichtlich der Fortbewegung und des weiteren Abwehrens von etwaigen Einbrechern und somit in seiner zweckmäßigen Brauchbarkeit beeinträchtigt. Der A hat den demnach als fremde Sache anzusehenden Hund auch beschädigt, § 303 I StGB.

### **b) Kausalität und objektive Zurechnung**

Das Einschlagen auf den Hund mit dem Ast kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die zu diesem Zeitpunkt auf diese Art und Weise herbeigeführten Verletzungen entfielen (conditio-sine-qua-non-Formel)<sup>52</sup>. Kausalität ist somit gegeben. Auch hat der A durch die Schläge die rechtlich relevante Gefahr<sup>53</sup> der Verletzung des Hundes geschaffen, die sich in dessen Beschädigung realisiert hat<sup>54</sup>, sodass der tatbestandliche Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar ist.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

Der A hat die für möglich gehaltene Beschädigung auch mindestens<sup>55</sup> billigend in Kauf genommen (dolus eventualis)<sup>56</sup>, sodass Vorsatz (§ 15 StGB) zu bejahen ist.

## **II. Rechtswidrigkeit**

### **1. Notwehr des A, § 32 StGB**

Die Handlung des A könnte jedoch durch Notwehr gem. § 32 I StGB gerechtfertigt sein. Dies ist dann zu bejahen, wenn eine Notwehrlage und eine Notwehrhandlung vorliegen, die von einem Rettungswillen getragen ist.

### **a) Notwehrlage, § 32 II StGB**

Das Bestehen einer Notwehrlage gem. § 32 II StGB setzt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraus.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> LK-StGB/Wolff § 303 Rn.5.

<sup>51</sup> Fischer § 303 Rn.6.

<sup>52</sup> Schmidt, Strafrecht AT Rn. 148.

<sup>53</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 252.

<sup>54</sup> Schmidt, Strafrecht AT Rn. 166.

<sup>55</sup> Fischer § 303 Rn. 20.

<sup>56</sup> Fischer § 15 Rn. 9 ff.

<sup>57</sup> Fischer § 32 Rn. 4.



### aa) Angriff

Ein Angriff i.S.d. § 32 II StGB ist die unmittelbare Bedrohung rechtlich geschützter Güter durch menschliches Verhalten.<sup>58</sup> Der Leib des A ist ein solches rechtlich geschütztes Gut (Art. 2 II GG, §§ 223 ff. StGB).<sup>59</sup> Durch das Zubeißen des Hundes ist dieses auch unmittelbar gefährdet. Fraglich ist, ob ein solches Tierverhalten im konkreten Fall zumindest auch<sup>60</sup> mit einem menschlichen Verhalten gleichzusetzen ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Tier auf den Angegriffenen gehetzt oder trotz bestehender Garantenstellung nicht vom Angriff abgehalten<sup>61</sup> und somit als Mittel zum Angriff<sup>62</sup> verwendet wird. Die B hat den sonst lammfrommen Hund speziell zur Abwehr von Einbrechern abgerichtet und ihn hierfür in den Park gelassen. Dies lässt darauf schließen, dass der Hund als Angriffswerkzeug dienen soll. Zwar hat die B ihn nicht auf den A gehetzt. Der Hund ist jedoch so konditioniert, dass die konkrete Einbruchssituation bei ihm eine bestimmte gefährliche Verhaltensweise auslöst, sodass eine Hetze entbehrlich ist. Das gefährliche Verhalten des Hundes ist auf die Konditionierung durch B und somit auf ihr Verhalten zurückzuführen. Ein menschlicher Angriff i.S.d. § 32 II StGB ist anzunehmen.

### bb) Gegenwartigkeit

Ein Angriff ist dann gegenwärtig, wenn eine Rechtsgutverletzung unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder noch fort dauert.<sup>63</sup> Die Verletzung des Leibs des A hat mit dem Festbeißen des Hundes begonnen und dauert in ihrer Vertiefung zum Zeitpunkt der Tathandlung an.<sup>64</sup> Der Angriff ist demnach auch gegenwärtig.

### cc) Rechtswidrigkeit

Der Angriff ist rechtswidrig, wenn dieser im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.<sup>65</sup> Auf die Schuldhaftigkeit kommt es nicht an<sup>66</sup>, weshalb die Minderjährigkeit des A unerheblich ist. Strittig ist, ob bereits das Bestehen eines Erfolgswerts genügt oder ausschließlich auf den Handlungsunwert abzustellen ist, welcher das Vorliegen eines objektiv sorgfaltswidrigen Verhaltens verlangt.<sup>67</sup> Jedenfalls ist die

<sup>58</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 3.

<sup>59</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 5.

<sup>60</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 3.

<sup>61</sup> Fischer § 32 Rn. 6.

<sup>62</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 3.

<sup>63</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 328.

<sup>64</sup> Fischer § 32 Rn. 18.

<sup>65</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 19/20.

<sup>66</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 479.

<sup>67</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 331.

Rechtswidrigkeit dann ausgeschlossen, wenn der Täter den Angriff von Rechts wegen hinzunehmen hat.<sup>68</sup> Die Verletzung des Körpers des A war zwar objektiv voraussehbar<sup>69</sup> und ist grundsätzlich rechtlich missbilligt (§ 223 StGB), weshalb B die im Verkehr erforderliche Sorgfalt grundsätzlich außer Acht lässt<sup>70</sup>. Hier könnte die B jedoch selbst hinsichtlich ihres Angriffes gerechtfertigt sein, sofern die Voraussetzungen des § 32 II StGB erfüllt sind.

**(1) Antizipierte Notwehr der B, § 32 StGB**

**(a) Notwehrlage, § 32 II StGB**

Der A hat durch das Eindringen in den Park der B deren rechtlich geschütztes Hausrecht (Art. 13 I GG i.V.m. Art. 2 GG, § 123 StGB s.o.) unmittelbar bedroht<sup>71</sup>, sodass ein Angriff i.S.d. § 32 II StGB vorliegt. Der Angriff ist auch gegenwärtig, da der A sich noch im Park der B befindet. Überdies müsste der Angriff des A rechtswidrig sein. Zwar bedarf es hierfür keiner Verwirklichung eines Straftatbestands<sup>72</sup>. Die Strafbarkeit des A wegen Hausfriedensbruch gem. § 123 I StGB (s.o.) ~~steht jedoch~~ jedenfalls im Widerspruch zur Rechtsordnung, sodass Rechtswidrigkeit des Angriffs anzunehmen ist. Eine Notwehrlage gem. § 32 II StGB liegt vor.

**(b) Notwehrhandlung, § 32 II StGB**

Ferner müsste eine sich gegen den Angreifer richtende, objektiv erforderliche und normativ gebotene Notwehrhandlung vorliegen, § 32 II StGB.<sup>73</sup>

**(aa) Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung**

Die Verletzungshandlung durch den Hund ist gegen den A als Angreifer gerichtet und somit Verteidigung i.S.d. § 32 II StGB. Diese ist dann erforderlich, wenn sie zur Angriffsabwehr geeignet ist und zugleich das relativ mildeste Gegenmittel darstellt.<sup>74</sup> Die Beurteilung erfolgt *ex ante* nach objektiven Kriterien.<sup>75</sup> Bei der Abwehr durch Hundeangriff handelt es sich um eine Form der antizipierten Notwehr.<sup>76</sup>

**(α) Geeignetheit**

Geeignet ist das Gegenmittel, sofern es in der Lage ist, den Angriff sofort zu beenden oder zumindest abzuschwächen und die Gefahr endgültig abzuwenden oder zu

<sup>68</sup> Fischer § 32 Rn. 21.

<sup>69</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 940.

<sup>70</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 939.

<sup>71</sup> Fischer § 123 Rn. 2, Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 5a.

<sup>72</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 19/20.

<sup>73</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 333.

<sup>74</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 34.

<sup>75</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Herzog § 32 Rn. 60.

<sup>76</sup> Rönnau, JuS 2015, S. 880 (883).

Zu knapp

Ⓟ: Gegenwartigkeit

bei antizip. Nf-

wehr!

Zu knapp

Problem:

Gegenwärtigkeit bei antizipierter Notwehr

verringern.<sup>77</sup> Art und Weise des Hundeangriffs und die Intensität des Zubeißens waren darauf ausgerichtet, einen Einbrecher lediglich zu verletzen, um ihn zu vertreiben. Auch konkret war das Mittel dazu in der Lage, den Angriff auf das Hausrecht zu beenden und die Gefahr des weiteren Vordringens abzuwenden, da der A trotz verletzter Wade unverzüglich den Ort des Geschehens verließ. Das Gegenmittel war also zur Angriffsabwehr geeignet.

### **(β) Relativ mildeste Mittel**

Das Festbeißen des Hundes müsste auch das relativ mildeste Gegenmittel darstellen. Dies ist der Fall, wenn es „von mehreren Mitteln (...) das für die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten schädliche oder gefährliche Mittel“<sup>78</sup> verkörpert. Der Hund gleicht einer selbstständig wirkenden Abwehrvorrichtung, da es aufgrund der Abrichtung in der konkreten Situation keiner aktiven Handlung der B mehr bedarf und diese auch nicht anwesend ist, um das Verteidigungsmittel zu regulieren.<sup>79</sup> Die B lässt den Hund zu einem Zeitpunkt in den Park, in dem die Intensität des Angriffs noch nicht feststeht.<sup>80</sup> Daher ist nicht auf den stärksten möglichen Angriff abzustellen, sondern darauf, ob die B zum Zeitpunkt der Installation<sup>81</sup> auch minderschwere Angriffe hinreichend berücksichtigt hat.<sup>82</sup> Zeitpunkt der Installation ist sowohl das Abrichten als auch des Freilassens in den Park, da nur beides zusammen die Funktionsfähigkeit begründet. Das Risiko, das Maß des Erforderlichen bei etwaigen Angriffen zu überschreiten, liegt in der Sphäre der B.<sup>83</sup> Entsprechend dem Rechtsbewährungsprinzip<sup>84</sup> kann das Hausrecht grundsätzlich mit schweren Mitteln verteidigt werden.<sup>85</sup> Vorliegend hat die B den Hund darauf abgerichtet, etwaige fremde Personen auf dem Grundstück anzugreifen. Zwar wäre ein solches Vorgehen gegenüber Kindern, die ihre Spielgeräte wiedererlangen wollen, nicht gerechtfertigt. Jedoch ist der Hund erst mit Einbruch der Dunkelheit als Angriffsmittel im Park aktiv. Dies und die hohen Mauern sowie die von B errichteten Warnschilder<sup>86</sup> führen dazu, dass sich die Gefährdung von Nicht-Angreifern zumindest enorm verringert.

<sup>77</sup> Fischer § 32 Rn. 28.

<sup>78</sup> Kühl, Strafrecht AT § 7 Rn. 100.

<sup>79</sup> Rönnau, JuS 2015, S. 880 (882).

<sup>80</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 173.

<sup>81</sup> Rönnau, JuS 2015, S. 880 (882).

<sup>82</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 178.

<sup>83</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 178; Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 527.

<sup>84</sup> Roxin, Strafrecht AT I § 15 Rn. 1.

<sup>85</sup> BGH NStZ 2016, S.333 (333).

<sup>86</sup> Kühl, Strafrecht AT § 7 Rn. 111.

gert. Obgleich die Gefahr für A wegen der Warnschilder erkennbar war, hat er seinen Angriff auf das Hausrecht der B fortgeführt. Dies begründet die besondere Stärke seines Angriffs, was die Erforderlichkeit zumindest indiziert.<sup>87</sup> Fraglich ist, ob die Abrichtung im Sinne eines stufenweise gesteigerten Abwehrmechanismus<sup>88</sup> erforderlich gewesen wäre. Hierbei ist die Gefährlichkeit des Mechanismus an sich heranzuziehen.<sup>89</sup> Vorliegend ist der Hund lediglich darauf abgerichtet, fremde Personen zu verletzen und nicht darauf, leicht deren Tod herbeizuführen. Als Abstufung kann sowohl das Abrichten auf Bisse in die Wade und nicht sofortiges Anfallen der Kehle, als auch die bereits an der Mauer angebrachten Schilder gesehen werden. Bellen allein ist nicht gleich wirksam zur Unterbindung des Angriffs<sup>90</sup>, da sie weniger wahrscheinlich die Reaktion des Weglaufens hervorrufen. Somit ist das Beißen des Hundes auch das relativ mildeste Mittel.

### **(bb) Gebotenheit**

Die Notwehrhandlung müsste zudem geboten sein. Dies ist nur zu verneinen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls ein solches ausnahmsweise nahelegen („sozialethische Schranken“).<sup>91</sup> Die Minderjährigkeit des A begründet keine solche Ausnahme. Weitere Fallgruppen<sup>92</sup>, die eine Ausnahme begründen sind auszuschließen. Somit ist die Notwehrhandlung der B auch geboten.

Die Notwehrhandlung der B ist folglich erforderlich und geboten, § 32 II StGB.

### **(c) Subjektives Rechtfertigungselement**

Aufgrund des Wortlauts („um...zu“) und des immer noch bestehenden Handlungswerts der Tat müsste ein subjektives Rechtfertigungselement vorliegen.<sup>93</sup> Strittig ist, ob dafür die bloße Kenntnis der objektiven Rechtfertigungslage ausreichend oder zusätzlich ein Verteidigungswille (*dolus directus I. Grades*) zur Gefahrenabwehr zu fordern ist.<sup>94</sup> Zwar hatte B im Zeitpunkt der Abwehrhandlung keine positive Kenntnis von dem Angriff.<sup>95</sup> In dem Abrichten und dem Freilassen und somit der Installation (s.o.) des Hundes liegt jedoch die Absicht der B, etwaigen „drohenden Rechtsverletzung entgegenzutreten“<sup>96</sup>. Diese umfasst sowohl die objektiven

<sup>87</sup> Rönau, JuS 2015, S. 880 (883).

<sup>88</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 179.

<sup>89</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 179.

<sup>90</sup> Kühl, Strafrecht AT § 7 Rn. 100.

<sup>91</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 528.

<sup>92</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 532 ff.

<sup>93</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 239; Eisele, JuS 2016 S.366 (367).

<sup>94</sup> Rengier, Strafrecht AT § 18 Rn. 103.

<sup>95</sup> Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 122.

<sup>96</sup> BGH NJW 2013, S.2133 (2135).

gut!  
gab!

Rechtfertigungselemente als auch den Abwehrerfolg<sup>97</sup> und erstreckt sich auf den Zeitpunkt jeder tatsächlichen Angriffssituation, die dann das Verhalten des Hundes auslöst.<sup>98</sup> Darin liegt ein „antizipierter potentieller Verteidigungswille“<sup>99</sup>, dessen aufschiebende Bedingung<sup>100</sup> – die Angriffssituation – eingetreten ist. Die fehlende positive Kenntnis ist somit unschädlich.<sup>101</sup> Ein ein Streitentscheid kann dahinstehen und das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements bejaht werden.

B ist somit nach § 32 StGB gerechtfertigt, sodass ihr Angriff auf die körperliche Unversehrtheit des A nicht rechtswidrig ist.

### **b) Zwischenergebnis: Notwehr des A**

Der A ist demnach mangels bestehender Notwehrlage nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt, da keine Notwehr gegen Notwehr bestehen kann.<sup>102</sup>

### **2. Defensivnotstand, § 228 BGB i.V.m. § 34 StGB**

Der A könnte jedoch gem. § 228 BGB i.V.m. § 34 StGB gerechtfertigt sein. Eine Anwendbarkeit setzt voraus, dass die Sache die Gefahr unmittelbar aus sich selbst heraus begründet.<sup>103</sup> Der Hund wird von B lediglich als Werkzeug verwendet (s.o.), sodass eine unmittelbare Gefahrenbegründung ausscheidet<sup>104</sup>. Eine Ansicht, die die Einstufung des Hundes sowohl als menschliches Werkzeug als auch als selbstständige Gefahr erlaubt<sup>105</sup>, ist abzulehnen, da der sonst lammfromme Hund nur im Zeitpunkt eines Einbruchs in gefahrdrohender Weise verwendet wird. Die intensive Konditionierung (s.o.) führt dazu, dass eine eigene Reaktionsfähigkeit des Hundes so eingeschränkt wird, dass sie hinter der gefahrbe gründenden Handlungsweise der B zurücktritt. Somit ist eine Rechtfertigung des A nach § 228 BGB i.V.m. § 34 StGB mangels Anwendbarkeit der Norm zu verneinen.

### **3. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB**

Eine Rechtfertigung des A könnte sich aufgrund der Unabhängigkeit der Rechtfertigungsgründe<sup>106</sup> weiterhin aus § 34 StGB ergeben. Eine Anwendbarkeit scheidet jedoch aus, da der A eine nach § 32 StGB gerechtfertigte Verteidigungshandlung

<sup>97</sup> Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 123.

<sup>98</sup> Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 123; MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 115.

<sup>99</sup> Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 123.

<sup>100</sup> Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 123.

<sup>101</sup> Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 123.

<sup>102</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 21.

<sup>103</sup> Palandt/Ellenberger § 228 Rn. 6.

<sup>104</sup> Palandt/Ellenberger § 228 Rn. 6.

<sup>105</sup> Schönke/Schröder/Perron § 32 Rn. 3.

<sup>106</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 28.

der B abwendet (s.o.).<sup>107</sup> Der Zweck des § 32 StGB liegt gerade darin, dem Verteidiger ein abwägungsunfähiges Recht zuzuschreiben, um einem Angriff mit den erforderlichen und gebotenen Mitteln zu begegnen.<sup>108</sup> Ein dieses Recht bescheidender Sonderfall der „sozialethischen Einschränkungen“<sup>109</sup> ist hier nicht ersichtlich. Somit ist auch die Rechtfertigung nach § 34 StGB ausgeschlossen.

#### 4. Zwischenergebnis: Rechtswidrigkeit

Die Handlung des A war auch rechtswidrig.

### III. Schuld

Eine Einschränkung der Schuldfähigkeit aufgrund der Minderjährigkeit des A ist zu verneinen (s.o.).

#### 1. Entschuldigender Notstand, § 35 StGB

Der A könnte jedoch gem. § 35 StGB entschuldigt sein, sofern gem. § 35 I 1 StGB eine Notstandlage und eine Notstandshandlung vorliegen.

##### a) Notstandslage, § 35 I 1 StGB

Das Festbeißen des Hundes ist, da es bereits eine enger zu bestimmende Notwehrlage darstellt (s.o.), auch eine gegenwärtige bereits realisierte nicht unerhebliche<sup>110</sup> Gefahr für den über § 35 StGB geschützten Leib des A, § 35 I 1 StGB.

##### b) Notstandshandlung, § 35 I 1 StGB

Die Schläge des A mit dem Ast müssten eine rechtswidrige und erforderliche Tat darstellen, § 35 I 1 StGB. Die Rechtswidrigkeit der Tathandlung ist zu bejahen (s.o.). Auch ist sie dazu in der Lage und somit geeignet den Angriff und die weiteren Gefahren für den Leib des A abzuwenden. In dem kurzen Zeitraum, der für die Verhinderung weiterer Verletzungen zur Verfügung stand, ist die Verwendung des mit Mühe ergriffenen Asts auch das relativ mildeste Mittel. Die Abwehr eines auf einen Angriff abgerichteten Hundes mit bloßen Händen ist nicht zu erwarten. Ein krasses Missverhältnis liegt nicht vor, sodass die Handlung des A geboten war.

##### c) Zumutbarkeit der Gefahrenhinnahme, § 35 I 2 StGB

Der A könnte jedoch gem. § 35 I 2 StGB dazu verpflichtet sein, die realisierte Gefahr hinzunehmen, da er diese selbst verursacht hat (*actio praecedens*)<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> MüKo-StGB/Erb § 34 Rn. 29; Fischer § 32 Rn. 22.

<sup>108</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 1.

<sup>109</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 202.

<sup>110</sup> Schönke/Schröder/Perron § 35 Rn. 6/7.

<sup>111</sup> BeckOK-StGB/Momsen/Savic § 35 Rn. 17.

§ 35 I 2 Var.1 StGB. Dieses Regelbeispiel ist als Zurechnungskriterium zu betrachten<sup>112</sup>, sodass dem A hier eine Selbstgefährdung im Rahmen einer Obliegenheitsverletzung zugeschrieben werden könnte<sup>113</sup>. Dies ist der Fall, wenn er Sonderrisiken ohne rechtlich vernünftigen Anlass und hinreichende Sicherung in Anspruch genommen hat.<sup>114</sup> Die Gefahr war vorhersehbar, da die B durch mehrere Hinweisschilder mit der Aufschrift „Warnung vor dem bissigen Hund“ vor dieser ausdrücklich gewarnt hat. Der A hat diese erkannt, jedoch trotzdem die Mauer überklettert. Entscheidend ist allein die normative Zuordnung der Notlage. Die kognitive Orientierung des Täters führt nicht zur Modifikation der Beurteilung.<sup>115</sup> Dass A also davon ausging, im Park befinde sich kein Hund, da er zuvor noch nie einen gesichtet hat, ist unerheblich. Der A konnte auch nicht von einem Bluff<sup>116</sup> ausgehen, da bei einem umzäunten Parkgrundstück die Existenz eines Wachhundes mit zusätzlicher Kennzeichnung nicht zweifelhaft ist. Die Selbstgefährdung findet auch nicht lediglich in der Sphäre des Täters statt<sup>117</sup>, da durch sie die Schutzsphäre der B insbesondere hinsichtlich ihres Hausrechts beeinträchtigt wird. Dem A war die Gefahrenhinnahme somit zumutbar, § 35 I 2 Var.1 StGB. ✓

## **2. Zwischenergebnis: Schuld**

Der A handelte somit auch schuldhaft.

## **IV. Strafantrag, § 303c StGB**

Der Strafantrag nach § 303c StGB ist laut Sachverhalt gestellt.

## **V. Ergebnis: Sachbeschädigung**

Der A hat sich folglich der Sachbeschädigung gem. § 303 StGB strafbar gemacht.

## **E. Ergebnis: Tatkomplex I**

Das durch § 123 I StGB sanktionierte Betreten des Parks der B und das nach § 303 I StGB strafbare Schlagen des Hundes mit dem Ast begründen als selbstständige Handlungen eine ungleichartige Tatmehrheit i.S.d. § 53 I StGB.

<sup>112</sup> MüKo-StGB/Müssig § 35 Rn. 45.

<sup>113</sup> MüKo-StGB/Müssig § 35 Rn. 47.

<sup>114</sup> MüKo-StGB/Müssig § 35 Rn. 54.

<sup>115</sup> MüKo-StGB/Müssig § 35 Rn. 55.

<sup>116</sup> MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 175.

<sup>117</sup> BeckOK-StGB/Momsen/Savic § 35 Rn. 17.

## Tatkomplex II: Schüsse auf die Strauchdiebe

### A. Versuchter Totschlag an D und C, §§ 212 I, 22, 23 I StGB

Der E könnte sich nach §§ 212 I, 22, 23 StGB wegen versuchten Totschlags sowohl an D als auch an C strafbar gemacht haben, indem er ungezielt auf beide schoss.

#### I. Vorprüfung

Der Totschlag müsste nicht vollendet und dessen Versuch strafbar sein. Weder D noch C sind tot, weshalb Deliktvollendung zu verneinen ist. Die Strafbarkeit des Versuchs eines Verbrechens ergibt sich stets aus § 23 I StGB, während man bei Vergehen nur bei ausdrücklicher Regelung zu einer Versuchsstrafbarkeit gelangt.<sup>118</sup>

Ein Verbrechen gem. § 12 I StGB ist jede rechtswidrige Tat, die mit einer Strafe von mindestens einem Jahr bedroht ist. Bei Vollendung des Totschlags folgt gem. § 212 I StGB eine Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren. Somit handelt es sich bei dem vollendeten Totschlag um ein Verbrechen gem. § 12 I StGB, sodass dessen Versuch strafbar ist, § 23 I StGB.

#### II. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Tatentschluss

Der E müsste Tatentschluss hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehabt haben (s.o.). Mangels Konkretisierung kann dieser nur in Form des dolus cumulativus im Hinblick auf die kumulative Verwirklichung des Todes sowohl von C als auch D auftreten.<sup>119</sup> Hierzu bedarf es seitens des E mindesten dolus eventualis.<sup>120</sup> Ein solcher liegt nach überwiegender Ansicht vor, wenn der Täter es ernstlich für möglich hält (Wissenselement) und sich damit abfindet, dass sein Verhalten zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes führt (Willenselement).<sup>121</sup> Dem E könnte dolus eventualis zu unterstellen sein. Grundsätzlich birgt die äußerlich erkennbare objektive hohe Gefährlichkeit der Tathandlung Indizwirkung für das Vorliegen der voluntativen und kognitiven Elemente des Tötungsvorsatzes.<sup>122</sup> Dies erfordert jedoch eine der „hohen natürlichen Hemmschwelle vor der Auslöschung eines Menschenlebens“<sup>123</sup> (Hemmschwellentheorie) gerecht werdenden Gesamtschau der Tatumstände unter Berücksichtigung der konkreten Angriffsweise des

<sup>118</sup> Kühl, Strafrecht AT § 14 Rn. 15.

<sup>119</sup> Rengier, Strafrecht AT § 14 Rn. 45.

<sup>120</sup> SSW-StGB/Momsen § 212 Rn. 6.

<sup>121</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 323.

<sup>122</sup> SSW-StGB/Momsen § 212 Rn. 8 ff., Schneider, FS-Dahs, S.189 (190).

<sup>123</sup> Schneider, FS-Dahs, S.189 (191).



Täters und seiner psychischen Verfassung.<sup>124</sup> E hat mehrere Schüsse intentional auf Hüfthöhe abgegeben. Schusswaffengebrauch birgt grundsätzlich eine objektive Lebensgefahr<sup>125</sup>. Als Hobbyschütze kannte der E auch die Umstände, insbesondere im Hinblick auf die Art und Weise des Gebrauchs, die die Gefährlichkeit verdeutlichen. Darin liegt die Parallelwertung in der Laiensphäre.<sup>126</sup> Hinsichtlich des voluntativen Elements ist anzuführen, dass E aufgrund seiner anzunehmenden Erfahrung mit Waffen<sup>127</sup> zu einer genauen Einschätzung der Schusshöhe und somit zu einer bewussten Abstufung der Lebensgefahr fähig war. Auch war kein zielgerichtetes Schussbild gegeben, da sich die Flihenden bereits aufgrund der Nacht nicht sichtbar in weiter Entfernung im Park des E befanden.<sup>128</sup> Ein Hüftschuss zielt auch seiner Art nach nicht regelmäßig auf die Tötung eines Menschen ab.<sup>129</sup> Die Panik in der E in der konkreten Situation schoss, spricht als Affekthandlung gegen das Vorliegen des voluntativen Elements, schließt das kognitive jedoch nicht aus. Dass E die Waffe bereits vorher eingesteckt hat ist unerheblich, da es für den Vorsatz ohnehin auf den Zeitpunkt der Tathandlung ankommt.<sup>130</sup> Der Tatentschluss des E hinsichtlich der Tötung von C und D ist zu verneinen.

## 2. Zwischenergebnis: Tatbestandsmäßigkeit

Mangels Tatentschluss ist die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs zu verneinen. ✓

## III. Ergebnis: Versuchter Totschlag an C und D

Der E hat sich nicht gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht. Eine versuchte fahrlässige Tötung existiert logisch nicht.<sup>131</sup>

## B. Gefährliche Körperverletzung an D, §§ 223 I, 224 Nr. 2, 5 StGB

Der E könnte sich wegen derselben Handlung gem. §§ 223 I, 224 Nr. 2, 5 StGB der gefährlichen Körperverletzung an D strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Grunddelikt, § 223 I StGB

Der E müsste den D gem. § 223 I StGB körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung ist „ein übles, unangemessenes

<sup>124</sup> BGH 20.09.2012 – 3 StR 158/12 Rn. 5 ff.

<sup>125</sup> *Schneider*, FS-Dahs, S.189 (189).

<sup>126</sup> *Krey/Esser*, Strafrecht AT § 12 Rn. 421.

<sup>127</sup> BGH 27.10.2015-Az. 3 StR 199/15 S.3.

<sup>128</sup> Beurt.-Kriterien in: *Schneider*, FS-Dahs, S.189 (191); BGH 27.10.2015-Az. 3 StR 199/15 S.3.

<sup>129</sup> *Fischer* § 212 Rn. 10.

<sup>130</sup> *Krey/Esser*, Strafrecht AT § 12 Rn. 406.

<sup>131</sup> *Kuhlen*, FS-Beulke S.153 (162).

Behandeln, welches das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt<sup>132</sup>. E hat den D angeschossen und ihm so eine Oberschenkelverletzung zugefügt, bei der Schmerzen nicht auszuschließen sind. Der Schuss stellt eine üble Behandlung dar, die die körperliche Unversehrtheit des D nicht nur unerheblich beeinträchtigt hat und ist somit eine körperliche Misshandlung. Mit der Schussverletzung hat der E auch einen vom Normalzustand der körperlichen und seelischen Funktionen nachteilig abweichenden pathologischen Zustand<sup>133</sup> hervorgerufen, da sie einer Heilung bedarf, sodass auch eine Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 I StGB vorliegt.

**b) Qualifikationstatbestand, § 224 I StGB**

**aa) Gefährliches Werkzeug, § 224 I Nr. 2 StGB**

Der E könnte die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB begangen haben. Ein solches ist „ein körperlicher Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und seinem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen“<sup>134</sup>. Waffen im technischen Sinn als Sonderbeispiel des gefährlichen Werkzeugs<sup>135</sup> (§ 224 I Nr. 2 Var.1 StGB) sind „Werkzeuge, die nach Art ihrer Anfertigung allgemein dazu bestimmt und geeignet sind, Menschen auf mechanischem oder chemischem Wege zu verletzen“<sup>136</sup>. Die geladene Schusswaffe des E ist als Waffe<sup>137</sup> i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB und somit als gefährliches Werkzeug anzusehen und wurde auch als solches verwendet<sup>138</sup>. Die Körperverletzung geschah auch durch<sup>139</sup> die Waffe. Begehung der Körperverletzung gem. § 244 I Nr. 2 StGB ist zu bejahen.

**bb) Lebensgefährdende Behandlung, § 224 I Nr. 5 StGB**

Die Körperverletzung könnte „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ zugefügt worden sein. Der Streit, ob es lediglich einer abstrakten Lebensgefährlichkeit der Tathandlung oder eines konkret eingetretenen lebensgefährlichen Körperverletzungserfolgs bedarf<sup>140</sup>, kann hier dahinstehen. Ein Schuss auf einen Menschen

<sup>132</sup> MüKo-StGB/Joecks § 223 Rn. 4.

<sup>133</sup> MüKo-StGB/Joecks § 223 Rn. 28.

<sup>134</sup> BeckOK-StGB/Eschelbach § 224 Rn. 26.

<sup>135</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § 224 Rn. 3.

<sup>136</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § 224 Rn. 4.

<sup>137</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § 224 Rn. 4.

<sup>138</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § 224 Rn. 3.

<sup>139</sup> MüKo-StGB/Hardtung § 224 Rn. 26.

<sup>140</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen § 224 Rn. 27.

birgt immer eine abstrakte Lebensgefahr, die sich vorliegend auch hinsichtlich der zur Rettung benötigten Notoperation im Körperverletzungserfolg realisiert hat. Eine lebensgefährdende Behandlung gem. § 244 I Nr. 5 StGB ist anzunehmen.

### c) **Kausalität und objektive Zurechnung**

Die Schussabgabe des E war kausal für den Körperverletzungserfolg und ihm auch objektiv zurechenbar.

## 2. **Subjektiver Tatbestand**

Nach obiger Ausführung (Tatentschluss versuchter Totschlag) lässt sich zumindest *dolus eventualis* in Form des *dolus cumulativus* (s.o.) hinsichtlich des Grundtatbestands des § 223 I StGB sowie der Qualifikation der §§ 224 I Nr. 2, Nr. 5 StGB bejahen. E kannte die Umstände, die Gefährlichkeit der Waffe und die damit einhergehende<sup>141</sup> Lebensgefährlichkeit der Behandlung und nimmt diese mindestens billigend in Kauf (*dolus eventualis*)<sup>142</sup>. Die Rechtsfolge der Körperverletzung war für den E auch vorhersehbar.

## II. **Rechtswidrigkeit**

### 1. **Notwehr des E gegen Angriff auf seine Fortbewegungsfreiheit, § 32 StGB**

Zwar haben C und D, indem sie den E in den Keller einsperrten, eine Verletzung der Bewegungsfreiheit des E herbeigeführt, die jedenfalls durch § 239 StGB strafrechtlich geschützt ist. Jedoch ist ein solcher Angriff durch Dauerdelikt zum relevanten Zeitpunkt des Anschießens nicht mehr gegenwärtig, da sich der E bereits aus dem Keller befreit hat.<sup>143</sup> Mangels bestehender Notwehrlage ist E hinsichtlich des Angriffs auf seine Bewegungsfreiheit nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

### 2. **Notwehr des E gegen Angriff auf sein Hausrecht, § 32 StGB**

#### a) **Notwehrlage, § 32 II StGB**

In dem Betreten des Grundstücks des E besteht ein Angriff auf das jedenfalls durch § 123 StGB geschützte Hausrecht des E. Ein solcher ist auch gegenwärtig, da C und D sich noch im Garten des E befinden.<sup>144</sup> Der Angriff des E müsste zudem rechtswidrig sein. Die Minderjährigkeit des D ist unerheblich (s.o.). Rechtfertigungsgründe seitens D sind nicht ersichtlich. Das Eindringen in das Grundstück ist auch eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (s.o.) hinsichtlich der Wah-

<sup>141</sup> MüKo-StGB/Hardtung § 224 Rn. 45.

<sup>142</sup> MüKo-StGB/Hardtung § 224 Rn. 44.

<sup>143</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 495.

<sup>144</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 495.

rung des Hausrechts (§ 123 StGB). Rechtswidrigkeit ist zu bejahen, sodass im Ergebnis eine Notwehrlage gem. § 32 I StGB besteht.

**b) Notwehrhandlung, § 32 II StGB**

Die Schussabgabe des E auf D müsste im konkreten Fall auch dazu in der Lage gewesen sein, den Angriff zu beenden oder abzuschwächen. Eine Beendigung des Angriffs auf das Hausrecht liegt vor, wenn die Angreifer das Grundstück verlassen.<sup>145</sup> Ein Schuss auf vom *dolus cumulativus* umfasste Flüchtige ist lediglich dazu in der Lage deren Verlassen des Grundstückes, das bereits unmittelbar bevorstand, zu verlangsamem oder zu verhindern.<sup>146</sup> Eine solche Folge liegt auch im Wesen des Schusses auf einen Menschen begründet. Somit ist der Schuss auf D ein nicht geeignetes Mittel und im Ergebnis nicht zur Abwehr des Angriffs erforderlich. Das Vorliegen einer Notwehrhandlung i.S.d. § 32 II StGB und somit Notwehr des E sind zu verneinen.

**3. Notwehr des E gegen Angriff auf sein Eigentum, § 32 StGB**

**a) Notwehrlage, § 32 II StGB**

Das Einstecken des 100-Euro-Scheins des E durch D stellt ein Angriff auf das von § 242 StGB geschützte Eigentum dar. Dieser ist gegenwärtig, da die Sicherung der Beute und somit die Beendigung des Diebstahls<sup>147</sup> noch nicht eingetreten ist. Der Angriff des D war auch rechtswidrig. Eine Notwehrlage ist demnach gegeben.

**b) Notwehrhandlung, § 32 II StGB**

**aa) Erforderlichkeit**

Ein Schuss auf einen Menschen ist in der Lage ihn in seiner Bewegung zu beeinträchtigen und somit geeignet, die Sicherung der Beute und demnach die Beendigung des Angriffs auf das Eigentum (§ 242 StGB)<sup>148</sup> zu vereiteln oder zumindest abzuschwächen. Fraglich ist, ob die Schussabgabe auf Hüfthöhe auch das relativ mildeste Mittel darstellt. Das zur Beurteilung der Erforderlichkeit notwendige Stufenschema ist an die konkreten Gegebenheiten des Falls anzupassen.<sup>149</sup> Der E hat einen Schusswaffengebrauch hier nicht verbal angedroht. Die wirkungslose Drohung mit der Polizei lag zwar vor dem Entschluss des E, von der Waffe gegebenen-

<sup>145</sup> BGH NStZ 2016, S.333 (335).

<sup>146</sup> BGH NStZ 2016, S.333 (335).

<sup>147</sup> Fischer § 32 Rn. 18.

<sup>148</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kindhäuser § 242 Rn. 127.

<sup>149</sup> BGH NStZ 2016, S.333 (335).

Notwehrhandlungen können auch zusammen geprüft werden; i.E. übersichtlicher

Notstandshandlungen können auch zusammen geprüft werden; im Ergebnis übersichtlicher

falls Gebrauch zu machen, deutet jedoch darauf hin, dass Drohungen nicht die erzielte Beachtung erlangen. Ein milderer Mittel könnte ein ungezielter Warnschuss sein. Zwar wäre so keiner der Täter verletzt worden. Ein Warnschuss ist jedoch ein grundsätzlich unsicheres Mittel, da eine Reaktion der Täter nicht absehbar ist.<sup>150</sup> Hier befanden sich die Täter bereits auf der Flucht und waren aufgrund der Dunkelheit und der großen Entfernung für den E nicht mehr zu sehen. E wäre es nicht mehr möglich gewesen, durch einen Warnschuss die Reaktion der Täter zuverlässig abzuschätzen und so eine mildere Beendigung des Angriffs herbeizuführen. Zuerst auf die Beine zu zielen sichert wegen der Fluchtbewegung der Täter auch einem Hobbyschützen keine Genauigkeit. Die Gefahr des Ausschlags auf Rumpfhöhe war hier auch wegen der Erfahrungheit des E gering bzw. nicht gegeben. Die Schussabgabe auf Hüfthöhe war somit das relativ mildeste Mittel.

#### **bb) Gebotenheit**

Fraglich ist, ob ein lebensgefährlicher Schusswaffengebrauch beim Entwenden von 100 Euro auch geboten ist. Die Minderjährigkeit von C und D beeinflusst die Gebotenheit nicht. Es könnte jedoch ein „unerträgliches Missverhältnis“<sup>151</sup> bestehen, sofern es sich um einen unerheblichen Sachgüterangriff handelt.<sup>152</sup> Im Hinblick auf mehrere Meinungen hinsichtlich der Erheblichkeitsschwelle, ist eine Beurteilung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durchzuführen.<sup>153</sup> Der Betrag von 100 Euro unterschreitet zumindest die Schwelle der geringwertigen Sachen i.S.d. § 248a StGB (50 Euro)<sup>154</sup> nicht. Für den sich in der Rente befindlichen E können auch 100 Euro erheblich erscheinen. Es handelt sich überdies um einen schwerer wiegenden Wohnungseinbruchsdiebstahl. Zudem liegen zumindest eine abgestufte Lebensgefährlichkeit und kein Tötungsvorsatz seitens des E vor. Die Abwehrhandlung begründet somit kein krasses Missverhältnis, weshalb die Schussabgabe auf Hüfthöhe auch geboten waren.

#### **c) Subjektives Rechtfertigungselement**

##### **aa) Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements**

Mindestvoraussetzung (s.o.) ist die objektive Kenntnis von der Rechtfertigungslage. Der E wusste jedoch nicht, dass D den Geldschein eingesteckt hat, sondern

<sup>150</sup> BGH NStZ 2016, S.333 (335).

<sup>151</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 532.

<sup>152</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 543.

<sup>153</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 546 ff.

<sup>154</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 14 Rn. 547 ff.

gut

gut

ging gerade davon aus, dass C und D keinerlei Beute gemacht haben. Somit ist die Kenntnis bezüglich des Angriffs auf sein Eigentum zu verneinen. Jedoch handelte der E in Kenntnis und Willen hinsichtlich eines vermeintlichen Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit ausgehend von C und D, sodass ein zum objektiven Notwehrelement inkongruentes subjektives Rechtfertigungselement vorliegt.<sup>155</sup> Die teilweise vertretene Additionslehre lässt das bloßen Vorliegen eines subjektiven und objektiven Elements jeglicher Art für eine Rechtfertigung genügen<sup>156</sup>, während die Verknüpfungslehre die Kongruenz zwischen objektiven und subjektiven Element fordert<sup>157</sup>, sodass im Einzelfall nach den strittigen Rechtsfolgen des fehlenden Rechtfertigungselements sowie des einfachen ETI beurteilt wird<sup>158</sup>.

**bb) Rechtsfolgen des fehlenden subjektiven Elements (umgekehrter ETI)**<sup>159</sup>

Einer Ansicht zufolge, sollen dann die Versuchsregeln analog angewendet werden (Versuchslösung). Der im vom Täter erfüllten objektiven Tatbestand liegende Erfolgswert würde von den vorliegenden objektiven Rechtfertigungselementen kompensiert, sodass lediglich der Handlungswert der Tat und somit die Konstellation eines untauglichen Versuchs bestehen bliebe.<sup>160</sup> Dem gegenüber nimmt die Vollendungslösung Strafbarkeit wegen vollendeter rechtswidriger Tat an. Dass der E zufällig im Hinblick auf eine objektiv gegebene Notwehrlage in erforderlicher und gebotener Weise handelte, kann ihn nicht begünstigen, da dies nicht von seiner Motivation getragen war.<sup>161</sup> Obwohl das Erfolgswert kompensiert wird, ist dem bestehenden Handlungswert nicht nur mittels Versuchsstrafbarkeit zu begegnen. Der Täter, der ohne Kenntnis und Willen der objektiven Rechtfertigungslage handelt, lehnt sich genauso gegen die Rechtsordnung auf, wie ein Täter, der bereits wegen fehlender objektiver Elemente nicht gerechtfertigt ist.<sup>162</sup> Demnach liegt es nahe, bei Nichtvorliegen aller Rechtfertigungselemente und gleichzeitiger Erfüllung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale<sup>163</sup> die Rechtfertigung abzulehnen und Vollendungsstrafbarkeit anzunehmen. Es sind keine anderen Recht-

<sup>155</sup> Kühlen, FS-Beulke S.153 (156).

<sup>156</sup> Kühlen, FS-Beulke S.153 (161).

<sup>157</sup> Kühlen, FS-Beulke S.153 (159).

<sup>158</sup> Kühlen, FS-Beulke S.153 (157).

<sup>159</sup> Kühlen, FS-Beulke S.153 (156).

<sup>160</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 13 Rn. 468.

<sup>161</sup> Heinrich, JURA 1997, S. 366 (374).

<sup>162</sup> Heinrich, JURA 1997, S. 366 (374).

<sup>163</sup> Roxin, Strafrecht AT I § 14 Rn. 105.

vertretbar

fertigungsgründe ersichtlich, sodass die Strafbarkeit des E wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung zu prüfen ist. ✓ vertretbar

### III. Erlaubnistatbestandsirrtum (nachfolgend ETI)

Der E könnte durch Putativnotwehr<sup>164</sup> gerechtfertigt sein. Er ging davon aus, in Abwehr eines Angriffs auf sein Leben zu handeln, irrte also im Hinblick auf die tatsächlichen, einem Rechtfertigungsgrund zugrunde liegenden Umstände<sup>165</sup>. Fraglich ist, ob darin ein ETI liegt und wie sich ein solcher rechtlich auswirkt.

#### 1. Hypothetische Rechtfertigungsprüfung

Der E müsste sich tatsächliche Umstände vorstellen, bei deren Vorliegen er gerechtfertigt wäre.<sup>166</sup> Bei einem Schuss auf den E wäre zumindest seine körperliche Unversehrtheit (vgl. Art. 2 II 1 GG, § 223 StGB) gefährdet. Ein solcher Angriff wäre auch gegenwärtig, da ihn der vermeintlich erste Schuss zwar nicht getroffen hat, aus seiner Sicht jedoch eine weitere Schussabgabe auf seine Person und somit ein Fortdauern des Angriffs zu erwarten war.<sup>167</sup> Ein Schusswaffengebrauch des C und D gegenüber dem E wäre auch rechtswidrig. Bei einem Angriff auf Leib und Leben des E wäre ein Schusswaffengebrauch auch erforderlich und geboten gewesen, da Hüfthöhe nicht mit derselben Lebensgefährlichkeit wie ein Rumpfschuss verbunden ist und der E das Risiko eines Fehlschlagens nicht eingehen müsste.<sup>168</sup> Das subjektive Element liegt vor (s.o.). Bei Vorliegen der von ihm vorgestellten Umstände wäre E gerechtfertigt gewesen und unterlag somit einem ETI.

#### 2. Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums

Strittig ist, welche rechtlichen Folgen sich aus dem Vorliegen eines ETI ergeben.

a) Die strenge Schuldtheorie setzt alle Irrtümer über die Rechtswidrigkeit der Tat einem Verbotsirrtum gleich, mit der Folge, dass die Strafbarkeit nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums gem. § 17 I 1 StGB entfällt.<sup>169</sup> Der Irrtum ist unvermeidbar, „wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte“.<sup>170</sup> Vorliegend waren C und D zwar unbewaffnet. Dies wusste E jedoch

<sup>164</sup> Rengier, Strafrecht AT § 18 Rn. 115.

<sup>165</sup> Rengier, Strafrecht AT § 29 Rn. 3.

<sup>166</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 21 Rn. 731.

<sup>167</sup> Entgegengesetzte Arg. zu: Eisele, JuS 2016, S. 366 (367).

<sup>168</sup> Krey/Esser, Strafrecht AT § 21 Rn. 735.

<sup>169</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT Rn. 697; Rengier, Strafrecht AT § 30 Rn. 13.

<sup>170</sup> BGH NStZ 2000, S. 307 (309).

schön subsumiert!

schon  
subsumiert!

nicht und konnte es auch wegen erheblichen Abstands und Dunkelheit nicht erkennen. Ein in einen Gegenstand einschlagender Blitz ist in der Lage, dem Laut eines Schusses zu gleichen. Der durch Angriffe zu erwartende Angstzustand, in dem sich der E befindet, unterstützt eine solche Verwechslung. Ein Abwarten und die Einholung von Auskünften<sup>171</sup> waren E nicht zumutbar. Der Irrtum war somit unvermeidbar, sodass E nach dieser Ansicht zwar vorsätzlich aber schuldlos handelte und die Strafbarkeit gem. § 17 I 1 StGB entfällt.

b) Demgegenüber stehen die eingeschränkten Schuldtheorien, die eine Vorsatzstrafbarkeit verneinen.<sup>172</sup> Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ergibt sich aus den objektiven Tatbestandsmerkmalen und den objektiven Rechtfertigungselementen ein Gesamtunrechtstatbestand, der vom Vorsatz des Täters umfasst sein muss. Ist dies nicht der Fall, so entfällt der Vorsatz unmittelbar gem. § 16 I 1 StGB.<sup>173</sup> Die vorsatzunrechtverneinende eingeschränkte Schuldtheorie verneint im Hinblick auf die Nähe von ETI und Tatbestandsirrtum das Vorliegen des Unrechts vorsätzlichen Handelns. Sie lässt den Vorsatz nach § 16 I 1 StGB analog entfallen, da sich die Vorschrift auf den Besonderen Teil des StGB bezieht.<sup>174</sup> Nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie kommt dem Vorsatz eine Doppelfunktion zu. Neben dem Tatbestandsvorsatz statuiert sie einen Schuldvorsatz, der beim ETI gem. § 16 I 1 StGB zu verneinen ist und lediglich eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zulässt.<sup>175</sup> Die Vorsatzstrafbarkeit entfällt hier nach allen Ansichten, wenn auch mit abweichender Begründung gem. § 16 I 1 StGB.<sup>176</sup>

c) Vorliegend führen beide Theorien vor dem Hintergrund der Verknüpfungslehre mindestens zum Ausschluss der Vollendungsstrafbarkeit des E gem. §§ 223 I, 224 Nr. 2, 5 StGB, weshalb ein Streitentscheid entbehrlich ist. ✓

#### **IV. Ergebnis: Gefährliche Körperverletzung an D**

E hat sich nicht gem. §§ 223 I, 224 Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht.

#### **D. Fahrlässige Körperverletzung an D, § 229 StGB**

Zwar ermöglicht die eingeschränkte Schuldtheorie eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des E (s.o.). Ist der Irrtum jedoch unvermeidbar (s.o.), so kann er erst recht nicht

<sup>171</sup> Rengier, Strafrecht AT § 31 Rn. 21.

<sup>172</sup> Rengier, Strafrecht AT § 30 Rn. 15.

<sup>173</sup> Rengier, Strafrecht AT § 30 Rn. 16.

<sup>174</sup> Rengier, Strafrecht AT § 30 Rn. 17.

<sup>175</sup> Rengier, Strafrecht AT § 30 Rn. 19.

<sup>176</sup> Rengier, Strafrecht AT § 30 Rn. 7.



auf einer weniger strengen objektiven Sorgfaltspflichtverletzung<sup>177</sup> beruhen. Beide Theorien führen im Ergebnis zu einer Straflosigkeit des E. Ein Streitentscheid zwischen Additions- und Verknüpfungslehre kann somit auch dahinstehen.

**E. Versuchte gefährliche Körperverletzung an C, §§ 223 I, II, 224 Nr. 2, Nr. 5, II, 22, 23 I StGB**

Der E könnte sich aufgrund derselben Handlung wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung an C strafbar gemacht haben.

**I. Vorprüfung**

Keiner der von E abgegebenen Schüsse hat C getroffen, weshalb Deliktvollendung zu verneinen ist. Der Versuch ist auch strafbar, §§ 223 II, 224 II, 22, 23 I StGB.

**II. Tatbestand der §§ 223 I, 224 Nr. 2, Nr. 5 StGB**

Tatentschluss des E liegt vor (s.o.), da er mit dolus cumulativus handelte. Indem der E die Schüsse abgab, hat er nach allen Theorien (s.o.) zur gefährlichen Körperverletzung i.S.d. § 22 StGB angesetzt.

**III. Rechtswidrigkeit**

Ein Notwehrrecht aus § 32 StGB des E ergibt sich aus dem Angriff auf sein Eigentum (s.o.). Dieser kann dem C nicht gem. § 25 II StGB zugerechnet werden, da die objektiven Tatbestandsmerkmale allein von D erfüllt werden und der Angriff somit nur von ihm ausgeht. Beihilfe gem. § 27 StGB ist hierfür unerheblich. Demnach besteht keine Notwehrlage, sodass E nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt ist.

**IV. Erlaubnistatbestandsirrtum**

E unterliegt jedoch einem ETI (s.o.), der nach allen Ansichten zum Ausschluss der Versuchsstrafbarkeit führt.

**V. Ergebnis: Versuchte gefährliche Körperverletzung an C**

E hat sich nicht gem. §§ 223 I, II, 224 Nr. 2, Nr. 5, II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht. Ein fahrlässiger Versuch existiert logisch nicht (s.o.).

**F. Ergebnis: Tatkomplex II**

Der E bleibt straffrei.

**Gesamtergebnis**

A hat sich gem. § 123 I StGB wegen Hausfriedensbruch und nach § 303 StGB wegen Sachbeschädigung in Tatmehrheit (§ 53 I StGB) strafbar gemacht. E bleibt vorliegend straffrei.

<sup>177</sup> MüKo-StGB/Joelckes § 17 Rn. 46.



[www.fachschaft.jura-muenchen.de](http://www.fachschaft.jura-muenchen.de)

[fachschaft@jura.uni-muenchen.de](mailto:fachschaft@jura.uni-muenchen.de)

[www.facebook.com/fsi.jura](http://www.facebook.com/fsi.jura)