

05/2026

29. Jahrgang  
Seiten 289 - 360



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

---

### ZIVILRECHT

- Pflicht zur Bereitstellung eines Bestellbuttons beim Maklervertrag
- Wenn Mieter zu gierig sind: Untervermietung mit Gewinn = Kündigung!
- Grundbuchfähigkeit einer noch nicht gezeugten Person
- kompakt: § 615 S. 1 BGB darf im Arbeitsrecht (!) nicht im Voraus abbedungen werden

### STRAFRECHT

- Heimtückemord trotz eines bereits schwelenden Konflikts?
- Mittelbare Täterschaft: Mitwirkung eines Arztes als „Freitodbegleiter“

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Eilrechtsschutz: Verzögerungen im gerichtlichen Verfahren als Problem der Verhältnismäßigkeit
- Rechtmäßigkeit von polizeilichen Schmerzgriffen bei Versammlungsauflösung

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

---

- Das Problem: Der Aufwendungsersatz nach § 439 III BGB und der Regress in der Lieferkette

### GRUNDFÄLLE

---

- Ärger mit dem Mieter
- Allgemeines zur Allgemeinen Feststellungsklage

### HEMMER.LIFE

---

- „Erfolg ist kein Zufall“ - Die Tipps der Examensbesten!  
Lena Götze im Interview



## EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- |          |  |     |
|----------|--|-----|
| <b>1</b> | Pflicht zur Bereitstellung eines Bestellbuttons beim Maklervertrag<br>Maklervertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher; Vertragsschluss im elektronischen Rechtsverkehr; Provision als Zahlungspflicht des Verbrauchers; Bestellbutton | 289 |
| <b>2</b> | Wenn Mieter zu gierig sind: Untervermietung mit Gewinn = Kündigung!<br>Untervermietung eines Teils der Wohnung; Berechtigtes Mieterinteresse;<br>Treuwidrigkeit der Kündigung bei Anspruch auf Zustimmung; §§ 540, 553, 573, 242 BGB     | 299 |
| <b>3</b> | Grundbuchfähigkeit einer noch nicht gezeugten Person<br>Grundbuchfähigkeit; Rechtsfähigkeit; §§ 1, 1113, 1191, 2101 BGB, §§ 19, 22, 53 GBO   | 307 |
| <b>4</b> | kompakt: § 615 S. 1 BGB darf im Arbeitsrecht (!) nicht im Voraus<br>abbedungen werden<br>Anspruch auf Annahmeverzugslohn; Abbedingung des § 615 S. 1 BGB;<br>Zwingendes Recht; §§ 611a, 615 BGB; Art. 30 EGBGB                           | 314 |

### STRAFRECHT

- |          |  |     |
|----------|--|-----|
| <b>5</b> | Heimtückemord trotz eines bereits schwelenden Konflikts?<br>Mord, §§ 212 I, 211 StGB; Heimtücke; Sonstige niedrige Beweggründe   | 318 |
| <b>6</b> | Mittelbare Täterschaft: Mitwirkung eines Arztes als „Freitodbegleiter“<br>Totschlag in einem minder schweren Fall, §§ 212 I, 213 StGB; Mittelbare Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB;<br>Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zum Suizid; Begleitung eines Suizids | 323 |

### ÖFFENTLICHES RECHT

- |          |   |     |
|----------|---|-----|
| <b>7</b> | Eilrechtsschutz: Verzögerungen im gerichtlichen Verfahren als<br>Problem der Verhältnismäßigkeit<br>Verfassungsbeschwerde, Art. 94 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG; Berufsfreiheit, Art. 12 I GG;<br>Gesetzesvorbehalt; Verhältnismäßigkeit; Auswirkung (erheblicher) gerichtlicher Verzögerungen | 328 |
| <b>8</b> | Rechtmäßigkeit von polizeilichen Schmerzgriffen bei Versammlungsauflösung<br>Allgemeine Feststellungsklage, § 43 VwGO; Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme<br>im Rahmen einer Versammlungsauflösung   | 335 |

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- |   |     |
|---|-----|
| Das Problem: Der Aufwendungsersatz nach § 439 III BGB<br>und der Regress in der Lieferkette | 342 |
|---|-----|

### GRUNDFÄLLE

- |  |     |
|--|-----|
| Ärger mit dem Mieter<br>Außerordentliche Kündigung eines Wohnraummietvertrages;<br>Abgrenzung zur ordentlichen Kündigung | 354 |
| Allgemeines zur Allgemeinen Feststellungsklage<br>Feststellungsklage, § 43 I VwGO  | 358 |

HEMMER.LIFE



„Erfolg ist kein Zufall“ -  
Die Tipps der Examensbesten!  
Lena Götzte im Interview

## KONTAKT

Abo-Service  
Tel.: 09 31 / 7 97 82 30  
Fax: 09 31 / 7 97 82 34  
E-Mail: [lifeandlaw@hemmer.de](mailto:lifeandlaw@hemmer.de)  
[www.lifeandlaw.de](http://www.lifeandlaw.de)

Ausgaben als hemmer.club-  
Mitglied online lesen:  
[www.hemmer-club.de](http://www.hemmer-club.de)

# Repetitorium hemmer

Mai 2026

## [ CRASHKURSE ]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE JURISTISCHE STAATSEXAMEN



Liebe Kursteilnehmende,  
unsere anstehenden Crashkurse finden  
in Präsenz und/oder online statt.



hemmer@home

Bitte informieren Sie sich auf der  
jeweiligen Homepage Ihrer Stadt.



### HEMMER.AUGSBURG

☎ (09 31) 7 97 82 30, ✉ [augsburg@hemmer.de](mailto:augsburg@hemmer.de)

10., 11., 17., 18., 24., 25. und 31. Juli,  
sowie 01. August 2026

Super-Crashkurs 2026 II - hemmer@home zur  
Vorbereitung auf das September-Examen – Online via Zoom,  
ZivilR, StrafR, Öffentliches Recht, ArbR, ZR-Nebengebiete

### HEMMER.BAYREUTH

☎ (09 31) 7 97 82 30, ✉ [bayreuth@hemmer.de](mailto:bayreuth@hemmer.de)

10., 11., 17., 18., 24., 25. und 31. Juli,  
sowie 01. August 2026

Super-Crashkurs 2026 II - hemmer@home zur  
Vorbereitung auf das September-Examen – Online via Zoom,  
ZivilR, StrafR, Öffentliches Recht, ArbR, ZR-Nebengebiete

### HEMMER.BERLIN

☎ (030) 24 04 57 38, ✉ [mitte@hemmer-berlin.de](mailto:mitte@hemmer-berlin.de)

21. Juni 2026  
04. und 05. Juli 2026

Crashkurs StPO  
Crashkurs ZPO 2026 I und II

### HEMMER.BOCHUM

☎ (02 51) 67 49 89 70, ✉ [bochum@hemmer.de](mailto:bochum@hemmer.de)

01., 08., 15., 22. und 29. April,  
sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10.,  
17. und 24. Juni 2026  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026

Finish! - Dein Endspurt zum Examen  
ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht  
Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

### HEMMER.BONN

☎ (02 28) 9 11 41 25, ✉ [bonn@hemmer.de](mailto:bonn@hemmer.de)

16. - 19. April 2026  
16. - 19. Juli 2026

Crashkurs Öffentliches Recht - HYBRID-Teilnahme mögl.  
Crashkurs Zivilrecht - HYBRID - Teilnahme mögl.

### HEMMER.BREMEN

☎ (040) 31 76 69 17, ✉ [bremen@hemmer.de](mailto:bremen@hemmer.de)

01., 08., 15., 22. und 29. April,  
sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10.,  
17. und 24. Juni 2026  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026

Finish! - Dein Endspurt zum Examen  
ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht  
Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

### HEMMER.DÜSSELDORF

☎ (0 22 36) 32 22 42, ✉ [duesseldorf@hemmer.de](mailto:duesseldorf@hemmer.de)

16. - 19. Juli 2026

Crashkurs Zivilrecht - HYBRID - Teilnahme mögl.

### HEMMER.ERLANGEN

☎ (09 31) 7 97 82 30, ✉ [erlangen@hemmer.de](mailto:erlangen@hemmer.de)

10., 11., 17., 18., 24., 25. und 31. Juli,  
sowie 01. August 2026

Super-Crashkurs 2026 II - hemmer@home zur  
Vorbereitung auf das September-Examen – Online via Zoom,  
ZivilR, StrafR, Öffentliches Recht, ArbR, ZR-Nebengebiete

# Repetitorium hemmer

Mai 2026

## [ CRASHKURSE ]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

HEMMER.FRANKFURT/MAIN ☎ (0 26 42) 61 44, ✉ frankfurt.main@hemmer.de

10., 16., 17., 30. und 31. Mai 2026 Online Crashkurs Öffentliches Recht  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026 Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)  
04., 05. und 11. Juli 2026 Online Crashkurs Strafrecht

HEMMER.FRANKFURT/ODER ☎ (030) 24 04 57 38, ✉ mitte@hemmer-berlin.de

21. Juni 2026 Crashkurs StPO  
04. und 05. Juli 2026 Crashkurs ZPO 2026 I und II

HEMMER.GIESSEN ☎ (0 79 30) 99 23 38, ✉ giessen@hemmer.de

01., 08., 15., 22. und 29. April, sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10., 17. und 24. Juni 2026 Finish! - Dein Endspurt zum Examen ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht  
10., 16., 17., 30. und 31. Mai 2026 Online Crashkurs Öffentliches Recht  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026 Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

HEMMER.GÖTTINGEN ☎ (0 79 44) 94 11 05, ✉ goettingen@hemmer.de

01., 08., 15., 22. und 29. April, sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10., 17. und 24. Juni 2026 Finish! - Dein Endspurt zum Examen ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026 Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

HEMMER.HAMBURG ☎ (040) 31 76 69 17, ✉ hamburg@hemmer.de

01., 08., 15., 22. und 29. April, sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10., 17. und 24. Juni 2026 Finish! - Dein Endspurt zum Examen ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026 Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

HEMMER.KIEL ☎ (0176) 22 59 28 56, ✉ kiel@hemmer.de

01., 08., 15., 22. und 29. April, sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10., 17. und 24. Juni 2026 Finish! - Dein Endspurt zum Examen ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026 Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

HEMMER.KÖLN ☎ (02 28) 9 11 41 25, ✉ koeln@hemmer.de

16. - 19. April 2026 Crashkurs Öffentliches Recht - HYBRID-Teilnahme mögl.  
16. - 19. Juli 2026 Crashkurs Zivilrecht - HYBRID - Teilnahme mögl.

HEMMER.LÜNEBURG ☎ (040) 31 76 69 17, ✉ lueneburg@hemmer.de

01., 08., 15., 22. und 29. April, sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10., 17. und 24. Juni 2026 Finish! - Dein Endspurt zum Examen ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026 Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

[www.repetitorium-hemmer.de](http://www.repetitorium-hemmer.de)

Mergentheimer Str. 44 / 97082 Würzburg  
Tel.: 0931 - 797 82 30 / [repetitorium@hemmer.de](mailto:repetitorium@hemmer.de)

## HEMMER.MAINZ

☎ (0 26 42) 61 44, ✉ [mainz@hemmer.de](mailto:mainz@hemmer.de)

04., 05. und 11. Juli 2026  
18., 19., 25. und 26. Juli 2026  
08. und 09. August 2026

Online Crashkurs Strafrecht  
Online Crashkurs Zivilrecht - 4 Tage Intensivtraining  
Crashkurs Öffentliches Recht mit EuropaR

## HEMMER.MARBURG

☎ (0 79 30) 99 23 38, ✉ [marburg@hemmer.de](mailto:marburg@hemmer.de)

10., 16., 17., 30. und 31. Mai 2026  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026  
04., 05. und 11. Juli 2026

Online Crashkurs Öffentliches Recht  
Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)  
Online Crashkurs Strafrecht

## HEMMER.MÜNCHEN

☎ (09 31) 7 97 82 30, ✉ [muenchen@hemmer.de](mailto:muenchen@hemmer.de)

10., 11., 17., 18., 24., 25. und 31. Juli,  
sowie 01. August 2026

Super-Crashkurs 2026 II - hemmer@home zur  
Vorbereitung auf das September-Examen – Online via Zoom,  
ZivilR, StrafR, Öffentliches Recht, ArbR, ZR-Nebengebiete

## HEMMER.MÜNSTER

☎ (02 51) 67 49 89 70, ✉ [muenster@hemmer.de](mailto:muenster@hemmer.de)

01., 08., 15., 22. und 29. April,  
sowie 06., 20. und 27. Mai, sowie 03., 10.,  
17. und 24. Juni 2026  
06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. Juni 2026

Finish! - Dein Endspurt zum Examen  
ZivilR, StrafR, Öffentl. Recht

Crashkurs Zivilrecht Gesamt (inkl. Arbeitsrecht, HGR)

## HEMMER.OSNABRÜCK

☎ (01 51) 23 30 35 83, ✉ [osnabrueck@hemmer.de](mailto:osnabrueck@hemmer.de)

22. Juni 2026

Endspurt Zivilrecht - aktuelle Entscheidungen

## HEMMER.PASSAU

☎ (09 31) 7 97 82 30, ✉ [passau@hemmer.de](mailto:passau@hemmer.de)

10., 11., 17., 18., 24., 25. und 31. Juli,  
sowie 01. August 2026

Super-Crashkurs 2026 II - hemmer@home zur  
Vorbereitung auf das September-Examen – Online via Zoom,  
ZivilR, StrafR, Öffentliches Recht, ArbR, ZR-Nebengebiete

## HEMMER.POTSDAM

☎ (030) 24 04 57 38, ✉ [mitte@hemmer-berlin.de](mailto:mitte@hemmer-berlin.de)

21. Juni 2026  
04. und 05. Juli 2026

Crashkurs StPO  
Crashkurs ZPO 2026 I und II

## HEMMER.REGENSBURG

☎ (09 31) 7 97 82 30, ✉ [regensburg@hemmer.de](mailto:regensburg@hemmer.de)

10., 11., 17., 18., 24., 25. und 31. Juli,  
sowie 01. August 2026

Super-Crashkurs 2026 II - hemmer@home zur  
Vorbereitung auf das September-Examen – Online via Zoom,  
ZivilR, StrafR, Öffentliches Recht, ArbR, ZR-Nebengebiete

## HEMMER.SAARBRÜCKEN

☎ (06334) 98 42 83, ✉ [saarbruecken@hemmer.de](mailto:saarbruecken@hemmer.de)

04., 05. und 11. Juli 2026  
18., 19., 25. und 26. Juli 2026

Online Crashkurs Strafrecht  
Online Crashkurs Zivilrecht - 4 Tage Intensivtraining

## HEMMER.TRIER

☎ (0 26 42) 61 44, ✉ [trier@hemmer.de](mailto:trier@hemmer.de)

04., 05. und 11. Juli 2026  
18., 19., 25. und 26. Juli 2026  
08. und 09. August 2026

Online Crashkurs Strafrecht  
Online Crashkurs Zivilrecht - 4 Tage Intensivtraining  
Crashkurs Öffentliches Recht mit EuropaR

## HEMMER.WÜRZBURG

☎ (09 31) 7 97 82 30 ✉ [wuerzburg@hemmer.de](mailto:wuerzburg@hemmer.de)

10., 11., 17., 18., 24., 25. und 31. Juli,  
sowie 01. August 2026

Super-Crashkurs 2026 II - hemmer@home zur  
Vorbereitung auf das September-Examen – Online via Zoom,  
ZivilR, StrafR, Öffentliches Recht, ArbR, ZR-Nebengebiete

BGH, Urteil vom 09.10.2025, I ZR 159/24 = [jurisbyhemmer](#)

# 1 Pflicht zur Bereitstellung eines Bestellbuttons beim Maklervertrag

+++ Maklervertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher +++ Vertragsschluss im elektronischen Rechtsverkehr +++ Provision als Zahlungspflicht des Verbrauchers +++ Bestellbutton +++ §§ 141, 312i, 312j, 312m, 652 BGB +++

**Sachverhalt (leicht verkürzt und etwas abgewandelt):** Die selbständige Immobilienmaklerin M bot im Sommer 2025 im Auftrag der damaligen Eigentümerin ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück im Internet zum Kauf an.

K meldete sich telefonisch bei M und bat um weitere Informationen zu dem Objekt. Nach dem Telefonat mit K aktivierte M am 6. August 2025 die Maklersoftware „f.“. Darauf wurde dem K am selben Tag automatisch eine E-Mail mit dem Link „Zum Web-Exposé“ übersandt. Diese E-Mail enthielt die auf eine Provision von 3,57% des Kaufpreises hinweisende Anlage „Maklervertrag Interessent“ und die eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung enthaltende Anlage „Informationen für den Verbraucher – Maklervertrag Interessent“.

K klickte den Link an und wurde auf die Webseite „Maklervertrag abschließen“ geleitet. Dort klickte K ein Häkchen an, mit dem er bestätigte, dass er die genannten Anlagen erhalten habe, und erklärte, dass er das Angebot auf Abschluss eines Maklervertrages annehme. Außerdem bestätigte K durch die Aktivierung eines weiteren Häkchens, dass ihm die Widerrufsbelehrung und das Muster-Widerrufsbelehrungsformular per E-Mail zugesandt worden seien.

Abschließend bestätigte K die Schaltfläche „Senden“ und wurde auf das Web-Exposé der M geleitet. Gleichzeitig erhielt K eine weitere, den Abschluss des Vertrages bestätigende E-Mail, in welcher M dem K unter Hinweis auf eine Käuferprovision von 3,57% mitteilte, er könne nun das vollständige Web-Exposé aufrufen. K bedankte sich per E-Mail bei M für die Zusendung des Exposés.

Im Bewusstsein, mit M einen verbindlichen Maklervertrag geschlossen zu haben, bat K die M um einen Besichtigungstermin, den diese noch für den 6. August 2025 im Beisein der Grundstückseigentümerin V organisierte.

Nach Preisverhandlungen, die unter Vermittlung seitens der M geführt wurden, einigten sich V und K auf einen Kaufpreis von 985.000 €. Mit E-Mail vom 1. September 2025 übermittelte M an K und V in Dateiform eine vorformulierte „Vermittlungs- bzw. Nachweisbestätigung“, wonach M dem K die Möglichkeit zum Kauf der Immobilie zum Preis von 985.000 € nachgewiesen bzw. vermittelt habe und dass die Maklerprovision sich für K und die Eigentümerin V auf 2,5% zuzüglich 19% Umsatzsteuer reduziert habe.

Am 9. September 2025 schlossen K und V einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über die Immobilie zum Preis von 985.000 €. Im Kaufvertrag war festgehalten, dass er durch die M vermittelt worden sei.

M stellte dem K und der V eine Provision von jeweils 29.303,75 € in Rechnung.

**Ist die Forderung der M gegen K begründet?**

**Hinweis:** Auf ein Widerrufsrecht des K ist nicht einzugehen.

## A) Sound

1. Ein Maklervertrag stellt einen Vertrag dar, bei dem sich der Verbraucher i.S.v. § 312j III S. 1 BGB zu einer Zahlung verpflichtet.

2. Gestaltet der Makler bei einem im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossenen Maklervertrag die Annahmeerklärung des Verbrauchers entgegen § 312j III BGB nicht als ausdrückliche Bestätigung der Provisionspflicht

aus, so ist der Maklervertrag gemäß § 312j IV BGB nicht schwebend, sondern endgültig unwirksam.

3. Ist ein Maklervertrag mangels Wahrung der Anforderungen des § 312j III BGB nach § 312j IV BGB unwirksam, so kann der Verbraucher gemäß § 141 I BGB den Neuabschluss des Vertrages durch eine einseitige Bestätigung bewirken.

**4. Die Bestätigung unterliegt zur Vermeidung eines Umgehungsgeschäfts i.S.v. § 312m I S. 2 BGB dem Erfordernis des § 312j III BGB, dass der Verbraucher ausdrücklich bestätigt, sich zu einer Zahlung zu verpflichten.**

## B) Problemaufriss

Mit Urteil vom 22.05.2025 hat sich der BGH zum ersten Mal mit dem sog. „**Kündigungsbutton**“ nach § 312k BGB beschäftigt, der durch das „*Gesetz für faire Verbraucherverträge*“ mit Wirkung zum 01.07.2022 in Kraft getreten ist.<sup>1</sup>

In dem hier zu besprechenden Urteil bestätigt der BGH seine Rechtsprechung zur Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 312j III BGB bei der Gestaltung des sog. „**Bestellbuttons**“.

Anders als teilweise die Literatur, ist der BGH der Ansicht, dass der Vertrag nach § 312j IV BGB nichtig ist. Allerdings könne der Vertrag vom Verbraucher bestätigt werden (§ 141 BGB).<sup>2</sup>

Ein Widerrufsrecht nach § 312g I BGB wegen des Vorliegens eines Verbraucherfernabsatzvertrages (§§ 312 I, 312c BGB), dessen Ausübung als rechtsvernichtende Einwendung gem. § 355 I S. 1 BGB zum Erlöschen eines etwaig entstandenen Anspruchs führen würde, kam vorliegend nicht in Betracht. K wurde von M über das Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt, sodass die zweiwöchige Widerrufsfrist des § 355 II S. 1 BGB am 6. August 2025 mit dem Erhalt der ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung gemäß § 356 III BGB i.V.m. Art. 246a § 1 II S. 1 Nr. 1 EGBGB zu laufen begann.

**Anmerkung:** Im konkreten Fall erklärte K erst in der Klageerwiderung ca. acht Monate nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Widerrufsrecht, dass er sämtliche von ihm in Bezug auf ein Tätigwerden der M abgegebenen Erklärungen widerrufe.

Damit war der Widerruf des K eindeutig verfristet und damit unwirksam.

Um nicht den Blick auf die wesentlichen Aussagen dieses Urteils zu verstellen, haben wir im Bearbeitungsvermerk das Widerrufsrecht des K „ausgeklammert“.

## C) Lösung

Fraglich ist, ob M gegen K einen Anspruch auf Zahlung der Provision i.H.v. 29.303,75 € hat.

<sup>1</sup> BGH, **Life&LAW 12/2025, 795 ff.** = NJW 2025, 2462 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>2</sup> So bereits BGH, NJW-RR 2022, 663 f. = **jurisbyhemmer**.

## I. Anspruch aus § 652 I S. 1 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch der M auf Zahlung einer Maklerprovision aus § 652 I S. 1 BGB.

Bei einem Maklervertrag entsteht die Verpflichtung des Maklerkunden (hier: K) zur Provisionszahlung erst, wenn er nach seiner freien Entscheidung das vom Makler entweder nachgewiesene oder vermittelte Geschäft abschließt.<sup>3</sup>

**Anmerkung:** Ein Nachweis besteht darin, dass der Makler dem Auftraggeber eine bisher unbekannte Möglichkeit eines Vertragsschlusses nachweist.<sup>4</sup> Vermittlung ist die bewusste, finale Herbeiführung der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners.<sup>5</sup>

Im vorliegenden Fall hat K mit V sowohl aufgrund des Nachweises als auch der Vermittlung der M einen wirksamen notariellen Kaufvertrag (§§ 311b I S. 1, 433 BGB) mit V über deren Hausgrundstück geschlossen.

Der Provisionsanspruch der M i.H.v. 23.303,75 € (= 2,5% von 985.000 € zzgl. 19 % Umsatzsteuer) wäre daher entstanden, wenn zwischen M und K durch Angebot und Annahme (§§ 145, 147 BGB) ein wirksamer Maklervertrag zustande gekommen ist.

### 1. Angebot der M und Annahme des K, §§ 145, 147 BGB

**a)** M hat am 6. August 2025 nach dem Telefonat mit K die Maklersoftware „f.“ aktiviert und dem M eine E-Mail mit dem Link „Zum Web-Exposé“ übersandt. Diese E-Mail enthielt die auf eine Provision von 3,57% des Kaufpreises hinweisende Anlage „Maklervertrag Interessent“. Dabei handelt es sich um ein rechtsverbindliches, auf Abschluss eines Maklervertrages gerichtetes Angebot der M gem. § 145 BGB.

**b)** K hat den Link angeklickt. Nach Weiterleitung auf die Webseite „Maklervertrag abschließen“ klickte K ein Häkchen an, mit dem er erklärte, dass er das Angebot auf Abschluss eines Maklervertrages annehme, § 147 BGB. Durch die Bestätigung der Schaltfläche „Senden“ gab K seine verbindliche Annahmeerklärung ab, die der M auch zuzuging, § 130 I S. 1 BGB.

<sup>3</sup> Vgl. zuletzt BGH, NJW 2025, 2395 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>4</sup> BGH, NJW 1987, 1628 = **jurisbyhemmer**; Grünberg/Retzlaff, BGB, 85. Auflage 2026, § 652 BGB, Rn. 25.

<sup>5</sup> BGH, NJW 1976, 1844.

## 2. Einhaltung der Textform, § 656a BGB

Da es sich um einen Maklervertrag handelt, der den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrages über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus oder die Vermittlung eines solchen Vertrages zum Gegenstand hat, bedarf dieser nach § 656a BGB der Textform.

Der Textform genügt nach § 126b BGB jede lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt wird und die auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird.

Hierunter ist nach § 126b S. 2 BGB ein Medium zu verstehen,

- welches es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist (§ 126b S. 2 Nr. 1 BGB),
- und das geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben (§ 126b S. 2 Nr. 2 BGB).

Dieser Vorgabe genügen Erklärungen in Papierform, aber auch auf Datenträgern wie Festplatten, USB-Sticks, Speicherkarten, CD-ROM oder DVD.<sup>6</sup>

Ebenfalls erfasst sind Erklärungen per E-Mail oder SMS, über einen Messenger-Dienst oder über soziale Netzwerke. Entscheidend ist, dass es die Übermittlung dem Empfänger erlaubt, die an ihn persönlich gerichtete Information dergestalt zu speichern, dass ihr Inhalt und ihre Zugänglichkeit während angemessener Dauer nicht verändert werden können und hierdurch die Möglichkeit ihrer originalgetreuen Wiedergabe gegeben ist.<sup>7</sup>

Da die wechselseitigen Vertragserklärungen per E-Mail erfolgten und es für die Wahrung der Form des § 656a BGB nicht zwingend erforderlich ist, dass die Erklärungen in einer einheitlichen Datei gespeichert sind<sup>8</sup>, wurde vorliegend die Textform der §§ 656a, 126b BGB gewahrt.

**Anmerkung:** Der Originalfall spielte im Jahr 2021, also nach dem Inkrafttreten der §§ 656a ff. BGB zum 23.12.2020.<sup>9</sup>

Dennoch ging der BGH erstaunlicherweise auf die Formvorschrift des § 656a BGB mit keiner Silbe ein.

## 3. Einhaltung der Anforderungen an die Erklärung bei Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, § 312j BGB

Nach § 312j IV BGB kommt ein Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, der den Verbraucher zur Zahlung verpflichtet, allerdings nur zustande, wenn der Unternehmer die Bestellsituation so gestaltet, dass sie den Anforderungen des § 312j II, III BGB genügt.

Gemäß § 312 II BGB muss der Unternehmer bei einem **Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr**, der den Verbraucher zur Zahlung verpflichtet, dem Verbraucher die Informationen gemäß Art. 246a § 1 S. 1 Nr. 1, 5 - 7, 8, 14 und 15 EGBGB unmittelbar bevor der Verbraucher seine Bestellung abgibt, klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung stellen.

Zudem hat der Unternehmer gem. § 312j III BGB die Bestellsituation so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche (sog. „**Bestellbutton**“), ist die Pflicht des Unternehmers aus § 312j III S. 1 BGB nur erfüllt, wenn diese Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist (§ 312j III S. 2 BGB).

### a) Anwendbarkeit des § 312j II – IV BGB

Zunächst müsste der Anwendungsbereich des § 312j IV BGB eröffnet sein. Es müsste somit ein Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312j II, 310 III BGB) vorliegen.

#### aa) Verbrauchervertrag, § 310 III BGB

Bei dem Maklervertrag handelte es sich um einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 III BGB, da M als selbständige Immobilienmaklerin Unternehmerin i.S.d. § 14 I Var. 1 BGB war und K als Kunde den Vertrag als natürliche Person in Ermangelung anderer Angaben aufgrund der Zweifelsregelung in § 13 BGB als Verbraucher abgeschlossen hat.

#### bb) Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, § 312 II BGB

Ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr liegt nach der Legaldefinition des § 312j I S. 1 BGB dann vor, wenn sich ein Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen digitaler Dienste nach § 1 IV Nr. 1 des Digitale-Dienste-Gesetzes (DDG) bedient.

<sup>6</sup> Grüneberg/Ellenberger, BGB, 85. Aufl. 2026, § 126b Rn. 3.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2014, 2857 (2858) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>8</sup> Grüneberg/Retzlaff, BGB, 85. Aufl. 2026, § 656a, Rn. 5.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Tyroller, [Life&LAW 08/2020](#), 571 ff.

**Tipp:** Wenn die Prüfungsordnung Ihres Bundeslandes die Kommentierung des Gesetzes erlaubt, schreiben Sie sich § 312i I S. 1 BGB an den Rand von § 312j II BGB!

Bei einem Vertrag zwischen einem Makler und seinem Kunden handelt es sich um einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen.<sup>10</sup>

Die M hat sich eines digitalen Dienstes i.S.d. § 1 IV Nr.1 DDG<sup>11</sup> bedient. Hierunter ist nach Art. 1 I b) der „Informationsverfahrensrichtlinie“<sup>12</sup> eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d.h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung zu verstehen.<sup>13</sup>

**Anmerkung:** Wenn diese Vorschriften nicht im Sachverhalt abgedruckt sind, kann eine Kenntnis der Definition von Ihnen nicht erwartet werden.

M hat sich vorliegend eines digitalen Dienstes i.S.d. § 1 IV Nr. 1 DSDG bedient, indem sie den Abschluss des Maklervertrages im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Dienstleistungssystems unter Verwendung der standardisierten Maklersoftware „f.“ und damit einem elektronischen Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312c II BGB ermöglicht hat.

**hemmer-Methode:** Während der Begriff des **Fernabsatzvertrages i.S.d. § 312c II BGB** jede Form des Vertragsschlusses unter physisch abwesenden Personen erfasst, fallen unter § 312i BGB nur Verträge, die unter Einsatz von **elektronischen** Kommunikationsmitteln zustande kommen.<sup>14</sup> Nicht erfasst werden vor allem Verträge, die brieflich oder telefonisch geschlossen werden.

<sup>10</sup> Vgl. BGH, NJW 2017, 2337 ff. = [jurisbyhemmer](#) sowie BGH, NJW 2017, 1024 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>11</sup> **§ 1 IV Nr. 1 DDG lautet:**

**(4)** Im Sinne dieses Gesetzes ist oder sind

**1.** „digitaler Dienst“ ein Dienst im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABl. L 241 vom 17.9.2015, S. 1);

<sup>12</sup> (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

<sup>13</sup> **Art. 1 I b) der „Informationsverfahrensrichtlinie“ lautet:**

**(1)** Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:

**b)** „Dienst“ eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d.h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

<sup>14</sup> Grüneberg/Grüneberg, BGB, 85. Aufl. 2026, § 312i, Rn. 2.

Vereinfacht ausgedrückt ist ein **Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr** (§ 312i I BGB) daher ein Fernabsatzvertrag unter der ausschließlichen Verwendung von **elektronischen** Fernkommunikationsmitteln.

**Tipp:** Wenn Ihre Prüfungsordnung die Kommentierung des Gesetzes erlaubt, schreiben Sie sich an den Rand von § 312i I S. 1 BGB die Vorschrift des § 312c II BGB!

### cc) Kein Fall des § 312j V S. 1 BGB

Nach § 312j V S. 1 BGB ist § 312j II - IV BGB nicht anzuwenden, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird.

**(1)** Eine ausschließlich individuelle Kommunikation setzt voraus, dass zwischen den potentiellen Vertragspartnern die vertragsrelevanten Nachrichten zielgerichtet durch E-Mails ausgetauscht werden, ohne dass – etwa im Wege der Verlinkung auf eine Internetseite – auf weitere Informationsquellen Bezug genommen wird.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Transparenzanforderungen des § 312j III BGB der Verbraucher vor den Gefahren des Onlinehandels geschützt werden soll, der durch (weitgehend) anonyme und standardisierte Vertragsschlussmechanismen und die deshalb geringere Aufmerksamkeit des Kunden hinsichtlich der anfallenden Kosten gekennzeichnet ist. Eine solche Gefährdungslage besteht auch, wenn der Verbraucher den Inhalt seiner per E-Mail abgegebenen Vertragserklärung nicht – wie bei der Beantwortung eines Angebots durch einen persönlichen Brief – frei formulieren und steuern kann, sondern hierbei durch den Unternehmer gelenkt wird.<sup>15</sup>

**(2)** Gemessen an diesen Kriterien stellen die zwischen den Parteien ausgetauschten E-Mails aufgrund ihrer Automatisierung und Standardisierung keine ausschließlich individuelle Kommunikation dar.

K ist durch einen in der E-Mail der M enthaltenen Link auf die Webseite „Maklervertrag abschließen“ geleitet worden, auf der sich eine vorformulierte, von ihm durch Setzen eines Häkchens aktivierte Annahmeerklärung fand. Er hat seine Vertragserklärung daher nicht durch eine individuell verfasste E-Mail abgegeben.

**Zwischenergebnis:** Der Anwendungsbereich des § 312j II - IV BGB ist damit eröffnet.

<sup>15</sup> MüKoBGB/Wendehorst, 10. Aufl. 2025, BGB, § 312i Rn. 50; Raue, MMR 2012, 438 (441).

**b) Einhaltung der Anforderungen an die Gestaltung der Bestellsituation und der Schaltfläche bei der Bestätigung einer Zahlungsverpflichtung, § 312j III S. 1 BGB**

Da § 312j II - IV BGB anwendbar ist, müssten von M die Anforderungen des § 312j III BGB an die Gestaltung der Bestellsituation und der Schaltfläche („**Bestellbutton**“) eingehalten worden sein.

**aa) Bestätigung einer Zahlungsverpflichtung?**

Fraglich ist, ob sich K durch die Erklärung seiner Annahme (§ 147 BGB) überhaupt zu einer Zahlung i.S.v. § 312j III S. 1 BGB verpflichtet hat. Diese Frage stellt sich deshalb, weil der Abschluss des Maklervertrages nicht sogleich seine Pflicht zur Entrichtung der Maklerprovision ausgelöst hat.

Bei einem Maklervertrag entsteht die Verpflichtung des Maklerkunden zur Provisionszahlung erst, wenn er nach seiner freien Entscheidung das vom Makler nachgewiesene oder vermittelte Geschäft abschließt.

(1) Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt eine Zahlungsverpflichtung des Verbrauchers im Sinne von Art. 8 II Unterabs. 1 der RL 2011/83/EU<sup>16</sup> (**Verbraucherrechte-RL**) auch vor, wenn er erst nach der Erfüllung einer weiteren Bedingung zur Zahlung der entgeltlichen Gegenleistung an den Unternehmer verpflichtet ist.<sup>17</sup>

Hierfür spricht sowohl, dass der Wortlaut der Vorschrift nicht zwischen bedingten und unbedingten Zahlungsverpflichtungen differenziert, als auch der Schutzzweck der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen.

<sup>16</sup> RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 304 S. 64).  
**Art. 8 Absatz 2 der Verbraucherrechte-RL lautet:**

(2) Wenn ein auf elektronischem Wege geschlossener Fernabsatzvertrag den Verbraucher zur Zahlung verpflichtet, weist der Unternehmer den Verbraucher klar und in hervorgehobener Weise, und unmittelbar bevor dieser seine Bestellung tätigt, auf die in Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a, e, o und p genannten Informationen hin.

Der Unternehmer sorgt dafür, dass der Verbraucher bei der Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. Wenn der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder eine ähnliche Funktion umfasst, ist diese Schaltfläche oder entsprechende Funktion gut lesbar ausschließlich mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung zu kennzeichnen, die den Verbraucher darauf hinweist, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer verbunden ist. Wenn der Unternehmer diesen Unterabsatz nicht einhält, ist der Verbraucher durch den Vertrag oder die Bestellung nicht gebunden.

<sup>17</sup> EuGH, NJW 2024, 2449 ff. („Conny“) = **jurisbyhemmer**.

Ein Verbraucher muss bei über Webseiten abgeschlossenen Fernabsatzverträgen den Zeitpunkt erkennen können, zu dem er gegenüber dem Unternehmer eine Zahlungsverpflichtung eingeht. Seine Aufmerksamkeit ist durch eine unmissverständliche Formulierung auf die Tatsache zu lenken, dass die Abgabe der Bestellung eine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer zur Folge hat.

Müsste der Unternehmer seine – der Aufmerksamkeit des Verbrauchers über die finanziellen Folgen seiner Bestellung dienende – Informationspflicht nicht zu dem Zeitpunkt erfüllen, zu dem der Verbraucher noch auf seine Bestellung verzichten kann, sondern wäre dies erst bei der späteren Fälligkeit der Zahlung möglich, könnte er sich seiner Informationspflicht zu dem Zeitpunkt entledigen, in dem sie sich für den Verbraucher gerade als nützlich erweist.

(2) Danach begründet der vom Verbraucher K geschlossene Maklervertrag mit der M eine Zahlungsverpflichtung i.S.d. § 312j III S. 1 BGB.<sup>18</sup>

Auch in diesem Fall wird die Grundlage für eine Zahlungsverpflichtung bereits durch den Abschluss des Maklervertrages gelegt. Mit Blick darauf stellt sich eine unmissverständliche Information des Verbrauchers über die Kostenpflichtigkeit der Maklerleistung bei elektronischem Abschluss eines Maklervertrages für ihn als nützlich dar. Dass er vom Makler noch vor Abschluss des Hauptvertrages unmissverständlich über die Zahlungspflichtigkeit der Maklerleistung aufgeklärt wird, ist nämlich nicht gewährleistet.

**bb) Einhaltung der Anforderungen an die Gestaltung der Schaltfläche, § 312j III BGB**

Fraglich ist, ob M auch die Anforderungen an die Gestaltung der Schaltfläche nach § 312j III S. 2 BGB (sog. „**Bestellbutton**“) eingehalten hat.

Erfolgt die Annahmeerklärung des Verbrauchers („Bestellung“) – wie im vorliegenden Fall – über eine Schaltfläche (sog. „**Bestellbutton**“), ist die Pflicht des Unternehmers aus § 312j III S. 1 BGB nur erfüllt, wenn diese Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist, vgl. § 312j III S. 2 BGB.

Nach zutreffender Ansicht des BGH genügt die von der M eingesetzte Schaltfläche, mit der K das Angebot auf Abschluss eines Maklervertrages angenommen hat, eindeutig nicht den Vorgaben des § 312j III S. 1 BGB an eine ausdrückliche Bestätigung der Zahlungsverpflichtung des K.

<sup>18</sup> So auch BeckOK BGB/*Maume*, 76. Ed. 1.11.2025, BGB, § 312j, Rn.11a; Lange/*Werneburg*, NJW 2015, 193 (195).

Die von M gewählte Beschriftung der Schaltfläche mit „**Senden**“ ist nicht ebenso eindeutig wie die in § 312j III S. 2 BGB vorgesehene Beschriftung „zahlungspflichtig bestellen“. Sie verdeutlicht dem Verbraucher K nicht unmissverständlich, dass seine durch ein Häkchen aktivierte Annahmeerklärung einen entgeltspflichtigen Vertrag begründet.

**Anmerkung:** Im Termin 2024-II des Bayerischen Ersten Staatsexamens in der Aufgabe 1<sup>19</sup> war der Bestellbutton mit „kaufen“ beschriftet.

Bei der Beschriftung mit dem Wort „kaufen“ handelt es sich um eine eindeutige Formulierung im Sinne des § 312j III S. 2 BGB.

Gegen das Ausreichen einer eindeutigen Beschriftung der Schaltfläche könnte zwar sprechen, dass ein ausdrücklicher Hinweis auf die Zahlungspflicht fehlt, da es auch Formen des Kaufs gibt, mit denen nicht unbedingt eine sofortige Zahlungspflicht einhergeht (z.B. Kauf auf Probe).

Allerdings beinhaltet ein Kauf aus der Sicht eines verständigen Verbrauchers schon begrifflich die Zahlungspflichtigkeit, sodass die Beschriftung mit „kaufen“ eine der Formulierung „zahlungspflichtig bestellen“ entsprechend eindeutige Formulierung darstellt.

### c) Ergebnis

M hat die Anforderungen, die an den Unternehmer bei einem Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr bei der Bestellsituation nach § 312 II, III BGB zu stellen sind, nicht eingehalten.

## 4. Rechtsfolge des § 312j IV BGB

Als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 312j III BGB bestimmt § 312j IV BGB, dass der Vertrag nicht zustande kommt.

Umstritten ist dabei allerdings, ob der Vertrag nur schwebend oder endgültig unwirksam ist.

### a) Ansicht der Vorinstanz und der Literatur

Nach der von der Vorinstanz<sup>20</sup> und teilweise in der Literatur<sup>21</sup> vertretenen Ansicht soll der Vertrag nicht unwirksam sein.

Wäre der Vertrag nichtig, könnte auch der von § 312j II, III BGB zu schützende Verbraucher keine Erfüllung verlangen, keine Rechte wegen Verzugs mit der Lieferung geltend machen, usw.

<sup>19</sup> Eine Kurzlösung zu dieser Klausur finden Sie in **Life&LAW 12/2024, 849 f.**

<sup>20</sup> OLG Stuttgart, MDR 2024, 1573 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>21</sup> MüKo/Wendehorst, BGB, 10. Auflage 2025, § 312j, Rn. 34; BeckOK BGB/Maume, 76. Ed. 1.11.2025, BGB, § 312j, Rn. 41a.

Diese Wirkung gehe über den Schutzzweck der Verbraucherrechte-RL hinaus. Nach deren Art. 8 II Unterabs. 2 S. 3 ist der Verbraucher bei einem Verstoß des Unternehmers nicht an seine Bestellung gebunden.

Der Verbraucher könne daher selbst über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit seiner Bestellung entscheiden.

§ 312j IV BGB sei daher richtlinienkonform dahin auszulegen, dass der Vertrag nur **schwebend** bzw. **relativ unwirksam** sei und der Unternehmer an ihn gebunden werde, wenn der Verbraucher in Kenntnis der Zahlungspflichtigkeit die Erfüllung des Vertrages verlange und damit den bestehenden Schwebezustand beseitige.

Auch der EuGH erklärte es ausdrücklich für möglich, „dass der Verbraucher (...) entscheiden kann, die Wirkungen eines Vertrages oder einer Bestellung aufrechtzuerhalten“.<sup>22</sup>

### b) Ansicht des BGH

Der BGH folgt dieser Ansicht nicht. Seiner Ansicht nach ist der Vertrag nicht schwebend, sondern endgültig unwirksam.

**aa)** Die Vorschrift des Art. 8 II Unterabs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL sieht als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Informationspflicht lediglich vor, dass „*der Verbraucher durch den Vertrag oder die Bestellung nicht gebunden*“ ist.

Nach der Verbraucherrechte-RL bleibt aber das allgemeine innerstaatliche Vertragsrecht wie die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrages unberührt.

Damit schreibt die in Art. 8 II Unterabs. 2 S. 3 der Verbraucherrechte-RL normierte Rechtsfolge demnach nicht vor, wie die fehlende Bindung des Verbrauchers an seine Bestellung auszugestalten ist. Vielmehr überlässt sie dem nationalen Recht die Regelung, ob der Vertrag endgültig oder nur schwebend unwirksam ist und ob sich der Verbraucher bei nachträglicher Information über seine Zahlungspflicht noch an ihn binden kann.

Die Erwägung des EuGH, dass der Verbraucher sich später für die Aufrechterhaltung der Wirkungen des Vertrages entscheiden könne, lasse unmissverständlich erkennen, dass der EuGH diese Rechtsfolge nicht den Vorgaben des Art. 8 II Unterabs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL entnimmt, sondern sie nach Maßgabe des Rechts der Mitgliedstaaten für möglich hält.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, NJW 2024, 2449 (2452, Rn. 55; „Conny“) = **jurisbyhemmer**.

**bb)** Nach den deshalb heranzuziehenden Grundsätzen des deutschen Rechts ist die Bestimmung des § 312j IV BGB dahin auszulegen, dass der Vertrag bei einem Verstoß gegen § 312j III BGB nicht nur schwebend, sondern endgültig unwirksam ist.<sup>23</sup>

### (1) Wortlaut spricht für Nichtigkeit

Der Wortlaut des § 312j IV BGB, dass ein Vertrag nach § 312j II BGB nur bei Erfüllung der Pflicht aus § 312j III BGB zustande kommt, legt nahe, dass bei einem Verstoß des Unternehmers gegen § 312j III BGB kein wirksamer Vertrag geschlossen wird.<sup>24</sup> Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit eines Vertrages tritt nicht nur im Verhältnis zum Unternehmer, sondern absolut ein.

### (2) Schutzzweck des § 312j IV BGB

Die Rechtsfolge der endgültigen Unwirksamkeit eines entgegen § 312j III BGB geschlossenen Verbrauchervertrages steht im Einklang mit dem Schutzzweck der Informationspflicht des Unternehmers aus § 312j III BGB.

Diese soll dem Verbraucher verdeutlichen, dass er mit der Bestellung eine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer eingeht, und dadurch ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellen. Dieses Ziel ist gewährleistet, wenn der um seine Zahlungsverpflichtung wissende Verbraucher den Unternehmer an einen für ihn günstigen Vertrag binden kann.

Das kann er dadurch bewirken, dass er den unwirksamen Vertrag durch dessen Bestätigung gemäß § 141 I BGB neu abschließt (vgl. dazu sogleich).

**Anmerkung:** Der BGH argumentiert auch noch mit der Entstehungsgeschichte des § 312j IV BGB.

Der Gesetzgeber hat die Regelung damit begründet, dass ein Vertrag insgesamt nicht zustande komme, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus Absatz 3 nicht erfülle. Diese scharfe Rechtsfolge lasse sich damit begründen, dass die Vorschrift eine vergleichbare Schutzwirkung wie eine Formvorschrift habe.<sup>25</sup>

Die Rechtsfolge der Nichteinhaltung einer Formvorschrift besteht nach § 125 S. 1 BGB in der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

Im Examen werden derartige Kenntnisse von Ihnen mit Sicherheit nicht erwartet.

<sup>23</sup> So bereits BGH, NJW-RR 2022, 663 f. = [jurisbyhemmer](#) sowie BGH, WM 2024, 1376 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>24</sup> Grüneberg/Grüneberg, BGB, 85. Aufl. 2026, § 312i, Rn. 8 und Rn. 12.

<sup>25</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/7745, S. 7 und 11 f.

### c) Ergebnis

Da M die Schaltfläche nur mit „Senden“ und damit nicht entsprechend eindeutig i.S.d. § 312j III BGB beschriftet hat, war der Maklervertrag zwischen M und K gem. § 312j IV BGB nichtig.

### 5. Aber: Evtl. Bestätigung des Vertrages durch K gem. § 141 BGB?

K könnte aber dem Maklervertrag dadurch zur Wirksamkeit verholfen haben, dass er, nachdem er die Schaltfläche „Senden“ betätigt hatte, durch die Einsicht in das Web-Exposé und den Erhalt der E-Mail der M vom 6. August 2025 Kenntnis vom Anfall einer Maklerprovision erlangt und die M mit E-Mail vom selben Tag um die Organisation eines Besichtigungstermins gebeten hat.

Da der über das „f.“-System geschlossene Maklervertrag nicht nur schwebend, sondern endgültig unwirksam war (s.o.), kann das Verhalten des K nicht als Genehmigung im Sinne von §§ 182 I, 184 I BGB angesehen werden.

Evtl. hat aber K durch sein Verhalten den nichtigen Maklervertrag nach **§ 141 BGB** bestätigt.

#### a) Bestätigung durch K wäre ausreichend

Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung gemäß § 141 I BGB als erneute Vornahme zu beurteilen. Resultiert die Nichtigkeit eines Vertrages aus der Nichtigkeit der Willenserklärung nur einer Vertragspartei, so genügt die Bestätigung durch diese Partei.<sup>26</sup>

Danach konnte K einen Neuabschluss des nach § 312j IV BGB unwirksamen Maklervertrages durch einseitige Erklärung herbeiführen.

#### b) Voraussetzungen einer Bestätigung nach § 141 I BGB

Die Bestätigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muss nach außen hin erkennbar machen, dass das Rechtsgeschäft trotz der Zweifel des Bestätigenden an seiner Wirksamkeit gelten soll.

Darüber hinaus setzt sie einen Bestätigungswillen voraus. Ein derartiger Bestätigungswille erfordert, dass die Partei die **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kennt** oder **zumindest Zweifel** an seiner Rechtsbeständigkeit **hat**.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> BGH, NJW-RR 2004, 1369 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>27</sup> Vgl. BGH, NJW 2012, 1570 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2006, 2116 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW-RR 2003, 769 ff. = [jurisbyhemmer](#).

**aa) Ansicht der Vorinstanz**

Das Berufungsgericht<sup>28</sup> hat die E-Mail des K vom 6. August 2025, in welcher er um die Organisation eines Besichtigungstermins gebeten hat, als Bestätigung des unwirksamen Maklervertrages ausgelegt.

**bb) Nach BGH liegt keine Bestätigung vor**

Nach Ansicht des BGH genügt dieses Verhalten nicht, um eine Bestätigung des nichtigen Maklervertrages zu bejahen.

**(1) K ging von Wirksamkeit des Vertrages aus**

K hat im Bewusstsein, mit M einen verbindlichen Maklervertrag geschlossen zu haben, die M um einen Besichtigungstermin gebeten.

**Hinweis:** Anders als im Originalfall, in welchem das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, wurde der Sachverhalt für die Besprechung in der **Life&LAW** zur Verdeutlichung diesbezüglich klargestellt und ergänzt!

**(2) Bitte des K um Organisation eines Termins für die Besichtigung genügt auch nicht den Anforderungen des § 312j III BGB**

Abgesehen von ihrem fehlenden Aussagewert hat die Bitte des Beklagten um die Organisation eines Besichtigungstermins auch deshalb nicht zum Neuabschluss des Maklervertrages nach § 141 I BGB geführt, weil K die Kostenpflichtigkeit der Maklerleistung der M nicht ausdrücklich bestätigt hat.

Die Bestätigung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts bedarf der Form des bestätigten Geschäfts.<sup>29</sup> Dieser Grundsatz gilt nach Ansicht des BGH bei einem nach § 312j IV BGB unwirksamen Vertrag entsprechend, weil die Vorschrift eine vergleichbare Schutzwirkung wie eine Formvorschrift hat.

Zwar erfüllt die E-Mail des K die Anforderungen an die Textform, §§ 656a, 126b BGB.

Allerdings hat K in der E-Mail vom 6. August 2025 entgegen § 312j III S. 1 BGB nicht ausdrücklich erklärt, dass er sich zur Zahlung einer Maklerprovision verpflichte. Eine Erklärung des Verbrauchers, aus der sich **konkudent** seine Bereitschaft zur Eingehung einer Zahlungspflicht ergibt, **genügt** nach § 312j III BGB **nicht**.

Die E-Mail des K kann auch nicht als ausschließlich individuelle Kommunikation angesehen werden, für die nach § 312j V BGB die Vorgaben des § 312j III BGB nicht gälten. K ist zu seiner Bitte um die Organisation eines Besichtigungstermins erst durch den den Transparenzanforderungen des § 312j III BGB nicht genügenden Vertragsschluss veranlasst worden. Der Schutzzweck des § 312j III BGB, den Verbraucher vor dem übereilten Abschluss eines für ihn nicht ohne Weiteres als kostenpflichtig erkennbaren Vertrages zu bewahren, würde unterlaufen, wenn gemäß § 141 I BGB die konkludente Bestätigung für den Neuabschluss eines unter Verstoß des Unternehmers gegen § 312j III BGB geschlossenen Vertrages ausreichte.

**Anmerkung:** Auch hier wurde der Sachverhalt etwas vereinfacht. Das Berufungsgericht hat keinerlei Feststellungen getroffen, ob der nach § 312j IV BGB unwirksame Maklervertrag von K **anderweitig** gem. § 141 I BGB formwirksam bestätigt wurde. Daher hat der BGH das Berufungsgericht aufgehoben und die Sache mangels Entscheidungsreife (§ 563 III ZPO) zur neuen Verhandlung und Entscheidung gem. §§ 562 I, 563 I S. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

**6. Ergebnis**

Da der Maklervertrag wegen Verstoßes gegen § 312j III BGB gemäß § 312j IV BGB nichtig war und auch von K später nicht bestätigt wurde, hat M gegen K nach § 652 I S. 1 BGB keinen Anspruch auf Bezahlung der Maklerprovision.

**II. Kein Anspruch aus §§ 812 I S. 1 Alt. 1, 818 II Alt. 1 BGB**

M kann eine Maklerprovision auch nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung des K nach §§ 812 I S. 1 Alt. 1, 818 II Alt. 1 BGB verlangen.

Zwar hat K die Maklerdienste der M durch eine rechtsgrundlose Leistung seitens der M erhalten. Da diese nicht in natura herausgegeben können, regelt § 818 II Alt. 1 BGB eine Wertersatzpflicht.

Der Bejahung eines bereicherungsrechtlichen Anspruches steht aber der Schutzzweck des § 312j IV BGB entgegen, den Verbraucher durch eine hinreichende Information über die Entgeltlichkeit der Gegenleistung vor einem unüberlegten und übereilten Vertragsschluss zu bewahren.

<sup>28</sup> OLG Stuttgart, MDR 2024, 1573 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>29</sup> BGH, NJW 1985, 2579 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn ein Unternehmer, der vor Vertragsschluss nicht in der gebotenen Weise klargestellt hat, dass seine Leistung entgeltpflichtig ist, vom Verbraucher Wertersatz verlangen könnte, wenn er die Leistung trotz nicht wirksamen Vertragsschlusses erbracht hat und der Verbraucher diese Leistung nicht herausgeben kann.<sup>30</sup>

### III. Endergebnis

Die Forderung der M gegen K ist unbegründet!

### D) Kommentar

(**mtj**). Das Urteil des BGH fühlt sich aus der Sicht der Maklerin M ungerecht an.

Das Urteil ist aber unter Berücksichtigung des Gesetzes und der europarechtlichen Vorgaben der Verbraucherrechte-RL überzeugend und vom BGH auch sehr sorgfältig begründet worden.

Der BGH bestätigt zum wiederholten Male seine Ansicht, dass § 312j IV BGB eine rechtshindernde Einwendung darstellt und daher der Vertrag nicht nur schwebend, sondern endgültig unwirksam ist.

Auch die Ausführungen zur Bestätigung und der Anwendbarkeit des § 312j III BGB auf eine solche sind überzeugend.

Zur Vorlage an den EuGH nach Art. 267 III AEUV sah sich der BGH nicht veranlasst, da sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung von Art. 8 II Verbraucherrechte-RL gestellt hat.

Nach Ansicht des OLG Braunschweig<sup>31</sup> soll die Nichtigkeitsfolge des § 312j IV BGB nicht gelten, wenn beim Kauf eines Autos für 45.670 € auf dem Bestellbutton der Hinweis auf die Zahlungspflicht fehlt, weil dem Käufer klar sei, dass er durch das Anklicken des „Bestellbuttons“ kein Gratisangebot annimmt. In dieser Konstellation sei § 312j IV BGB teleologisch zu reduzieren. Jedenfalls greife § 242 BGB ein: Es widerspreche Treu und Glauben, sich auf eine Unwirksamkeit zu berufen, die mit dem Schutzzweck der Norm nichts zu tun habe. Die wirtschaftliche Realität des Geschäfts lasse keinen Raum für einen Schutz vor Kostenfallen.

Bezugnehmend auf die hier besprochene Entscheidung des BGH meint das OLG Braunschweig, dass bei einem Maklervertrag die Frage der Entgeltspflicht regelmäßig komplexer als im Fall eines Kaufvertrages.

Einem Käufer eines Fahrzeuges sei stets bewusst, so das OLG, dass er derjenige ist, der den Kaufpreis entrichten muss. Im Maklerrecht gebe es zwar grundsätzlich das Bestellerprinzip, jedoch sei(en) auch ein Lohnanspruch des Maklers gegen beide Vertragsparteien möglich sowie besondere Kostenvereinbarungen nach § 656d BGB. Hier stehe also nicht von vornherein fest, ob und in welcher Höhe derjenige, der sich bei einem Makler meldet, dessen Kosten zahlen müsse. In diesem Fall erfülle damit eine gemäß § 312j III BGB beschriftete Schaltfläche den Gesetzeszweck, dem Verbraucher seine ihm nicht zwingend bekannte Kostenpflicht vor Augen zu führen.

**Anmerkung:** Ob die Sichtweise des OLG Bestand hat, wird sich in Bälde zeigen. Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt. Die Sache befindet sich derzeit also beim BGH.

Mit der Problematik ist im Examen auf jeden Fall zu rechnen. Nehmen Sie daher dieses Urteil ernst und arbeiten Sie auch nochmals das Urteil des BGH zum Kündigungsbutton durch.<sup>32</sup>

### E) hemmer-background

Im folgenden **hemmer-background** wird nochmals<sup>33</sup> kurz auf die geplante Einführung des Widerrufbuttons nach **§ 356a BGB RegE** eingegangen.

Mit Art. 1 der Richtlinie (EU) 2023/2673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.11.2023<sup>34</sup> (nachfolgend: RL 2023/2673) wurde in die **Verbraucherrechte-RL** ein neuer Art. 11a eingefügt. Danach werden Unternehmen verpflichtet, einen elektronischen **Widerrufsbutton** bereitzustellen.

**Anmerkung:** Nach Art. 2 RL 2023/2673 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, **bis 19.12.2025** die erforderlichen Rechtsvorschriften zu erlassen und zu veröffentlichen. Ab dem **19.06.2026** müssen diese Vorschriften dann angewendet werden.

Die Bundesregierung hat am 03. September 2025 den Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Verbrauchervertrags- und des Versicherungsvertragsrechts“ beschlossen.

Dieser sieht die Einführung des Widerrufbuttons in **§ 356a BGB RegE** vor.

<sup>32</sup> BGH, **Life&LAW 12/2025, 795 ff.** = NJW 2025, 2462 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>33</sup> Vgl. dazu bereits **Life&LAW 12/2025, 795 (797)**. Außerdem sollten Sie aus dem **Termin 2024-I** und **II** des Bayerischen Ersten Staatsexamens jeweils die **Aufgabe 1** durcharbeiten, in der das Thema „Bestellbutton“ abgeprüft wurde. Eine Kurzlösung hierzu finden Sie in **Life&LAW 07/2024, 493 f.** sowie in **Life&LAW 12/2024, 849 f.**

<sup>34</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202302673](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302673)

<sup>30</sup> Vgl. BGH, WM 2024, 1376 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>31</sup> OLG Braunschweig, Urteil v. 18.12.2025, Az. 9 U 69/25.

**§ 356a BGB RegE****Elektronische Widerrufsfunktion bei Fernabsatzverträgen**

**(1)** <sup>1</sup>Bei Fernabsatzverträgen, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden, hat der Unternehmer sicherzustellen, dass der Verbraucher auf der Online-Benutzeroberfläche durch das Nutzen einer Widerrufsfunktion eine Widerrufserklärung abgeben kann. <sup>2</sup>Die Widerrufsfunktion muss gut lesbar mit „Vertrag widerrufen“ oder einer anderen gleichbedeutenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein. <sup>3</sup>Sie muss während des Laufs der Widerrufsfrist auf der Online-Benutzeroberfläche ständig verfügbar, hervorgehoben platziert und für den Verbraucher leicht zugänglich sein.

**(2)** Die Widerrufsfunktion muss dem Verbraucher ermöglichen, eine Widerrufserklärung an den Unternehmer zu übermitteln und dem Unternehmer in oder mit der Widerrufserklärung ohne Weiteres folgende Informationen bereitzustellen oder zu bestätigen:

1. den Namen des Verbrauchers,
2. Angaben zur Identifizierung des Vertrags, den der Verbraucher widerrufen möchte,
3. Angaben zum elektronischen Kommunikationsmittel, mit welchem dem Verbraucher eine Eingangsbestätigung für den Widerruf übermittelt werden soll.

**(3)** <sup>1</sup>Sobald der Verbraucher die Informationen nach Absatz 2 bereitgestellt oder bestätigt hat, hat der Unternehmer dem Verbraucher zu ermöglichen, seine Widerrufserklärung und die Informationen dem Unternehmer mittels einer Bestätigungsfunktion zu übermitteln. <sup>2</sup>Diese Bestätigungsfunktion muss gut lesbar und mit „Widerruf bestätigen“ oder einer anderen gleichbedeutenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein.

**(4)** Der Unternehmer hat dem Verbraucher, wenn dieser die Bestätigungsfunktion aktiviert hat, auf einem dauerhaften Datenträger unverzüglich eine Eingangsbestätigung zu übermitteln, die zumindest den Inhalt der Widerrufserklärung sowie das Datum und die Uhrzeit ihres Eingangs enthält.

**(5)** Die Widerrufserklärung des Verbrauchers gilt als dem Unternehmer innerhalb der Widerrufsfrist zugegangen, wenn er die Widerrufserklärung nach Absatz 3 vor Ablauf dieser Frist über die Widerrufsfunktion versandt hat.

**Hinweis:** Sobald der Bundestag das Gesetz zur Änderung des Verbrauchervertrags- und des Versicherungsvertragsrechts beschlossen hat, werden wir Sie in gewohnter Weise in der **Life&LAW** rechtzeitig über die Neuregelungen informieren. Den Stand zum Gesetzgebungsverfahren und eine Synopse mit allen geplanten Änderungen finden Sie bei Interesse unter dieser Internetseite: [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsv erfahren/DE/2025\\_GAendVVVR.html](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsv erfahren/DE/2025_GAendVVVR.html).

**F) Wiederholungsfrage**

- **Warum stellt der Maklervertrag einen Vertrag dar, bei dem sich der Verbraucher i.S.v. § 312j III S. 1 BGB zur Zahlung verpflichtet?**

Zwar entsteht bei einem Maklervertrag die Verpflichtung des Maklerkunden zur Provisionszahlung erst, wenn er nach seiner freien Entscheidung das vom Makler nachgewiesene oder vermittelte Geschäft abschließt.

Eine Zahlungsverpflichtung des Verbrauchers i.S.d. § 312j III S. 1 BGB liegt aber auch dann vor, wenn er erst nach der Erfüllung einer weiteren Bedingung zur Zahlung der entgeltlichen Gegenleistung an den Unternehmer verpflichtet ist. Hierfür spricht sowohl, dass der Wortlaut nicht zwischen einer bedingten und unbedingten Zahlungsverpflichtung differenziert, als auch der Schutzzweck der Verbraucherrechte-RL, ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen.

**G) Zur Vertiefung****Der Kündigungsbutton**

- BGH, Life&LAW 12/2025, 795 ff.
- Tyroller/Hilkenbach, Life&LAW 09/2021, 629 (633 ff.)

BGH, Urteil vom 28.01.2026, VIII ZR 228/23 = NJW 2026, 664 ff. = [jurisbyhemmer](#)

## 2 Wenn Mieter zu gierig sind: Untervermietung mit Gewinn = Kündigung!

**+++ Untervermietung eines Teils der Wohnung +++ Berechtigtes Mieterinteresse +++ Treuwidrigkeit der Kündigung bei Anspruch auf Zustimmung +++ §§ 540, 553, 573, 242 BGB +++**

**Sachverhalt (stark vereinfacht):** M mietete eine Zweizimmerwohnung in Berlin. Die monatliche Kaltmiete betrug 460 €. Da M vorübergehend ins Ausland ziehen wollte, bat er Vermieter V um eine Erlaubnis zur Untervermietung, welche ihm V für die Zeit von Mitte Juli 2018 bis Ende Januar 2020 erteilte.

Da sich der Auslandsaufenthalt des M bis Ende Oktober 2020 verlängerte, vermietete er die Wohnung mit Untermietvertrag vom 27. Januar 2020 ab 2. Februar 2020 bis zum 31. Oktober 2020 an zwei Untermieter. Als Nettokaltmiete wurde ein Betrag in Höhe von monatlich 962 € zuzüglich eines Betriebs- und Heizkostenzuschusses in Höhe von 138 € vereinbart. M behielt einen Satz der Wohnungsschlüssel zurück und lagerte persönliche Gegenstände und Kleidung in einem abgegrenzten Bereich eines Zimmers.

M bat mit E-Mail vom 28. Januar 2020 bei V um eine Erlaubnis zur Untervermietung bis Ende Oktober 2020. Er teilte Namen und berufliche Tätigkeit der Untermieter mit. V reagierte auf die Anfrage nicht.

Im November 2020 fragte V bei M nach, ob er noch in der Wohnung lebe. M teilte daraufhin mit, die Wohnung sei untervermietet, er befinde sich nach wie vor im Ausland. Im Sommer 2021 stellte V fest, dass die Untermieter immer noch in der Wohnung lebten. Im Januar 2022 forderte V den M auf, die unerlaubte Untervermietung zu beenden. M weigerte sich, das Untermietverhältnis zu beenden. Er berief sich darauf, es sei für ihn notwendig, seine laufenden Kosten für die Wohnung durch die Untervermietung zu kompensieren, und bat erneut um eine Zustimmung zur Untervermietung.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2022 erklärte V die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses.

Da M die Wohnung nicht räumte, klagt V gegen M auf Räumung und Herausgabe der Wohnung.

Ist die Klage des V begründet?

### A) Sound

1. Der Wunsch des Wohnraummieters nach einer Verringerung der von ihm zu tragenden Mietaufwendungen ist – unabhängig davon, ob er auf eine solche Verringerung wirtschaftlich angewiesen ist – grundsätzlich als ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung im Sinne des § 553 I S. 1 BGB anzuerkennen.

2. Bittet in einem solchen Fall der Mieter um die Erlaubnis zur Untervermietung, kann er vom Vermieter die Zustimmung zur Untervermietung verlangen. Verweigert der Vermieter die Zustimmung und vermietet der Mieter gleichwohl einen Teil der Wohnung unter, kann es seitens des Vermieters treuwidrig sein (§ 242 BGB), sich auf die unerlaubte Untervermietung als ordentlichen Kündigungsgrund zu berufen.

3. Für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung fehlt es in diesen Fällen an einer erheblichen Verletzung der Rechte des Vermieters i.S.v. § 543 II Nr. 2 HS 1 BGB, so dass auch diese Kündigung unwirksam ist.

4. Ein berechtigtes Mieterinteresse i.S.d. § 533 I S. 1 BGB besteht indes nicht, wenn eine – über die Deckung der wohnungsbezogenen Aufwendungen hinausgehende – Gewinnerzielung des Mieters durch die Untervermietung des Wohnraums erfolgt.

### B) Problemaufriss

Die hier besprochene Entscheidung hat in den Medien große Resonanz ausgelöst. Die Darstellung in den „außerjuristischen“ Zeitungen war dabei oft stark verkürzt; insbesondere wurde der Zusammenhang zwischen „Gewinnerzielungsabsicht“ und ausgesprochener Kündigung oft sehr verkürzt und auch falsch wiedergegeben.

So wurde z.T. pauschal behauptet, die Untermiete dürfe nicht höher sein als die mit dem Hauptvermieter vereinbarte Miete. Das ist so schon einmal falsch für den Fall, dass der Vermieter der Untervermietung zugestimmt hat. In einem solchen Fall kann der Untermieter auch Gewinne mit der Untervermietung erzielen, ohne dass dies mietrechtliche Konsequenzen hätte.

In der juristischen Aufarbeitung ist daher zunächst von Bedeutung, die Thematik der zulässigen Untervermietung anhand der gesetzlichen Normen in den Griff zu bekommen.

### I. Die Vorschrift des § 540 BGB

Ausgangspunkt aller Überlegungen ist § 540 BGB. Nach dieser im Allgemeinen Mietrecht platzierten Vorschrift ist der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem *Dritten* zu überlassen, § 540 I S. 1 BGB.

Diese Grundaussage ist zivilrechtlich grundlogisch, weil der Mieter nicht einseitig auf den Inhalt des Vertrages einwirken kann. Der Vermieter, der in der Regel der Eigentümer ist, hat sich dazu entschlossen, die Ausübung des Nutzungsrechts einer oder mehreren bestimmten Personen zu überlassen. Daher haben nur diese Mieter ein Nutzungsrecht, und zwar auch nur zu den Konditionen, die im Mietvertrag vorgesehen sind.

Die Interessen des Mieters werden in diesem Fall allein dadurch geschützt, dass ihm ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt wird, wenn der Vermieter die Zustimmung grundlos verweigert. Grundlos ist die Verweigerung dann, wenn in der Person des Dritten kein wichtiger Grund vorliegt, § 540 I S. 2 BGB.

**Anmerkung:** Ein wichtiger Grund in der Person könnte z.B. darin zu sehen sein, dass dieser als stadtbekannter Drogendealer vorbestraft ist oder bereits in der Vergangenheit als sog. Mietnomade in Erscheinung getreten ist.<sup>1</sup>

Unabhängig davon, ob eine Untervermietung so dann mit oder ohne Zustimmung des Vermieters erfolgt, hat der Mieter für ein Verschulden seines Untermieters einzustehen, § 540 II BGB. Dabei handelt es sich um eine Spezialnorm gegenüber § 278 S. 1 Alt. 2 BGB.

Fraglich ist, wer „Dritter“ im Sinne des § 553 BGB ist. Parallel zu der Problematik im Rahmen des § 123 II BGB gibt es auch hier einen sog. „Nicht-

dritten“, bei dem die Aufnahme in die Wohnung gar keiner Zustimmung bedarf!<sup>2</sup>

Anerkannt ist dies im Hinblick auf Art. 6 I GG für Kinder, einen Ehegatten des Mieters sowie den Lebenspartner i.S.d. § 1 LPartG.

Umstritten ist die Frage bezogen auf nichteheliche Lebenspartner. Z.T. wird im Hinblick auf eine „Gleichstellung“ in anderen Vorschriften im Mietrecht (siehe § 562 II S. 3 BGB) dafür plädiert, auch hier eine zustimmungsfreie Aufnahme zuzulassen.

Dem hat der BGH völlig zu Recht eine Absage erteilt. Der Gesetzgeber habe das Mietrecht in den vergangenen Jahren mehrfach in Kenntnis dieser Problematik reformiert, aber keine Regelung getroffen. Daher sei zu unterstellen, dass eine derartige Ausdehnung des „Nichtdritten“ auch nicht gewollt war.<sup>3</sup>

Das für die Praxis maßgebliche Argument scheint aber die fehlende Überprüfbarkeit zu sein. Dem Missbrauch durch den Mieter wären Tür und Tor geöffnet, wenn er einfach nur behaupten müsste, die aufgenommene Person sei nichtehelicher Partner bzw. Partnerin.

### II. Die Vorschrift des § 553 BGB

Während § 540 BGB unabhängig davon gilt, ob eine bewegliche oder unbewegliche Sache vermietet wird, gilt § 553 BGB **ausschließlich**<sup>4</sup> im Wohnraummietrecht.

Die Vorschrift verdrängt nicht § 540 BGB, sondern **ergänzt** die Vorschrift lediglich.

Nach dem Wortlaut der Norm gilt § 553 BGB nur dann, wenn ein **Teil des Wohnraums** untervermietet wird. Wird der gesamte Wohnraum untervermietet, gilt auch im Wohnraummietrecht ausschließlich § 540 BGB.

**Anmerkung:** Der BGH ist auf diese Fragestellung in der vorliegenden Entscheidung mit keiner Silbe eingegangen. Dies wohl deshalb, weil diese Voraussetzung zwischen den Parteien tatsächlich nicht in Streit stand. Laut Sachverhalt der BGH-Entscheidung hatte der M lediglich persönliche Gegenstände und Kleidung in der Wohnung belassen und einen Wohnungsschlüssel zurückbehalten.

<sup>1</sup> Weitere Beispiele bei MüKo, § 540, Rn. 21.

<sup>2</sup> Davon zu trennen ist die Frage, ob der Mieter den Vermieter zumindest von der Aufnahme des „Nichtdritten“ informieren muss. Das wird nach einhelliger Ansicht bejaht, da der Vermieter ein schutzwürdiges Interesse daran hat, zu erfahren, wer in seinen Räumen wohnt. Dieses Interesse ergibt sich z.B. aus einem anderen Schlüssel bei der Umliegung der Nebenkosten (Müllgebühren etc.).

<sup>3</sup> BGH, **Life&LAW 04/2004, 229 ff.**

<sup>4</sup> Zwar werden gem. § 578 BGB die Vorschriften des Wohnraummietrechts z.T. auch bei Mietverträgen über Grundstücke bzw. Gewerberäume für entsprechend anwendbar erklärt; § 553 BGB gehört jedoch nicht dazu.

Nach MüKo, § 553, Rn. 4 ist eine Teilüberlassung bei einer Einzimmerwohnung generell ausgeschlossen (a.A. BGH, s.u.). Das deutet darauf hin, dass eine „Teilüberlassung“ eine eigenständige Nutzbarkeit des Rests der Wohnung durch den Mieter (= Untervermieter) verlangt. Nach a.A. ist von einem Teil der Wohnung nur dann auszugehen, wenn dem Mieter zumindest die Hälfte der Wohnung zur Nutzung verbleibt.<sup>5</sup> Diese „Restnutzung“ durch den M war offensichtlich überhaupt nicht geplant, da er für längere Zeit ins Ausland verzogen war. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ist es nicht erforderlich, seinen Lebensmittelpunkt in der alten Wohnung zu behalten.<sup>6</sup> Vielmehr genügt es, wenn der Mieter tatsächlich noch in der Lage ist, die Wohnung teilweise zu nutzen. Offenbar genügte vorliegend dafür das Zurückbehalten eines Wohnungsschlüssels aus. Komisch mutet dies allerdings schon an, zumal der M sämtliche (!) Möbel zum Gegenstand der Untermiete gemacht hatte. Man kann nur hoffen, dass ein Klausurersteller bezogen auf diesen Aspekt mit klaren Vorgaben im Sachverhalt arbeitet.

Sofern der Mieter nach Vertragsschluss ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung hat, kann er aber auch im Rahmen des § 553 I S. 1 BGB nicht einfach zur Tat schreiten und die Untervermietung durchführen. Auch hier muss der Vermieter zustimmen. Im Unterschied zu § 540 I BGB hat der Mieter allerdings einen Anspruch auf Zustimmung.

**Mit anderen Worten:** Holt er diese Zustimmung nicht vorher ein, liegt in der Untervermietung eine vertragliche Pflichtverletzung. Wenn diese Pflichtverletzung vom Vermieter zum Anlass genommen wird, das Mietverhältnis außerordentlich zu kündigen, stellt sich die Frage, ob es sich auf die Wirksamkeit der Kündigung auswirkt, dass die Voraussetzungen für den Anspruch auf Zustimmung vorgelegen haben.<sup>7</sup> Diese Verknüpfung zwischen § 553 BGB und einer Vermieterkündigung wird in der Lösung näher beleuchtet werden.

<sup>5</sup> BeckOK, § 553, Rn. 4 n.w.N.

<sup>6</sup> Es kann nach BGH sogar ein schutzwürdiges Interesse an einer Überlassung bestehen, wenn eine Ein-Zimmer-Wohnung gemietet wurde, **Life&LAW 03/2024, 152 ff.**; zum schutzwürdigen Interesse, wenn die Überlassung an den Dritten aus humanitären Gründen erfolgen soll: BGH, **Life&LAW 03/2024, 172 f.**

<sup>7</sup> Verweigert der Vermieter die Zustimmung zu Unrecht, liegt darin jedenfalls eine Pflichtverletzung, die eine Schadensersatzhaftung gem. § 280 I BGB auslösen kann, vgl. dazu BGH, **Life&LAW 09/2014, 637 ff.** (konkret: entgangene Untermiete als Schaden).

Im vorliegenden Fall ging es um eine teilweise Überlassung an einen Dritten. Fraglich war, ob dem M ein Anspruch auf Erlaubniserteilung mit der vorgebrachten wirtschaftlichen Interessenlage zustand und wie sich dieser Anspruch auf die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung auswirkt.

## C) Lösung

Zu prüfen ist, ob die auf Räumung und Herausgabe gerichtete Klage des V gegen M begründet ist. Das wäre dann der Fall, wenn dem V ein entsprechender Anspruch gegen M zustünde.

### I. Anspruch aus § 546 I BGB

Ein Anspruch auf Räumung der Wohnung könnte sich aus § 546 I BGB ergeben. Dann müsste der zwischen V und M abgeschlossene Mietvertrag beendet gewesen sein.

Eine Beendigung könnte durch die von V ausgesprochene außerordentliche Kündigung erfolgt sein.

**Anmerkung:** War der Mietvertrag bereits von Anfang an unwirksam, konnte das Mietverhältnis nicht enden, da es nie begonnen hat. In diesem Fall besteht (lediglich) ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB und nach § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB.

### 1. Kündigung formal in Ordnung

Die Kündigung erfolgte laut Sachverhalt schriftlich und entsprach damit dem Formerfordernis des § 568 I BGB.

### 2. Grund zur außerordentlichen Kündigung gem. § 543 II S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB

Fraglich ist allerdings, ob auch ein wichtiger Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung vorlag, § 543 I S. 1 BGB. In Betracht kommt das Regelbeispiel gem. § 543 II S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB, da M die Mietsache möglicherweise unbefugt einem Dritten zum Gebrauch überlassen hat.

**Anmerkung:** Die Vorinstanz<sup>8</sup> hat sich einfach darauf gestützt, dass jedenfalls die ordentliche Kündigung wirksam sei, d.h. das Vorliegen des wichtigen Grundes i.S.d. § 543 BGB wurde einfach offengelassen. Der BGH hat sich ebenfalls ausschließlich mit § 573 II Nr. 1 BGB auseinandergesetzt.

Nachvollziehbar ist dies in prozessualer Hinsicht deshalb, weil im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die ordentliche Kündigungsfrist bereits abgelaufen war. In der Klausur müssen Sie sich aber natürlich erst mit der außerordentlichen Kündigung befassen. Vom Aufbau der Prüfung des Kündigungsgrundes ergibt sich letztlich inhaltlich kein gravierender Unterschied. Allerdings müssen Sie bei der Subsumtion unter § 543 II S. 1 Nr. 2 BGB bzw. § 573 II Nr. 1 BGB differenzieren, an welcher Stelle das Thema „Anspruch auf Zustimmung zur Gebrauchsüberlassung“ anzusprechen ist!

#### a) Keine Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung

Eine Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung für den relevanten Zeitraum ab Februar 2020 lag nicht vor. Weder sah der Mietvertrag eine vorbehaltlose Gestattung der Untervermietung vor, noch hat V auf die Anfrage des M bejahend reagiert. Da das Schweigen des V keine Zustimmung bedeutet, lag eine unzulässige Untervermietung vor, § 540 I S. 1 BGB.

**Anmerkung:** Für diese Feststellung bedarf es keines Rückgriffs auf § 553 I BGB, da auch diese Vorschrift nicht eine erlaubnislose Überlassung an einen Dritten gestattet!!!

#### b) Verletzung der Vermieterrechte in erheblichem Maße?

Fraglich ist, ob in der unberechtigten Untervermietung auch eine Verletzung der Rechte des Vermieters in „erheblichem Maße“ zu sehen ist.

In diesem Zusammenhang ist zu klären, ob es sich auf die Wirksamkeit der Kündigung auswirkt, dass M möglicherweise ein berechtigtes Interesse an der Überlassung an U hatte.

**Anmerkung:** An dieser Stelle „scheiden sich nun die Geister“ hinsichtlich der Begründung. Nach überzeugender Ansicht der Literatur lässt das berechnigte Mieterinteresse die **Erheblichkeit** der Verletzung der Vermieterrechte entfallen.<sup>9</sup>

Der BGH hat diese Frage bislang – soweit ersichtlich – nur für die ordentliche Kündigung entschieden und arbeitet hier mit § 242 BGB.<sup>10</sup> Das tut er auch in der vorliegenden Entscheidung („Sound 2“). Da Sie in der Klausur aber die außerordentliche Kündigung vorab zu prüfen haben, haben wir den „Aufhänger“ im Rahmen des § 543 II Nr. 2 BGB mit der Literatur bei der erheblichen Rechtsverletzung des Vermieters gewählt („Sound 3“). Im Ergebnis scheitern bei einem Anspruch auf Zustimmung also beide Kündigungen!

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Pflichtverletzung des Mieters auch erheblich ist; die Tatsache, dass er um Erlaubnis gebeten hat, zeigt, dass ihm das Erfordernis der Erlaubnis bewusst war. Wenn er sodann unabhängig von der Erteilung eine Untervermietung vornimmt, verhält er sich bewusst vertragswidrig.

**Anmerkung:** Erheblich wird diese Pflichtverletzung also immer sein. § 573 BGB fordert dies bereits vom Wortlaut her. Dann muss für das Vorliegen einer außerordentlichen Kündigung aber „erst recht“ eine erhebliche Pflichtverletzung bejaht werden. Das war für den Gesetzgeber wohl so selbstverständlich, dass er das Wort „erhebliche“ Pflichtverletzung gar nicht mehr artikuliert hat.

Fraglich ist, jedoch, ob durch diese Pflichtverletzung auch die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt wurden.

**Anmerkung:** Noch einmal: Im Rahmen der ordentlichen Kündigung müsste nun gefragt werden, ob das Berufen auf die Pflichtverletzung treuwidrig ist. Bei § 543 II Nr. 2 BGB ist dieser „Notnagel“ nicht erforderlich, weil schon der Wortlaut der Norm eine Lösung zugunsten des Mieters erlaubt!

#### aa) Anspruch auf Erlaubniserteilung lässt erhebliche Rechtsverletzung auf Vermieterseite entfallen

Das wäre dann der Fall, wenn V auf die Anfrage des M hin die Erlaubnis hätte erteilen müssen. In diesem Fall hätte er seinerseits eine vertragliche Pflichtverletzung begangen, bei deren Nichtvorliegen der Kündigungsgrund gar nicht vorgelegen hätte (Rechtsgedanke des § 162 I BGB).

<sup>8</sup> LG Berlin, NZW 2024, 34 ff.

<sup>9</sup> Beck/OK, § 543, Rn. 32 n.w.N.

<sup>10</sup> BGH, NJW 2011, 1065 ff. = [jurisbyhemmer](#) für den Fall einer ordentlichen Kündigung.

## bb) Bestand der Anspruch aus § 553 I S. 1 BGB?

Zu prüfen ist daher, ob der M einen Anspruch auf Erlaubniserteilung hatte. Zwar normiert § 540 I BGB einen derartigen Anspruch nicht. Ein solcher könnte sich aber aus § 553 I S. 1 BGB ergeben, wenn man unterstellt, dass M nur einen Teil der Wohnung an U überlassen hat (vgl. dazu den Problemaufriss). Dann müsste M ein berechtigtes Interesse i.S.d. Norm aufzeigen. M trägt vor, die Untervermietung sei für ihn notwendig gewesen, da es ihm nur so möglich gewesen sei, eine Kompensation für die laufenden Kosten der Wohnung zu erzielen.

### (1) Grundsätzliche Anforderungen an das berechnete Mieterinteresse

Ein berechtigtes Interesse ist anzunehmen, wenn dem Mieter vernünftige Gründe zur Seite stehen, die seinen Wunsch nach Überlassung eines Teils der Wohnung an Dritte nachvollziehbar erscheinen lassen.<sup>11</sup>

Hierbei ist als berechnete jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang steht.

### (2) Kompensationsinteresse ausreichend?

Ob das Interesse, die Wohnung gewinnbringend unterzuvermieten, als berechnete i.d.S. anzusehen ist, ist durch Auslegung der Vorschrift des § 553 BGB zu ermitteln. Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt.

Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen.<sup>12</sup>

Der Wortlaut erlaubt die Beantwortung der vorliegenden Fragestellung nicht. Dem Sinn und Zweck der Norm entspricht es, einen billigen Ausgleich zwischen den Interessen des Mieters und des Vermieters zu schaffen. Der Mieter, der die gemietete Wohnung einem Dritten zum Gebrauch überlassen will, nicht lediglich kündigen können, wenn der Vermieter der Überlassung nicht zustimmt. Der Gesetzgeber wollte das Interesse des Wohn-

raummieters an der teilweisen Überlassung stärken und hat ihm im Rahmen des § 553 I S. 1 BGB einen Anspruch auf Zustimmung eingeräumt.

Das schützt den Mieter, dem bei einer wesentlichen Änderung der Lebensverhältnisse **das Mietverhältnis erhalten bleiben soll**, indem er einen Teil der Wohnung untervermietet.

**Anmerkung:** Der BGH schmückt diese Erwägungen noch mit den Gesetzesmaterialien älterer Gesetze. Er bezieht sich u.a. auf § 14 des Reichsmietengesetzes, in dem bei Untervermietung verlangt wurde, dass sich die Untermiete in einem angemessenen Verhältnis zur Hauptmiete befindet. Er schreibt dem heutigen Gesetzgeber zu, sich an diesen Erwägungen bei Schaffung des § 553 I BGB bzw. dessen Vorgängernorm im BGB orientiert zu haben. Derartige gescheshistorische Erwägungen können Ihnen freilich in der Klausur nicht abverlangt werden.

Daher ist der Wunsch des Mieters nach einer Verringerung der von ihm zu tragenden Mietaufwendungen – unabhängig davon, ob er auf eine solche Verringerung wirtschaftlich angewiesen ist – grundsätzlich als berechnetes Interesse i.S.d. § 553 I S. 1 BGB anzuerkennen.<sup>13</sup>

### (3) Aber kein darüberhinausgehendes Gewinninteresse

Hiervon umfasst ist indes nicht die hier in Rede stehende, über die Deckung der wohnungsbezogenen Aufwendungen hinausgehende Gewinnerzielung durch Untervermietung.

Das Besitzrecht an einer gemieteten Wohnung ist zwar „Eigentum“ i.S.d. Art. 14 I GG, da es für jedermann regelmäßiger Mittelpunkt der privaten Existenz ist. Auf ihren Gebrauch ist der Einzelne für die Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Sicherung seiner Freiheit und zur Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen.

Jedoch kann der Mieter über diese - der Verwirklichung des Mietvertragszwecks dienende - Intention hinausgehend nur eingeschränkt über sein Besitzrecht verfügen.

Die wirtschaftliche Verwertung der Wohnung, mithin die Befugnis, aus deren vertraglicher Überlassung zur Nutzung durch andere den Ertrag zu ziehen, der zur finanziellen Grundlage für die eigene Lebensgestaltung beiträgt, ist deren Eigentümer zugewiesen.

<sup>11</sup> BGH, NJW 2014, 2717 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>12</sup> BGH, NJW 2025, 3070 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>13</sup> So schon BGH, NJW 2006, 1200 ff.; NJW 2014, 2717 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Vor diesem Hintergrund reicht die grundrechtlich geschützte Rechtsposition des Mieters nicht so weit, dass ihm i.R.d. Vorschrift des § 553 I BGB ein Recht auf gewinnbringende Untervermietung der Wohnung zuzubilligen wäre.

Dass diese Betrachtung mittelbar auch die Interessen des Untermieters betrifft, liegt in der Natur der Sache. Der Umstand, dass dieser die Wohnung räumen muss, wenn das Hauptmietverhältnis aufgrund einer in der unberechtigten Untervermietung liegenden Pflichtverletzung des Hauptmieters gekündigt wird, beruht auf einer Wertentscheidung des Gesetzgebers, wonach der Untermieter einen geringeren Bestandsschutz als der Hauptmieter genießt. Der Untermieter trägt das Risiko, dass im Einzelfall die Untervermietung unberechtigt erfolgt. Er hat dementsprechend auch das Risiko einer daraufhin ausgesprochenen Kündigung zu tragen.

Der Mieter kann sich nicht auf den Schutz des Untermieters berufen, wenn er gegenüber dem Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Überlassung geltend zu machen versucht. Dies gebietet bereits die Relativität schuldrechtlicher Beziehungen.

Im Übrigen schützt die hiesige Rechtsprechung letztlich auch Untermieter vor überzogenen Mietforderungen der Hauptmieter und trägt damit zu einer Dämpfung der ohnehin schon hohen Mieten bei.

#### (4) Übertragung auf den vorliegenden Fall

M hat im vorliegenden Fall eine im Verhältnis zur Hauptmiete mehr als doppelt so hohe Untermiete verlangt. Das lässt sich mit dem generell geschützten Kompensationsinteresse nicht mehr legitimieren und wird auch nicht dadurch aufgewogen, dass die Räume möbliert zur Nutzung überlassen wurden.

**Zwischenergebnis:** Ein berechtigtes Interesse des M an der Überlassung an U lag nicht vor. Daher musste der V der Überlassung auch nicht zustimmen. Daher liegt eine erhebliche Verletzung der Vermieterrechte vor, so dass § 543 II Nr. 2 BGB einschlägig ist.

Auf die Wirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentliche Kündigung kommt es daher nicht mehr an.

Ein Anspruch auf Räumung der Wohnung aus § 546 I BGB besteht daher.

## II. Sonstige Anspruchsgrundlagen

V kann sein Herausgabebegehren auch auf § 985 BGB stützen, da M mit der wirksamen Kündigung sein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 I S. 1 BGB verloren hat.

Ebenso besteht ein Anspruch aus § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB, da mit der Kündigung der rechtliche Grund für die Besitzerlangung weggefallen ist.

Zudem liegt in der Vorenthaltung der Mietsache trotz wirksamer Kündigung eine Eigentumsverletzung, so dass V von M Herausgabe der Wohnung auch nach §§ 823 I, 249 I BGB im Wege des Schadensersatzes durch Naturalrestitution verlangen kann.

## III. Endergebnis

V kann von M die Räumung und Herausgabe der Wohnung verlangen. Die Klage des V ist daher begründet.

## D) Kommentar

**(cda).** Der BGH liefert eine ausgewogene und nachvollziehbare Entscheidungsbegründung ab.

Dabei werden die Interessen des Vermieters mit jenen des Mieters in einen angemessenen Ausgleich gebracht. M hat vorliegend versucht, seinen Auslandsaufenthalt durch den Gewinn aus der Wohnung zu finanzieren. Warum sollte er die Möglichkeit dazu mit einer fremden Wohnung bekommen? Das Erhaltungsinteresse, welches der Gesetzgeber bei Schaffung des § 553 I BGB vor Augen hatte, rechtfertigt dies nicht.

Wichtig ist für Sie, dass Sie die Querverbindung zwischen dem berechtigten Mieterinteresse i.S.d. § 553 I S. 1 BGB zum Ausspruch einer Vermieterkündigung realisieren.

V hatte zunächst versucht, das Mietverhältnis zugunsten des M zu erhalten, indem er zunächst eine Beendigung des Untermietverhältnisses verlangte, § 541 BGB. Da M dem nicht nachkam, wurde gekündigt.

Im **hemmer-background** zu dieser Entscheidung soll diskutiert werden, ob V noch auf eine andere Art und Weise auf die „Untervermietung mit Gewinn“ hätte reagieren können.

## E) Background

Es soll der Frage nachgegangen werden, ob V einen Anspruch gegen M auf Zahlung des „Übererlöses“ hat, also auf den Betrag, der die tatsächlich vereinbarte Miete im Hauptmietverhältnis übersteigt. Insoweit hätte V ggfs. gar kein Interesse daran, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, da er eine Neuvermietung nach Kündigung zu entsprechenden Konditionen kaum realisieren könnte.

## I. Anspruch aus § 280 I BGB

Da die unberechtigte Gebrauchsüberlassung eine vertragliche Pflichtverletzung darstellte (s.o.), hat M den Tatbestand des § 280 I BGB verwirklicht.

Fraglich ist allerdings, ob dem V dadurch ein Schaden entstanden ist. Zwar könnte der V bei Zustimmung zur Überlassung eine angemessene Erhöhung der Miete bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gem. § 553 II BGB verlangen.

Das Ausbleiben dieser Mieterhöhung stellt aber keinen kausalen Schaden als entgangenen Gewinn dar, da es sich bei der potentiellen Erhöhungsmöglichkeit nicht um eine Folge der unberechtigten Gebrauchsüberlassung (= Pflichtverletzung) handelt. Im Übrigen erscheint es eher unwahrscheinlich, dass sich eine Erhöhung in dem hiesigen Umfang gem. § 553 II BGB ergeben hätte, § 252 S. 2 BGB.

## II. Anspruch aus §§ 687 II, 681 S.2, 667 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch auf Erlösherausgabe könnte sich jedoch aus §§ 687 II, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB ergeben.

Unabhängig vom fehlenden Fremdgeschäftswillens müsste M jedoch zunächst ein fremdes Geschäft (§ 687 I BGB) geführt haben.

„Untervermietung“ ist jedoch schon begrifflich stets ein eigenes Geschäft des Mieters. Es obliegt nicht dem Vermieter, darüber zu entscheiden, ob Untervermietung stattfindet. Dadurch, dass die Untervermietung unberechtigt erfolgt, wird sie nicht zu einem Geschäft des Vermieters.

## III. Anspruch aus §§ 987 I, 990 I BGB

Zwar stellt das Erzielen eines Untermieterlöhese eine Fruchtziehung und damit eine Nutzung i.S.d. Vorschrift des § 987 I BGB dar. Es handelt sich um eine sog. mittelbare Rechtsfrucht, § 99 III BGB.

Ein Anspruch aus §§ 987, 990 BGB scheitert jedoch am Vorliegen einer Vindikationslage im Zeitpunkt der Nutzungsziehung.

Auch einer alten Mindermeinung in der Literatur, die mit der Figur des „nicht-so-berechtigten“ Besitzers das Vorliegen eines EBV bejahen möchte, ist nicht zu folgen.

Andernfalls würde jede vertragliche Pflichtverletzung neben dem Vertragsrecht auch den Anwendungsbereich des EBV eröffnen. Sinn und Zweck der EBV-Regelungen ist es aber nicht, das Fehlen einer gewünschten Rechtsfolge im Vertragsrecht (Erlösherausgabe) zu kaschieren.

**Anmerkung:** Demgegenüber wäre diese Anspruchsgrundlage von Bedeutung, wenn der Mieter die Untervermietung nach wirksamer Kündigung des Mietvertrages fortsetzt und nach wie vor die Untermiete „kassiert“. Denn dann werden die Nutzungen zu einem Zeitpunkt gezogen, zu dem kein Recht zum Besitz mehr besteht. Problematisch ist in diesem Fall das Verhältnis zu § 546a BGB, der möglicherweise eine abschließende Regelung darstellt. Nach dieser Norm könnte V von M als Entschädigung nach wie vor die vereinbarte Miete bzw. – sofern höher – die ortsübliche Miete verlangen. § 987 I BGB wäre der Höhe nach nicht auf die ortsübliche Miete beschränkt. Jedenfalls nach Rechtshängigkeit der entsprechenden Räumungsklage könnte V auf diese Anspruchsgrundlage zugreifen, vgl. §§ 292 II, 987 I BGB.<sup>14</sup>

## IV. Anspruch aus § 823 I BGB

Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 823 I BGB. Es ist schon zweifelhaft, ob eine Eigentumsverletzung vorliegt, da V sich der Nutzungsmöglichkeit während der Mietzeit begeben hat. Sofern man dies unter dem Aspekt der Ausschlussfunktion des Eigentums anders sieht, fehlt es jedenfalls am kausalen Schaden (s.o.).

## V. Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB (analog)

Da M zur Untervermietung nicht berechtigt war, könnte man an eine Erlösherausgabe gem. § 816 I S. 1 BGB denken. In Betracht kommt allenfalls eine analoge Anwendung der Norm, da in der Untervermietung keine Verfügung liegt.

Eine analoge Anwendung könnte man vor dem Hintergrund diskutieren, dass ein Mietverhältnis wegen des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 566 BGB) eine quasidingliche Wirkung hat.

Gleichwohl ist die Interessenlage nicht vergleichbar. § 816 I S. 1 BGB ist Rechtsfortwirkungsanspruch und tritt bei wirksamer Verfügung an die Stelle des § 985 BGB, indem man dem ehemaligen Eigentümer zumindest den Erlös zuspricht, den der Nichtberechtigte erzielt hat.

Vorliegend fehlt es aber an einem endgültigen Vermögensverlust, V ist und war Eigentümer und kann gem. § 985 BGB vom Untermieter Herausgabe (an den Mieter) verlangen.

Würde man § 816 I S. 1 BGB analog anwenden, würden § 985 BGB und § 816 I S. 1 BGB nebeneinanderstehen.

Das ist nicht überzeugend.

<sup>14</sup> Vgl. vertiefend dazu BGH, **Life&LAW 03/2026**, 151 ff. = NJW-RR 2025, 1292 ff. = [jurisbyhemmer](#).

## VI. Anspruch aus §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II Alt. 1 BGB

In Betracht käme allenfalls ein Anspruch aus Nichtleistungskondiktion gem. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.

M hat als Vermögensvorteil die Möglichkeit zur angemäÙsten Untervermietung erlangt.

**Anmerkung:** Würde V direkt die erzielte Untermiete herausverlangen, würde dies bereits am Vorrang der Leistungsbeziehung (U/M) scheitern. Daher kann es vorliegend nur um Wertersatz i.S.d. § 818 II Alt. 1 BGB gehen.

Dann müsste M mit der Untervermietung in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts eingegriffen haben. Das ist dann der Fall, wenn sich jemand Befugnisse zunutze macht, die dem Rechtsinhaber zugewiesen sind.

Wie bereits im Rahmen der GoA-Prüfung ausgeführt, liegt die Befugnis, über die Frage der Untervermietung zu entscheiden, aber niemals beim Vermieter. Dass auch für den Mieter bestimmte Voraussetzungen dafür vorliegen müssen, ändert nichts daran, dass jedenfalls der Vermieter als Eigentümer nicht darüber befinden kann, ob eine Untervermietung stattfindet.

**Ergebnis:** Ein Anspruch auf Herausgabe der überhöhten Untermiete besteht im laufenden Mietverhältnis nicht. Die Befugnisse des Vermieters sind im Mietrecht abschließend geregelt, wenn eine unberechtigte Untervermietung stattfindet (§ 541 BGB bzw. Kündigung – siehe Fallbesprechung).

## F) Wiederholungsfrage

- **Woraus ergibt sich die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung gem. § 573 II Nr. 1 BGB bei unberechtigter Untervermietung, wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung versagt?**

Der Vermieter verhält sich treuwidrig, wenn er sich auf eine Pflichtverletzung des Mieters beruft, sich selbst aber nicht vertragskonform verhält. Insoweit ist es ihm gem. § 242 BGB versagt, sich auf den Kündigungsgrund der unberechtigten Untervermietung zu berufen.

## G) Zur Vertiefung

### Zur Untervermietung

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT II, Rn. 71 ff.

BGH, Beschluss vom 26.06.2025 – V ZB 48/24, NJW 2025, 3354 ff. = [jurisbyhemmer](#)

### 3 Grundbuchfähigkeit einer noch nicht gezeugten Person

+++ Grundbuchfähigkeit +++ Rechtsfähigkeit +++ §§ 1, 1113, 1191, 2101 BGB, §§ 19, 22, 53 GBO  
+++

**Sachverhalt (verkürzt):** A ist Vorerbin ihrer im Jahr 2003 verstorbenen Mutter (Erblasserin). Im Testament der Erblasserin hieß es unter anderem:

„**Nacherbfolge ist angeordnet. Sie tritt mit dem Tod der Vorerbin ein. Nacherben sind die Kinder der Vorerbin, ersatzweise ihre Geschwister.**“

Zum Nachlass gehörte unter anderem ein Grundbesitz, den die A unter der vormundschaftsgerichtlichen Auflage, den Kaufpreis mündelsicher anzulegen, veräußerte. Zur Erfüllung dieser Auflage bewilligte die zu diesem Zeitpunkt weiterhin kinderlose A an einem anderen in ihrem Eigentum befindlichen Grundstück eine brieflose Grundschuld. In dem im Grundbuch eingetragenen Vermerk hieß es:

„**Gläubiger der Grundschuld sind die Nacherben der E. Diese sind die Kinder der A, ersatzweise die Geschwister, in Erbengemeinschaft.**“

Ferner gab die A in der Bewilligungsurkunde an, kinderlos zu sein. Die Grundschuld wurde zugunsten der vorgenannten Vorerben im Grundbuch eingetragen. Ca. 20 Jahre später beantragte die A unter Vorlage der Löschungsbewilligungen „der Geschwister“ die Löschung der eingetragenen Grundschuld, da sie weder leibliche noch an Kindes statt angenommene Kinder habe und altersbedingt auch keine Kinder mehr bekommen könne. A ist der Auffassung, dass die Grundschuld nun gegenstandslos sei.

Das Grundbuchamt hat der A per Zwischenverfügung aufgegeben, eine Löschungsbewilligung von einem für etwaige unbekannte Nacherben zu bestellenden Pfleger beizubringen. Die A ist demgegenüber aber der Ansicht, dass dies nicht erforderlich sei, da schließlich noch nicht gezeugte Personen ohnehin nicht rechts- und damit auch nicht grundbuchfähig seien.

**Hat A einen Anspruch auf Löschung der Grundschuld aus dem Grundbuch?**

**Bearbeitungshinweis:** Auf die Vorschriften §§ 19, 22, 29, 46 und 53 GBO wird verwiesen.

#### A) Sound

Eine noch nicht gezeugte Person kann Inhaberin eines – durch ihre Lebendgeburt bedingten – Grundpfandrechts sein und ein solches erwerben. Daher ist die Eintragung eines Grundpfandrechts zugunsten noch nicht gezeugter Nachkommen in das Grundbuch nicht inhaltlich unzulässig i.S.v. § 53 I S. 2 GBO.

#### B) Problemaufriss

Ausgangspunkt ist die Frage, ob ein Grundstücksrecht – hier ein Grundpfandrecht in Form der Grundschuld – für eine noch nicht gezeugte Person, einen sog. *nondum conceptus*, eingetragen werden kann.

Als *nondum conceptus* bezeichnet man also das rein zukünftige menschliche Leben.

Bei der Beantwortung der Frage geht es um die **Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB**, die bei einer natürlichen Person erst mit Vollendung der Geburt vorliegt. Die Geburt ist nach dem historischen Gesetzgeber in dem Augenblick vollendet, in dem das Kind vollständig aus dem Mutterleib ausgetreten ist; eine Abnabelung ist nicht erforderlich.<sup>1</sup>

**hemmer-Methode:** Abzugrenzen ist der *nondum conceptus* vom sog. *nasciturus*. Dieser ist bereits gezeugt, aber noch nicht geboren. Mit der Zeugung ist nach der h.M. die Einnistung des Eies in die Gebärmutter gemeint.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Motive zum BGB, Bd. I, S. 20.

<sup>2</sup> Statt vieler Martinek/Heine, jurisPK-BGB, Bd. I, 10. Aufl., 2023, § 1 BGB Rn. 13 = [jurisbyhemmer](#).

Der *nasciturus* ist gem. § 1922 II BGB erbfähig und wird als „anderer“ i.S.d. § 823 I BGB gegen vorgeburtliche Schädigungen geschützt.<sup>3</sup>

Er hat infolge der Tötung seines Unterhaltspflichtigen einen Ersatzanspruch gem. § 844 II BGB. Der *nasciturus* ist zwar noch nicht rechtsfähig, wird jedoch unter dem Vorbehalt der späteren Lebendgeburt in bestimmten Bereichen wie ein bereits geborener Mensch fingiert, etwa im Erb- und Schadensersatzrecht.

Verwiesen wird hier auf die im Examen atypische Vorschrift des § 53 GBO, die zwar nicht zum Pflichtprüfungstoff zählt, aber – sofern darauf verwiesen wird – abgeprüft werden kann. Freilich wird hier keine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Vorschrift erwartet. Die nachfolgende Lösung geht über das, was im Examen bei der Subsumtion dieser Vorschrift abverlangt wird, weit hinaus. Erwartet werden kann aber, dass mit den Kenntnissen der allgemeinen Gesetzesauslegung ein überzeugendes und vertretbares Ergebnis formuliert wird.

Den Aufhänger hätte man vorliegend auch ohne „Brücke“ des § 53 GBO in Klausurform gießen können, indem die Frage unmittelbar nach der **materiellrechtlichen Bestellung einer Vormerkung oder eines Grundpfandrechts** gestellt wird. Hier haben wir uns bewusst an dem Originalfall orientiert, um das **Verhältnis zwischen Grundbuchverfahrensrecht und materiellem Zivilrecht** aufzuzeigen.

**Anmerkung:** Obwohl das Grundbuchverfahrensrecht eine dem materiellen Recht „dienende Funktion“ hat, besteht ein praxisrelevanter Unterschied zwischen Grundbuchverfahrens- und materiellem Recht:

Materiellrechtlich sind Vollmacht (§ 167 II BGB) und Genehmigung (§§ 177 I, 184 I, 182 II BGB) formfrei. Im Grundbuchverfahren reicht aber eine nach materiellem Recht z.B. ausreichende privatschriftliche Erklärung nicht aus: Nach § 29 I GBO muss sie öffentlich oder öffentlich beglaubigt nachgewiesen werden, andernfalls ist der grundbuchrechtliche Vollzug (z.B. Eigentumsumschreibung, § 20 GBO) ausgeschlossen.

Hat das Grundbuchgericht **vorschriftswidrig eine Eintragung** vorgenommen, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist – weil es eine in Wirklichkeit nicht bestehende Rechtslage verlautbart –, so hat eine solche Eintragung zwar für sich genommen **keine materiellen Rechtswirkungen**.

<sup>3</sup> Martinek/Heine, jurisPK-BGB, a.a.O., § 1 Rn. 14.

Es besteht aber die Gefahr, dass die Eintragung im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs einem Gutgläubigen gegenüber über die Vorschriften §§ 892, 893 BGB Wirksamkeit erlangt. Der Amtswiderspruch dient mithin zusätzlich dem Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen wegen Pflichtverletzungen des Grundbuchamts.<sup>4</sup>

Darüber hinaus drohen Rechtsverluste durch Ersitzung oder Verjährung nach §§ 900, 901 BGB. Um dies und die daraus dem Staat ggf. drohenden Regressansprüche auszuschließen, sieht § 53 I S. 1 GBO die Eintragung eines sog. **Amtswiderspruchs** vor. Dieser entfaltet die Wirkungen aus §§ 892 I S. 1, 900 I S. 3, 902 II BGB.

Eine **ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung** ist rechtlich bedeutungslos, steht nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens und kann nicht Grundlage weiterer Eintragungen sein.<sup>5</sup> Um einerseits Unkundige vor Täuschungen zu bewahren und andererseits das Grundbuch zu entlasten, ist die Kennzeichnung der Bedeutungslosigkeit solcher Eintragungen im öffentlichen Interesse angebracht. Sie erfolgt nach § 53 I S. 2 GBO im Wege der **Löschung von Amts wegen**. Dies ist ein Unterschied zum materiellen Recht, bei dem nach § 899 BGB ein Widerspruch nur aufgrund des Tätigwerdens des Berechtigten notwendig ist (regelmäßig durch Bewilligung nach § 19 GBO).

**Praxistipp:** In der Praxis erfolgt die Löschung von Amts wegen, also nicht aufgrund eines „Antrags“ der Beteiligten, sondern vielmehr durch eine informelle „Anregung“.<sup>6</sup>

## C) Lösung

Fraglich ist, ob A ein Anspruch auf Löschung der Grundschuld aus dem Grundbuch nach § 53 I S. 2 GBO zusteht.

### I. Anspruch auf Löschung der Grundschuld nach § 53 I S. 2 GBO

A könnte einen Anspruch auf Löschung der Grundschuld nach § 53 I S. 2 GBO haben. Nach dieser Vorschrift ist eine Eintragung von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist.

<sup>4</sup> Hier nur BGH, NJW 1957, 1229; NJW 1985, 3070, 3071 = jurisbyhemmer.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, NJW 1995, 2851, 2854 = jurisbyhemmer.

<sup>6</sup> Vgl. Meikel/Schneider, GBO, § 53 GBO, Rn. 115.

**Anmerkung:** Die Löschung von Amts wegen bedeutet zudem, dass es bei der Prüfung dieses Anspruchs keinen Anspruchsgegner wie bei einem materiellrechtlichen Anspruch gibt.

## 1. Inhaltliche Unzulässigkeit der eingetragenen Grundschuld

Die Eintragung der Grundschuld zugunsten der Nacherben der Erblasserin E in dem Grundbuch müsste inhaltlich unzulässig sein.

### a) Allgemeiner Maßstab der inhaltlichen Unzulässigkeit nach § 53 I S. 2 GBO

Inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 I S. 2 GBO ist eine Eintragung, die ihrem Inhalt nach einen **Rechtszustand oder -vorgang verlautbart, den es nicht geben kann.**

**Anmerkung:** Hierher gehören Eintragungen, die entweder gar kein Recht, sondern eine Tatsache, oder zwar ein Recht, aber nicht ein dingliches Recht, sondern ein persönliches Recht zum Gegenstand haben, oder dingliche Rechte, die nicht eintragungsfähig sind.<sup>7</sup> Hierunter fällt z.B. die Eintragung öffentlicher Lasten, deren Eintragung weder gesetzlich angeordnet noch zugelassen ist (vgl. § 54 GBO).<sup>8</sup>

Gleiches gilt, wenn die Eintragung im Grundbuch **etwas Widersprüchliches verlautbart** und ihre Bedeutung auch nicht durch Auslegung ermittelt werden kann.

**Anmerkung:** Hierunter fällt z.B. die Bezeichnung von Sondereigentum einerseits als „Wohnung“, andererseits als Hobbyraum.<sup>9</sup> Der Hobbyraum stellt richtigerweise Teileigentum nach § 1 III WEG und nicht Sondereigentum nach § 1 II WEG dar.

Ebenfalls als nach ihrem Inhalt unzulässig ist eine Eintragung anzusehen, die ein **an sich eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlautbart.**

**Anmerkung:** Hierunter fällt z.B. die Eintragung eines bedingten Eigentumsübergangs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (bpD) mit dem Zusatz, dass auch diese „für den Rechtsnachfolger“ gelten soll.<sup>10</sup>

Hier wäre eine Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB gewollt. Eine bpD erlischt mit dem Tod (§§ 1090 II, 1061 S. 1 BGB) und geht nicht auf den Rechtsnachfolger über (vgl. § 1092 I S. 1 BGB). Die Eintragung eines bedingten Eigentumserwerbs fällt wegen des Verstoßes gegen § 925 II BGB unter die vorbenannte Fallgruppe.

Dabei muss sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben.<sup>11</sup>

Inhaltlich **unzulässig** sind vor dem Hintergrund des vorgenannten Maßstabs unter anderem Grundbucheinträge, die zwar – wie hier in Form einer Grundschuld – ein an sich eintragungsfähiges Recht verlautbaren, jedoch **als Berechtigten einen nicht grundbuchfähigen Träger** ausweisen.<sup>12</sup>

Das ist etwa der Fall, wenn zugunsten eines Berechtigten ein Recht eingetragen ist, dessen Erwerb ihm abstrakt-generell **aus materiellrechtlichen Gründen** nicht möglich ist.

Mangels Erwerbsfähigkeit fehlt dem Berechtigten in diesen Fällen die erforderliche Grundbuchfähigkeit.<sup>13</sup>

Einigkeit besteht darin, dass sämtliche rechtsfähige Personen und Personenverbände eine umfassende Grundbuchfähigkeit besitzen, da sie Inhaber von Grundstücksrechten sein können. Für den Menschen (als natürliche Person) beginnt die Rechtsfähigkeit gemäß § 1 BGB mit der Vollendung seiner Geburt; sie endet mit dem Tod. Daher ist die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch **zugunsten einer lebenden Person inhaltlich zweifellos zulässig.**<sup>14</sup>

Weiter besteht Einigkeit dahingehend, dass auch die Eintragung einer Grundschuld **für nicht existente Personen inhaltlich zulässig sein kann.** Das ist Folge des Umstands, dass sich die Unzulässigkeit der Eintragung aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben muss (vgl. § 53 I S. 2 GBO). Für die inhaltliche Zulässigkeit der Eintragung reicht es daher aus, wenn demnach nur die (vormalige) Existenz der als Berechtigte eingetragenen Person abstrakt denkbar ist.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> Meikel/Schneider, GBO, § 53 GBO, Rn. 141.

<sup>8</sup> Walter, JA 1981, 322, 328.

<sup>9</sup> OLG München, ZWE 2017, 126 = jurisbyhemmer.

<sup>10</sup> Vgl. OLG Hamm, FGPrax 2001, 55.

<sup>11</sup> StRSpr., vgl. etwa BGH, WM 2025, 819 Rn. 20; FGPrax 2022, 49 Rn. 48 jeweils m.w.N. = jurisbyhemmer.

<sup>12</sup> Vgl. BeckOK GBO/Holzer [1.6.2025], § 53 Rn. 63; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 5. Aufl., § 53 Rn. 66.

<sup>13</sup> Vgl. Bauer/Schaub/Kilian, GBO, 5. Aufl., § 19 Rn. 74; Meikel, GBV, 11. Aufl., Vorbem. Rn. 161; differenzierend Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 5. Aufl., § 13 Rn. 26.

<sup>14</sup> Vgl. Meikel/Böttcher, GBO, Einleitung C Rn. 42; Meikel, GBV, 11. Aufl., Vorbem. Rn. 161 f.

<sup>15</sup> Vgl. Meikel/Böttcher, GBO, § 19 Rn. 165 m.w.N.

## b) Unzulässigkeit der Grundschuldeintragung zugunsten nicht gezeugter Person?

Fraglich ist, ob die Eintragung einer Grundschuld zugunsten einer noch nicht gezeugten Person unzulässig ist.

**Uneinigkeit** besteht nämlich dahingehend, ob die Eintragung einer Grundschuld für nach diesen Unterlagen erkennbar noch nicht gezeugte Personen – wie hier die „Kinder“ der A als Nacherben der E – inhaltlich zulässig ist. Die Beantwortung dieser Rechtsfrage hängt auf Grund der dienenden Funktion des Grundbuchrechts<sup>16</sup> davon ab, **ob noch nicht gezeugte Personen nach materiellem Recht eine Grundschuld erwerben können.**

Dies wird – vornehmlich im Hinblick auf die Möglichkeit eines Hypothekenerwerbs – in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

### aa) Teile der Rspr. und Lit.: Unzulässigkeit (+)

Gegen die Möglichkeit des Erwerbs eines Grundpfandrechts durch den *nondum conceptus* spricht der **Wortlaut des § 1 BGB.**

Hiernach „**beginnt**“ Rechtsfähigkeit erst mit „**der Vollendung der Geburt**“.

Eine noch nicht gezeugte Person habe somit nach der klaren gesetzlichen Regelung des § 1 BGB **keine Rechtsfähigkeit.**

Zudem fehle es mangels existenter Person in jedem Fall an einer gegenwärtigen dinglichen Einigung.<sup>17</sup>

### bb) BGH: Unzulässigkeit (-)

Der BGH schließt sich dieser Ansicht nicht an. Eine noch nicht gezeugte Person kann Inhaberin eines – durch ihre Lebendgeburt bedingten – Grundpfandrechts sein und ein solches erwerben.

Das **BGB** enthält zwar **keine ausdrückliche Bestimmung**, nach der eine noch nicht gezeugte Person Inhaberin eines Grundpfandrechts sein kann. Die Regelung in § 1 BGB, wonach die Rechtsfähigkeit des Menschen (erst) mit der Vollendung der Geburt beginnt, spricht sogar eher – wie zuvor gezeigt – dagegen. Denn eine nicht rechtsfähige Person kann grundsätzlich nicht Trägerin von Rechten und Pflichten und mithin auch nicht Inhaberin eines Grundpfandrechts sein.<sup>18</sup>

**Anmerkung:** An dieser Stelle führt der BGH dann ferner aus, dass der **historische Gesetzgeber** davon ausging, dass auch schon vor der Geburt die Bestellung eines Grundpfandrechts für noch nicht gezeugte Personen möglich sein muss.

Anderweitige Vorschriften finden sich allerdings im BGB an verschiedenen Stellen.

Hieraus kann daher mittelbar geschlossen werden, dass auch zugunsten einer noch nicht gezeugten Person ein Grundpfandrecht bestellt werden kann. So können noch nicht gezeugte Personen etwa durch einen **Vertrag zugunsten Dritter** bindend bedacht werden (§§ 328, 331 II BGB), sie können – wie hier durch die Erblasserin E – **als Nacherben eingesetzt werden** (§§ 2101 I, 2106 II, 2109 I S. 2 Nr. 2 BGB) oder **Vermächtnisnehmer** sein (§§ 2162 II, 2178 BGB).

Gemein ist all diesen aufgeführten Fällen, dass der noch nicht gezeugten Person, obgleich ihr nach dem Wortlaut des § 1 BGB keine Rechtsfähigkeit zukommt, eine **gesicherte Rechtsposition – bedingt durch ihre Lebendgeburt** – zuerkannt wird.

Ob dies im Einzelnen mit einem subjektiv bedingten Erwerb und/oder einer fingierten bzw. beschränkten Rechtsfähigkeit zu begründen ist, bedarf an dieser Stelle keiner abschließenden Klärung. Denn unabhängig von der rechtsdogmatischen Begründung erfordert die gesetzliche Zuerkennung solcher Rechtspositionen, dass diese auch schon vor der Geburt gesichert werden können. Lässt das Gesetz es nämlich zu, dass den bedachten, aber noch nicht gezeugten Personen allein durch ihre Geburt bedingte **unentziehbare Anwartschaften** zustehen, müssen ihnen auch Mittel und Wege gegeben werden, um die ihnen zuerkannten künftigen Rechte wirksam zu sichern. Um diesen Rechtsschutz zu erreichen, bedarf es – im Sinne des historischen Gesetzgebers – einer anzuerkennenden Erwerbsfähigkeit für durch den Sicherungszweck begrenzte (positive) Sicherungsrechte, wie sie auch lebenden Personen in Ansehung ihrer Rechte zustehen.<sup>19</sup>

So kann ein noch nicht gezeugter Nacherbe (vertreten durch einen Pfleger, § 1882 BGB) etwa, wenn eine erhebliche Verletzung seiner Nacherbenrechte durch den nicht befreiten Vorerben zu besorgen ist, von Letzterem gemäß §§ 2101, 2128 I BGB Sicherheitsleistung verlangen. Diese kann nach § 232 I BGB unter anderem durch die Bestellung einer Hypothek zugunsten des Sicherungnehmers bewirkt werden.

<sup>16</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 594 ff., Rn. 13 = **jurisbyhemmer**.

<sup>17</sup> Vgl. OLG Hamburg, OLGE 16, 155 = **jurisbyhemmer**; Staudinger/C. Heinze, BGB (2021), § 873 Rn. 91; Staudinger/Wolfsteiner, BGB (2019), Einleitung zu §§ 1113 ff. Rn. 95 f.; Erman/Wenzel, BGB, 17. Aufl., § 1113 Rn. 9.

<sup>18</sup> Vgl. BeckOGK/Behme, BGB [1.9.2024], § 1 Rn. 2.

<sup>19</sup> In diese Richtung für noch nicht empfangene Nacherben Motive V S. 113.

Aber auch in den sonstigen Fällen, in denen dem *nondum conceptus* eine unentziehbare Rechtsposition zusteht, kann er bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 916 ff. ZPO den Erlass einer einstweiligen Verfügung erwirken oder einen Arrest ausbringen, welcher durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen werden kann.<sup>20</sup>

Die Hypothek ist mithin insoweit als (notfalls) zwangsweise zu erwirkendes Sicherungsmittel für auf Geldleistung gerichtete Verpflichtungen im Gesetz angelegt.

Daneben bleibt es aber selbstverständlich weiterhin möglich, eine Geldforderung durch eine rechtsgeschäftlich zu bestellende Hypothek zu sichern, was nach § 1113 II BGB auch für eine künftige oder – durch die Lebensgeburt – bedingte Forderung erfolgen kann.

Es kann dem Erwerb einer Hypothek durch den *nondum conceptus* nicht entgegengehalten werden, dass es mangels dessen gegenwärtiger Existenz zwingendermaßen an einer dinglichen Einigung zwischen Sicherungsgeber und der noch nicht gezeugten Person fehle.<sup>21</sup>

Richtig ist zwar, dass dingliche Rechte für Dritte nicht durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Grundstückseigentümers begründet werden können; ebenso wenig können dingliche Rechte an einem Grundstück durch eine Verfügung zugunsten Dritter analog § 328 BGB zur Entstehung gebracht werden.<sup>22</sup>

Etwa erforderliche Willenserklärungen können aber für den *nondum conceptus* durch einen gemäß § 1882 BGB zu bestellenden Pfleger abgegeben und entgegengenommen werden. Praktische Schwierigkeiten stehen dem nicht entgegen. Zwar trifft es zu, dass die Eintragung der Hypothek im Grundbuch insbesondere dann, wenn die bedachte, aber noch nicht gezeugte Person über einen längeren Zeitraum hinweg nicht zur Welt kommt, eine gewisse „Vermögenssperr“ bewirkt. Dies ist jedoch der Sicherbarkeit künftiger und bedingter Ansprüche immanent<sup>23</sup>, für denjenigen, der die Hypothek bestellt, absehbar und vermag das Sicherungsbedürfnis der noch nicht gezeugten Personen nicht auszuräumen.

Ist nach dem Vorstehenden die Möglichkeit der Bestellung einer Hypothek für eine noch nicht gezeugte Person materiell-rechtlich anzuerkennen, so sind keine durchgreifenden Gründe erkennbar, dem *nondum conceptus* nicht auch den Erwerb einer Grundschild zuzubilligen.

**Die rechtsgeschäftlich bestellte Grundschild ist geeignet, den noch nicht gezeugten Nacherben hinsichtlich des Erbes abzusichern.** Zwar ist sie forderungsunabhängig, weshalb sie als Sicherungsleistung i.S.d. § 232 I BGB nur durch Verpfändung eingesetzt werden kann.<sup>24</sup> Dem möglichen Sicherungsbedürfnis eines *nondum conceptus* als Nacherbe gegenüber dem Vorerben (vgl. § 2128 I BGB) wird aber durch die Bestellung einer Grundschild nicht weniger Rechnung getragen als durch die Bestellung einer Hypothek.

**hemmer-Methode:** Der *nondum conceptus* kann also nicht stets dingliche Rechte erwerben. Der BGH stellt hier ausdrücklich darauf ab, dass dieser nur dann Inhaber eines dinglichen Rechts sein kann, wenn er nach materiellem Recht dingliche Rechte oder dinglich sicherbare Ansprüche erwerben könne.

Dingliche Rechte nicht existenter Personen sind damit nur denkbar, wenn sie einen **schuldrechtlichen Anspruch solcher „Personen“ sichern** (z.B. nach §§ 328, 331 II BGB oder aus Vermächtnis). Diese Sicherung kann z.B. durch eine Vormerkung oder – wie hier – ein Grundpfandrecht erfolgen. Ein **Eigentumserwerb** einer nicht gezeugten Person scheidet weiterhin wegen der Regelung des **§ 925 II BGB** aus. Ferner können nicht gezeugte Personen nicht Inhaber einer **Dienstbarkeit** oder eines **Vorkaufsrechts** sein, weil beide keine vergleichbaren Sicherungszwecke (wie ein Grundpfandrecht) erfüllen, bei der Dienstbarkeit zudem die Umgehung von §§ 1061, 1092 II BGB droht und mit einer nicht existenten Person kein Kaufvertrag nach §§ 1094, 464 II BGB zustande kommen kann.

Die eingetragene Grundschild verlaubar vorliegend ein Recht, das zugunsten der „Kinder“ der A als Nacherben der Erblasserin E bestehen und daher zulässigerweise auch in das Grundbuch eingetragen werden kann. Daher ist die Eintragung eines Grundpfandrechts zugunsten noch nicht gezeugter Nachkommen in das Grundbuch nicht inhaltlich unzulässig im Sinne von § 53 I S. 2 GBO.

## 2. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Löschung der Grundschild nach § 53 I S. 2 GBO.

## II. Anspruch auf Löschung der Grundschild nach §§ 19, 46 I GBO

A könnte einen Anspruch auf Löschung der Grundschild nach §§ 19, 46 I GBO haben.

<sup>20</sup> So auch Bagel, Gruchot 52, 193, 214 ff.

<sup>21</sup> So aber Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Einleitung zu §§ 1113 ff. Rn. 95.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, BGHZ 41, 95 = jurisbyhemmer.

<sup>23</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 1930.

<sup>24</sup> Vgl. Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 17. Aufl., § 232 Rn. 5.

Hiernach erfolgt die Löschung der Grundschuld im Falle einer **Bewilligung (§ 29 GBO) der Betroffenen (§ 39 GBO)**.

Demnach bedarf es für die erstrebte vollständige Löschung der Grundschuld – neben der Zustimmung der A gemäß § 27 S. 1 GBO – nicht nur der bereits beigebrachten Löschungsbewilligungen „der Geschwister“ als Ersatznacherben.

Vorliegen muss vielmehr auch eine **Löschungsbewilligung der als Nacherben eingetragenen „Kinder“** der A.

Da (noch) keine Kinder vorhanden sind, muss die Erklärung durch einen zu bestellenden Pfleger mit **betreuungsgerichtlicher Genehmigung** erfolgen (§§ 1882, 1850 Nr. 1 BGB). Hieran fehlt es.

Ein Anspruch der A auf Löschung der Grundschuld nach §§ 19, 46 I GBO besteht folglich nicht.

**Anmerkung:** Ein Pfleger wird einer Löschung wohl erst zustimmen, wenn endgültig feststeht, dass der Nacherbe niemals existieren wird, also selbst kinderlos verstorben ist.<sup>25</sup> Wenn die 30-jährige Frist des § 2109 I S. 1 BGB abgelaufen ist, ist eine Löschungsbewilligung jedoch nicht mehr erforderlich.

### III. Anspruch auf Löschung der Grundschuld nach § 22 I S. 1 GBO

A könnte einen Anspruch auf Löschung der Grundschuld nach § 22 I S. 1 GBO haben.

Hiernach ist auch ohne Bewilligung nach § 19 GBO die Grundbuchberichtigung in Form der Löschung einer Grundschuld möglich, sofern die **Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen** wird.

An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Es sind alle Möglichkeiten, bis auf ganz entfernte, auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten berichtigenden Eintragung entgegenstehen können. Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit ist **nach § 29 I GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden** zu führen.<sup>26</sup>

Ist – wie hier – eine künftige Person als Nacherbe eingesetzt, besteht bis zum Eintritt des Nacherfalls ein Schwebezustand. Dieser endet, wenn feststeht, dass der Bedachte nicht mehr geboren werden oder entstehen kann.<sup>27</sup> So muss es sich auch im Hinblick auf die eingetragene Grundschuld verhalten.

**Steht fest, dass die als Gläubiger einer Grundschuld eingetragene künftige Person nicht mehr geboren werden oder entstehen kann, führt dies zu einem endgültigen Erlöschen der Grundschuld und damit zur Unrichtigkeit des Grundbuchs.**

Die A hat jedoch nicht nachgewiesen, dass sie zukünftig keine Kinder haben wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die von der A abgegebene **eidesstattliche Versicherung** im Grundbuchverfahren ein taugliches Mittel darstellt, um einen Unrichtigkeitsnachweis zu führen.<sup>28</sup>

Denn auch wenn man die Versicherung für zulässig hielte, wäre sie **inhaltlich kein ausreichender Nachweis** dafür, dass die A künftige Kinder haben wird.

Zwar könnte sich angesichts des erreichten Lebensalters der A die Geburt leiblicher Abkömmlinge als lediglich ganz entfernte Möglichkeit darstellen, die die A für den Unrichtigkeitsnachweis nach dem aufgezeigten Maßstab nicht ausräumen müsste. In der neueren Rechtsprechung und Literatur wird allerdings teilweise davon ausgegangen, dass aufgrund der sich **stetig weiterentwickelnden modernen Reproduktionsmedizin** selbst in hohem Alter nicht mehr offenkundig ausgeschlossen ist, dass Frauen leibliche Abkömmlinge bekommen.<sup>29</sup> Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die A ein Kind durch **Adoption** annimmt. Der Eintragung ist keine Einschränkung dahin zu entnehmen, dass mit „Kindern“ nur leibliche Kinder der A gemeint sind. Ob die Volljährigenadoption wegen möglicher Umgehung der Ersatzerbenrechte auszunehmen wäre, kann offenbleiben. Jedenfalls ist die Adoption eines minderjährigen Kindes nicht offensichtlich ausgeschlossen und stellt keine lediglich fernliegende Möglichkeit dar. Da **§ 1743 BGB** nur ein Mindestalter, aber keine Altersobergrenze für den Annehmenden vorsieht, besteht kein Erfahrungssatz, wonach eine solche Adoption – auch bei über 60-Jährigen – praktisch ausgeschlossen wäre.

Nach diesen Maßstäben hat die A den ihr obliegenden Unrichtigkeitsnachweis, der die fehlende Löschungsbewilligung der (künftigen) Kinder der A entbehrlich machen würde, nicht erbracht.

<sup>25</sup> Vgl. BeckOGK/Hartmann, § 2101, Rn. 13.2.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, MittBayNot 2017, 374 Rn. 9 m.w.N. = jurisbyhemmer.

<sup>27</sup> Vgl. BeckOGK/Müller-Christmann, BGB [15.3.2025], § 2101 Rn. 15; MüKoBGB/Lieder, § 2101 Rn. 13.

<sup>28</sup> Vgl. BGH, DNotZ 2022, 530 Rn. 32 = jurisbyhemmer.

<sup>29</sup> Ausführlich OLG Hamm, ZEV 2016, 200 Rn. 17 ff. = jurisbyhemmer; MüKoBGB/Lieder, § 2101 Rn. 13; BeckOGK/Müller-Christmann, BGB, § 2101 Rn. 15; Staudinger/Avenarius, BGB, § 2101 Rn. 13; anders noch OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1095 (1096) = jurisbyhemmer.

## D) Kommentar

**(dma).** Mit dieser Entscheidung hat der BGH eine bislang höchstrichterlich ungeklärte Frage beantwortet.

Im Examen hätte man hier mit guten Gründen auch eine andere Meinung vertreten können. Die Entscheidung ist in der Literatur nämlich nicht ohne Grund auf Kritik gestoßen.<sup>30</sup> Da die A hier ihr Grundstück nicht unbelastet veräußern kann, führt dies natürlich in der Praxis zu Problemen.

Die Entscheidung führt dazu, dass nun über sehr lange Zeit faktisch kaum zu löschende Vormerkungen in den Abteilungen II oder Grundpfandrechte in den Abteilungen III der Grundbücher stehen bleiben (müssen).

Der Gedanke, dass man selbst bei einer betagten Frau nicht ausschließt, dass sie (im Zweifel durch Adoption) noch ein Kind bekommt, entbehrt der Lebensrealität. Auch ein etwaiges Sicherheitsbedürfnis der nicht existenten, noch nicht einmal gezeugten Person ist nicht lebensnah. Obwohl die Rechtsfähigkeit noch nicht gezeugter Personen richtigerweise in bestimmten Vorschriften anerkannt ist, sind diese eher als Ausnahmvorschriften zu § 1 BGB zu verstehen.

Dabei sollte man im Sinne der Verkehrsfähigkeit von Grundstücken auch bleiben.

## E) Wiederholungsfrage

- **Ist die Eintragung eines Grundpfandrechts zugunsten einer noch nicht gezeugten Person in das Grundbuch zulässig?**

Die Eintragung eines Grundpfandrechts zugunsten noch nicht gezeugter Personen ist im Grundbuch zulässig, da das BGB indirekt anerkennt, dass solche Personen durch ihre Lebendgeburt Rechte erwerben können (§§ 328, 331 II, 2101 I, 2106 II, 2109 I S. 2 Nr. 2, 2162 II, 2178 BGB).

## F) Zur Vertiefung

### Zur Rechtsfähigkeit

- Hemmer/Wüst/Tyroller, BGB AT I, Rn. 15 ff.

<sup>30</sup> Vgl. bspw. *Heinze*, NJW 2025, 3331 ff.

BAG, Beschluss vom 28.01.2026, 5 AS 4/25, NJW 2026, 695 ff. = [jurisbyhemmer](#)

## 4 kompakt: § 615 S. 1 BGB darf im Arbeitsrecht (!) nicht im Voraus abbedungen werden

+++ Anspruch auf Annahmeverzugslohn +++ Abbedingung des § 615 S. 1 BGB +++ Zwingendes Recht +++ §§ 611a, 615 BGB; Art. 30 EGBGB +++

**Sachverhalt (abgewandelt):** AN ist seit ca. 3 Jahren bei AG als Arbeitnehmer beschäftigt.

AG übergibt dem AN am Morgen des 15.09.2025 eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.01.2026.

In einer nach Erhalt der Kündigung zwischen AN und AG einzelvertraglich getroffenen Vereinbarung wurde AN mit sofortiger Wirkung von der Arbeit freigestellt. Ansprüche auf Annahmeverzugslohn wurden für die Zeit ab dem 15.12.2025 bis zum 31.01.2026 und für den Fall eines etwaigen Kündigungsrechtsstreits bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung ausgeschlossen.

Ist diese Vereinbarung wirksam?

### A) Sound

1. § 615 S. 1 BGB kann für den Fall einer unwirksamen bzw. erst zu einem späteren Zeitpunkt wirkenden Arbeitgeberkündigung nicht im Voraus vollständig abbedungen werden.

2. Die Vorschrift ist an sich zwar abdingbar, nicht jedoch, soweit es um die Sicherung der finanziellen Lebensgrundlage eines Arbeitnehmers geht.

### B) Problemaufriss

Hintergrund dieses Beschlusses war eine Anfrage des Zweiten Senats des BAG vom 18.06.2025<sup>1</sup> nach § 45 III S. 1 ArbGG an den Fünften Senat des BAG, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhält, dass § 615 S. 1 BGB auch nicht zwingend ist, als Annahmeverzugsansprüche eines Arbeitnehmers „für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung“ im Voraus abbedungen werden können.<sup>2</sup>

In dem vom Zweiten Senat zu entscheidenden Fall wollte dieser die Ansicht vertreten, dass es sich bei § 615 S. 1 BGB um eine zwingende Norm handelt.

**Anmerkung:** Nach § 45 II ArbGG entscheidet der Große Senat des BAG, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will.

Eine Vorlage an den Großen Senat ist aber nach § 45 III S. 1 ArbGG nur zulässig, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, dass er an seiner Rechtsauffassung festhält.

Da der Fünfte Senat auf die Anfrage des Zweiten Senats an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr (uneingeschränkt) festhielt, hat sich damit die Anrufung des Großen Senats erledigt.

Mit solchen vermeintlich exotischen Fragen müssen Sie zumindest in der Mündlichen Staatsprüfung rechnen.

Im ordentlichen Rechtsweg ist dies in § 132 GVG, im Verwaltungsrechtsweg in § 11 VwGO geregelt.

### C) Lösung

Der Fünfte Senat hält an seiner Auffassung nicht uneingeschränkt fest. Zwar sei § 615 S. 1 BGB grundsätzlich dispositiv. Eine im Voraus erfolgte vollständige Abbedingung von Annahmeverzugsansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber für den Fall einer unwirksamen oder erst später wirkenden Arbeitgeberkündigung ist aber nicht möglich.

<sup>1</sup> BAG, Beschluss vom 18.06.2025, 2 AZR 91/24.

<sup>2</sup> BAG, NZA 2003, 1265 (1272, Rn. 75) = [jurisbyhemmer](#).

## I. § 615 S. 1 BGB ist grundsätzlich dispositiv

§ 615 S. 1 BGB ist grundsätzlich keine Vorschrift des zwingenden Rechts und damit prinzipiell abdingbar. Hierfür spricht zum einen § 619 BGB und zum anderen die Entstehungsgeschichte beider Vorschriften.

### 1. Umkehrschluss aus der Vorschrift des § 619 BGB

Nach § 619 BGB können die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 BGB obliegenden Verpflichtungen – die „Pflicht zur Krankenfürsorge“ und die „Pflicht zu Schutzmaßnahmen“ – nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

**Anmerkung:** Die Vorschrift wurde bereits mit dem Inkrafttreten des BGB zum 1. Januar 1900 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt. Auf die Darstellung der Ausführungen des BAG zu der Entstehungsgeschichte zu diesen beiden Normen haben wir – so interessant sie auch sind – mangels Examensrelevanz verzichtet.

Ein vergleichbarer Unabdingbarkeitsschutz war für die – ebenfalls zum 1. Januar 1900 in Kraft getretene – Regelung über den Annahmeverzugsanspruch in § 615 BGB hingegen nicht vorgesehen.

**Anmerkung:** § 626 BGB, der nach seinem Wortlaut nicht zwingend zu sein scheint, aber nach allgemeiner Meinung unabdingbar ist, rechtfertigt kein anderes Verständnis. Es war schon vor Inkrafttreten des BGB klar, dass beim Vorliegen „wichtiger“ Gründe ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bestehen muss. Der zwingende Charakter der Norm ist daher selbstverständlich und bedurfte somit keiner Klarstellung. Unerheblich ist auch, dass nachträglich weitere unabdingbare Regelungen – wie etwa §§ 612a, 613a BGB – eingefügt wurden. Auch dies lässt keinen Rückschluss auf den Willen des Normgebers bei Erlass der bereits vorhandenen Bestimmungen zu.

## 2. Umkehrschluss aus § 11 IV S. 2 AÜG

Vor allem der Umkehrschluss aus § 11 IV S. 2 HS 1 AÜG<sup>3</sup> bestätigt das Auslegungsergebnis, dass § 615 S. 1 BGB grds. dispositiv ist.

Danach kann das Recht eines Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Der Gesetzgeber hielt es für geboten, dem „Verleiher“ einige, nach allgemeinem Arbeitsrecht zulässige Rechtsgestaltungsmöglichkeiten zu versagen, um Umgehungen zu verhindern. So ist es den Parteien verwehrt, § 615 S. 1 BGB wirksam abzuändern.

Wäre § 615 S. 1 BGB generell zwingend, hätte es dieser Regelung nicht bedurft.

## II. Grenzen der Abdingbarkeit des § 615 S. 1 BGB

Die Abdingbarkeit von § 615 S. 1 BGB hat aber Grenzen.

Diese sind erreicht, wenn die Abbedingung den mit den zwingenden Kündigungsschutzvorgaben beabsichtigten Erhalt des Arbeitsverhältnisses oder zumindest seine verlängerte Dauer als Grundlage für den Bezug des Arbeitsentgelts als typische wirtschaftliche Lebensgrundlage für einen Arbeitnehmer unterläuft.

Der Arbeitgeber darf daher im Fall einer unwirksamen oder mit falscher Frist erklärten Kündigung nicht im Voraus vollständig von Annahmeverzugslohnansprüchen befreit werden.<sup>4</sup>

Eine solche Regelung wäre nach § 134 BGB unwirksam, da sie durch die Verwendung einer nicht von den Kündigungsschutzbestimmungen erfassten Gestaltungsmöglichkeit darauf angelegt wäre, den von ihnen angestrebten Schutz des Arbeitnehmers zu umgehen.

### 1. Sinn des Kündigungsschutzgesetzes

Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) zielen nicht lediglich darauf ab, dem Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis bei einer unwirksamen Kündigung formal zu erhalten. Vielmehr soll in diesem Fall grundsätzlich auch der Anspruch auf Vergütung bestehen bleiben.

<sup>3</sup> Arbeitsgesetze, Ordnungsnummer 31.

<sup>4</sup> MüKoBGB/Henssler, 9. Aufl. § 615 Rn. 11; ErfK/Greiner, 26. Aufl. BGB, § 615 Rn. 8.

**a) § 11 KSchG will AN den Lohnanspruch grds. erhalten**

Bereits die Anrechnungsvorschrift des § 11 KSchG setzt voraus, dass dem Arbeitnehmer bei einer unwirksamen Kündigung der Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Fortzahlung des Entgelts unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs erhalten bleibt.

Hierfür spricht schon der Wortlaut der Norm („das Arbeitsentgelt, das ... der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet“).

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers war u.a. der „Arbeitsplatz“ des Arbeitnehmers das vom Kündigungsschutzgesetz „geschützte Rechtsgut“, weil dieser die Grundlage für dessen „wirtschaftliche und soziale Existenz“ bilde.<sup>5</sup>

**b) Umkehrschluss aus § 12 S. 4 KSchG sowie aus §§ 9, 10 KSchG**

**aa)** Aus § 12 S. 4 KSchG lässt sich die Prämisse des Gesetzgebers erkennen, der Arbeitgeber habe dem Arbeitnehmer nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung grundsätzlich Annahmeverzugslohn zu zahlen.

Die Norm begrenzt dessen Pflicht zur Zahlung entgangenen Verdienstes, wenn der Arbeitnehmer von seinem Verweigerungsrecht nach § 12 S. 1 KSchG Gebrauch macht. In diesem Fall schuldet der Arbeitgeber Vergütung nur für die Zeit zwischen der Entlassung – und damit der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – und dem Tag des Eintritts des Arbeitnehmers in ein neues Arbeitsverhältnis.

**bb)** Letztlich sprechen auch § 9 und § 10 KSchG dafür, dass das Kündigungsschutzgesetz nicht lediglich auf den formalen Erhalt des Arbeitsverhältnisses abzielt, sondern diesem auch eine wirtschaftliche Bedeutung zukommen soll.

Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliches Urteil ist danach nur dann möglich, wenn dem Arbeitnehmer zeitgleich eine Abfindung und damit ein finanzieller Ausgleich für seinen Arbeitsplatzverlust zugesprochen wird.

**hemmer-Methode:** Entsprechendes gilt für § 1a KSchG, der dem Arbeitnehmer – unter bestimmten Voraussetzungen – einen Abfindungsanspruch im Fall einer auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützten Kündigung gewährt, wenn er die Frist des § 4 KSchG verstreichen lässt.

<sup>5</sup> Entwürfe eines Bundeskündigungsschutzgesetzes sowie eines Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, RdA 1951, 63.

**2. Kündigungsschutz durch §§ 622, 626 BGB und § 1 KSchG soll die wirtschaftliche Existenz absichern**

**a)** Die Vorgaben für die Kündigungsfristen beim Arbeitsverhältnis nach § 622 BGB sind ebenfalls darauf angelegt, dem Arbeitnehmer die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz vorübergehend zu erhalten.

Die Zeitspanne, die ihm bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zur Verfügung steht, soll es ihm ermöglichen, sich an seine veränderte berufliche Situation anzupassen.

Insbesondere die verlängerten Kündigungsfristen in § 622 II BGB zielen darauf ab, dem betroffenen Arbeitnehmer mehr Zeit für die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz einzuräumen,<sup>6</sup> indem ihm seine bisherige Grundlage für den Bezug von Entgelt solange erhalten bleibt. Die Frage, ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis – zum erklärten oder späteren Zeitpunkt – aufgelöst hätte, wäre praktisch bedeutungslos, da der Arbeitnehmer dann im Fall seiner Nichtbeschäftigung ohnehin keinen Anspruch auf die Zahlung seiner Vergütung hätte.

**b)** Auch § 626 BGB bringt zum Ausdruck, dass der Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis bei einem wichtigen Grund fristlos kündbar sein muss.

Vor dem Hintergrund des § 622 BGB hat dies allerdings zur Folge, dass ohne einen solchen Grund ein Arbeitsverhältnis nicht ohne Einhaltung jeglicher Frist gekündigt werden kann. Liegt kein Grund für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, soll dem Arbeitnehmer daher – zumindest für die Dauer der Kündigungsfrist – sein Arbeitsverhältnis als typische Basis seiner wirtschaftlichen Existenz erhalten bleiben.

Hierfür spricht auch § 13 I S. 3 und S. 5 KSchG. Die (nur) auf Antrag des Arbeitnehmers mögliche gerichtliche Auflösung seines Arbeitsverhältnisses bei einer unbegründeten außerordentlichen Kündigung kann nur bei gleichzeitiger Verurteilung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung erfolgen. Dem Arbeitnehmer muss für seinen – vor allem – wirtschaftlichen Verlust eine finanzielle Kompensation gewährt werden.

**c)** Könnte § 615 S. 1 BGB für den Fall einer unwirksamen oder nicht mit zutreffender Frist erklärten Arbeitgeberkündigung im Voraus vollständig abbedungen werden, hätte dies letztlich zur Folge, dass auch der durch § 1 KSchG vermittelte wirtschaftliche Schutz des Arbeitnehmers entwertet würde.

<sup>6</sup> BVerfG, AP BGB § 622 Nr. 16 = jurisbyhemmer.

### III. Endergebnis

§ 615 S. 1 BGB ist aus Gründen der Absicherung der finanziellen Lebensgrundlage nicht abdingbar.

**Kommentar (mty):** Dieser Beschluss führt zu einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung beim BAG.

Die grundsätzlich abdingbare Norm des § 615 S. 1 BGB ist aus Gründen der Existenzsicherung jedenfalls zum Schutz eines Arbeitnehmers unabdingbar.

Arbeitgeber dürfen künftig nicht mehr vertraglich ausschließen, dass Arbeitnehmer bei einer unwirksamen Kündigung weiterhin Anspruch auf Arbeitsentgelt haben.

Damit stärkt das BAG den **Kündigungsschutz** und die finanzielle Absicherung von Arbeitnehmern. Weil das Arbeitsentgelt die typische wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet und der Arbeitgeber das Risiko einer unwirksamen Kündigung nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen können soll, ist der Erhalt des Arbeitsentgelts besonders geschützt.

Dieser Schutz ist nur gewährleistet, wenn auch ein etwaiger Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 1 i.V.m. § 611a II BGB der vertraglichen Disposition entzogen ist.

Für eine Abrundung einer Examensklausur zum Thema Entgeltfortzahlung eignet sich daher diese Entscheidung ganz hervorragend!



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „**juris by hemmer**“:

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

BGH, Urteil vom 24.09.2025 – 5 StR 423/25 = [jurisbyhemmer](#)

## 5 Heimtückemord trotz eines bereits schwelenden Konflikts?

+++ Mord, §§ 212 I, 211 StGB +++ Heimtücke +++ Sonstige niedrige Beweggründe +++

**Sachverhalt (stark abgewandelt und stark vereinfacht):** A ist Mitglied in einer kleinen Drogengang in Berlin. Neben den Verkäufen von kleinen Mengen Drogen an verschiedenen U-Bahn-Stationen gehört vor allem das Austragen von Konkurrenzkämpfen mit anderen Gangs zum Tagesgeschäft.

Eines Abends trafen Mitglieder der Gang von A und A selbst auf die Gang von B. B schuldete dem Anführer von A's Gang noch 10 Euro, die er nicht bezahlen wollte. Beim Aufeinandertreffen kam es zu Handgreiflichkeiten, eine Lösung bzgl. der Schulden wurde nicht gefunden. Dies hatte zur Folge, dass Drohungen bzgl. eines erneuten Angriffs ausgetauscht wurden, was dazu führte, dass B ab diesem Zeitpunkt mit einem Angriff seitens der Gruppe, in der A Mitglied war, rechnete. Da sich beide Gruppen aber das lukrative Vorabendgeschäft nicht entgehen lassen wollten, endete die Auseinandersetzung ohne weiteren großen Schaden. Die Kontrahenten trennten sich.

A und sein Anführer C waren sich im Nachgang einig, dass B den C beleidigt hätte. Sie waren sich ebenfalls einig darüber, dass dies nicht ohne Konsequenzen bleiben könne. Die beiden verständigten sich darauf, dass dem B eine Lehre erteilt werden müsse und ihm die wahren Machtverhältnisse der „Straße“ aufgezeigt werden müssten. Um seinem „Chef“ zu imponieren, schlug A vor, dem B am nächsten Morgen aufzulauern. A wusste, wo B in den Morgenstunden seinen üblichen Verkaufsplatz hatte. C war von der Idee begeistert und beorderte einige seiner Gang-Mitglieder an die entsprechende U-Bahn-Station. Dort angekommen, machten sie B schnell ausfindig. Dieser hielt sich wie immer in der Mitte des Bahnsteigs auf, um dort auf seine Kundschaft zu warten. Auf Anweisung von C teilte sich die Gruppe auf. Während C sich mit einigen Gruppenmitgliedern von der vorderen Seite näherte, schlichen sich ein paar andere, inklusive A, von hinten an. C und sein Teil der Gruppe fing an, mit Gebrüll auf B zuzurennen, der sich zu ihnen umdrehte und begann, rückwärtslaufend die Flucht zu ergreifen. Von der anderen Seite näherte sich allerdings unbemerkt A und sein Teil der Gruppe. Als B den Fluchtversuch startete, stand A bereits einen halben Meter vor ihm und schlug mit einer leeren Bierflasche nach ihm. Da B diesem Schlag noch deshalb ausweichen konnte, weil er aus Furcht vor der von C angeführten Gruppe zur Seite wich, zog A ein Messer und stach nur Sekundenbruchteile nach dem Schlag mit der Flasche in die linke Brust von B. B hatte sich zuvor aufgrund des von ihm bemerkten Schlags in Richtung des A umgedreht. A war bewusst, dass ein Stich mit einem Messer in die Herzregion tödlich enden kann, er nahm dies jedoch billigend in Kauf. Durch den Schlag und den darauffolgenden Stich wollte er sich vor allem bei seinem Anführer C beliebt machen, dessen „Ehrverletzung“ sühnen und sich in der Drogenszene einen Namen machen. B starb trotz schneller notärztlicher Hilfe noch am Tatort. Die Gruppe um A und C entfernte sich mittels der gerade einfahrenden U-Bahn vom Unfallort. In der U-Bahn rühmte sich A mit seiner Tat. C bezeichnete ihn als einen Helden, der seinen Ruf wieder hergestellt habe.

**Bearbeitervermerk:** Hat sich A wegen Mordes strafbar gemacht?

### A) Sounds

1. Eine auf früheren Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst steht der Annahme von Arglosigkeit nicht entgegen.

2. Tötungen zur Bestrafung von Kontrahenten, zur Machtdemonstration oder zur Ausübung von Selbstjustiz rechtfertigen regelmäßig die Annahme von niedrigen Beweggründen.

### B) Problemaufriss

Die Fähigkeit einer genauen Prüfung der verschiedenen Mordmerkmale gehört zum absoluten Grundwissen des Besonderen Teils des Strafrechts. Hier gibt es viele verschiedene Möglichkeiten, Probleme in eine Examensklausur einzubauen.

Die Heimtücke eignet sich als objektives Mordmerkmal zum einen gut dazu, Definitionen abzu- prüfen und zum anderen, ein paar Standard- probleme in den Sachverhalt einzubauen. So wird beispielsweise oft die Frage nach der Arglosigkeit bei Schlafenden oder Bewusstlosen relevant.<sup>1</sup>

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob Arg- losigkeit bestehen kann, wenn bereits vor der Tat ein schwelender Konflikt zwischen Opfer und Täter bestand und das Opfer grundsätzlich auch mit erneuten Angriffen rechnete. Das Gericht der Vorinstanz verneinte dies und lehnte deshalb ein- en Heimtückemord ab.

Darüber hinaus stellt sich hier die Frage, ab wann man vom Vorliegen von sonstigen niedrigen Be- weggründen sprechen kann. Diese sind als „Auf- fangmordmerkmal“ innerhalb der ersten Gruppe (§ 211 II Gr. 1 StGB) besonders restriktiv auszulegen. Auch hier urteilte das Gericht der Vorinstanz täter- günstig, sodass es zu dem Ergebnis kam, dass sich der Täter zwar wegen Totschlags, nicht aber wegen Mordes strafbar gemacht hat. Der BGH korrigierte beide Ergebnisse der Vorinstanz.

**hemmer-Methode:** Machen Sie sich den Unter- schied zwischen objektiven und subjektiven Mordmerkmalen bewusst. Während die objektiven Mordmerkmale (§ 211 II Gr. 2 StGB) tatbezogen und im objektiven Tatbestand zu prüfen sind, sind die subjektiven Mordmerkmale (§ 211 II Gr. 1, 3 StGB) täterbezogen und im subjektiven Tatbe- stand zu prüfen. Da sich der Vorsatz immer auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen muss, ist bei Vorliegen eines objektiven Mord- merkmals auch immer der Vorsatz bzgl. dieses Merkmals zu prüfen.

## C) Lösung

Zu prüfen ist die Strafbarkeit des A wegen Mordes.

### I. Strafbarkeit gemäß §§ 212 I, 211 II Gr. 2 Var. 1, Gr. 1 Var. 4 StGB

A könnte sich durch den gegen B ausgeführten Stich wegen Mordes nach §§ 212 I, 211 II Gr. 2 Var. 1, Gr. 1 Var. 4 StGB strafbar gemacht haben.

## 1. Tatbestand

### a) Objektiver Tatbestand

**Anmerkung:** Vorliegend müssen Sie nicht zum Streit ausführen, ob der Mord eine Qualifikation des Totschlags (h.L.) oder einen eigenständigen Tatbestand (BGH) darstellt. Der Aufbau muss im Gutachten nicht erklärt werden. Anders wäre es, wenn die Streitfrage bei der Beurteilung der Straf- barkeit relevant wäre. Dies ist z.B. in Bezug auf die Frage der Anwendung von § 28 II StGB (so h.L.) bzw. § 28 I StGB (so BGH) bezüglich der subjektiven Mordmerkmale der Fall.

Zunächst müsste A nach § 212 I StGB einen anderen Menschen getötet haben. Das ist der Fall. B ist gestorben, der Stich mit dem Messer war nach der conditio-sine-qua-non-Formel auch kausal für den Tod des B.

Fraglich ist, ob A auch ein objektives Mordmerkmal verwirklicht hat. In Betracht kommt die Heimtücke nach § 211 II Gr. 2 Var. 1 StGB. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst ausnutzt.<sup>2</sup> Aufgrund der Strafandrohung „lebenslang“ sind die Mordmerkmale restriktiv auszulegen. Zu überzeugen vermag der Ansatz, dass der Täter in feindseliger Willensrichtung agieren muss.

**Anmerkung:** Eine andere Ansicht stellt auf einen „besonders verwerflichen Vertrauensbruch“ ab.<sup>3</sup> Dieses Kriterium ist jedoch weder im Wortlaut be- sondern angelegt, noch vermag es kriminalpoli- tisch zu überzeugen.

Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht. Wehrlos ist, wer aufgrund seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außer Stande oder in seiner Verteidigung stark eingeschränkt ist.<sup>4</sup>

Diskussionswürdig scheint im vorliegenden Fall, ob B zum Zeitpunkt des Stichts mit dem Messer tat- sächlich arglos war. Zwar hatte er im unmittelbaren Moment keine Kenntnis des sich von hinten näh- ernden A; allerdings rechnete er durch die der Tat vorangegangenen Aggressionen grundsätzlich mit weiteren Auseinandersetzungen. Es kommt dem- entsprechend für die Bewertung des Vorliegens von Arglosigkeit darauf an, welchen Maßstab man zugrunde legt.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Fischer, StGB, § 211, Rn. 38 ff.

<sup>2</sup> Fischer, StGB, § 211, Rn. 34, 44.

<sup>3</sup> Sternberg-Lieben/Steinberg, Thüringer Kommentar StGB, § 211, Rn. 87.

<sup>4</sup> Fischer, StGB, § 211, Rn. 39.

Würde man davon ausgehen, dass die generelle latente Furcht vor Angriffen ausreicht, um sich eines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit zu versehen, so müsste man im vorliegenden Fall die Arglosigkeit verneinen. Somit käme ein Heimtückemord nicht in Betracht. Wären an das Fehlen von Arglosigkeit aber höhere Anforderungen zu stellen, nämlich eine auf den Tatzeitpunkt konkretisierte, gesteigerte Furcht, wie sie hier nicht gegeben ist, so müsste man hier die Arglosigkeit grundsätzlich bejahen, so dass ein Heimtückemord in Betracht käme.

Nach Auffassung des BGH lässt das Vorliegen einer latenten Dauerfurcht die Arglosigkeit des Tatopfers nicht entfallen. Arglosigkeit sei erst dann zu verneinen, wenn für das Opfer aufgrund einer vorangegangenen Konfliktsituation ein akuter Anlass für die Annahme bestand, dass der ständig latent befürchtete Angriff auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit nun unmittelbar bevorstehe.<sup>5</sup> Diese Auslegung erscheint sachgerecht und vermag daher zu überzeugen. Damit scheidet die Arglosigkeit des B nicht aufgrund der vorangegangenen Konfliktsituation aus.

Des Weiteren gilt es zu klären, auf welchen Zeitpunkt für die Arglosigkeit des Tatopfers abzustellen ist. Grundsätzlich kommt es auf die Lage des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs an. Eine Besonderheit gilt jedoch dann, wenn das Tatopfer in eine Falle gelockt wird oder der Täter dem Opfer auflauert, um es zu überraschen. In diesen Fällen kommt es nicht darauf an, wann das Tatopfer die Gefahr erkennt. Gleiches gilt, wenn der Täter dem Opfer zwar offen feindselig gegenübertritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und unmittelbarem Angriff aber so kurz ist, dass dem Opfer keine Möglichkeit der Abwehr bleibt.<sup>6</sup>

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, konnte A zwar die Angreifer um C erkennen, nicht aber den Angriff des A, der unmittelbar nach dem Schlag mit der Flasche zum Stich mit dem Messer ansetzte. Aus diesem Grund ist die Arglosigkeit des B zum Tatzeitpunkt zu bejahen.

**hemmer-Methode:** Die zeitliche Abschichtung ist bei der Heimtücke nicht immer einfach. Zeigen Sie an dieser Stelle, dass Sie entsprechend differenzieren können.

B konnte den A auch erst Sekundenbruchteile vor dem Stich mit dem Messer sehen und hatte keine Möglichkeit, eine Verteidigungshandlung einzuleiten. Er war dementsprechend bzgl. des Angriffs durch A aufgrund seiner Arglosigkeit auch wehrlos.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 24.09.2025 – 5 StR 423/25 = jurisbyhemmer.

<sup>6</sup> Zu alledem vgl. Fischer, StGB, § 211, Rn. 35 ff.

Genau dieses Überraschungsmoment nutzte A auch in feindseliger Absicht aus, sodass die Voraussetzungen der Heimtücke hier gegeben sind.

Das Vorliegen weiterer objektiver Mordmerkmale ist nicht ersichtlich. Der objektive Tatbestand der §§ 212 I, 211 II Gr. 2 Var. 1 StGB liegt vor.

## b) Subjektiver Tatbestand

Darüber hinaus müsste A vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands in Kenntnis seiner objektiven Tatbestandsmerkmale.

Der Begriff des Vorsatzes ist nicht legaldefiniert. Nach überzeugender Auffassung ist Wissen und Wollen des Täters erforderlich, nur so erscheint eine sachgerechte Abgrenzung zu den Fällen der bewussten Fahrlässigkeit möglich. Eventualvorsatz liegt damit hier vor, wenn der Täter den Eintritt des Todes als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn billigend in Kauf nimmt bzw. sich damit abfindet.

**hemmer-Methode:** Mehr müssen Sie an dieser Stelle regelmäßig nicht schreiben, wenn wie hier der Sachverhalt selbst von einer „billigenden Inkaufnahme“ spricht.

A wusste, dass er mit einem Messerstich in das Herz einer anderen Person diese Person töten konnte, er nahm den Tod des B auch billigend in Kauf. A handelte somit mit Tötungsvorsatz.

Zudem näherte sich A dem B bewusst unbemerkt von hinten und wusste auch um dessen aufgrund dieses Vorgehens nicht vorhandene Verteidigungsfähigkeit. Er handelte also auch vorsätzlich bzgl. der Arg- und Wehrlosigkeit des B.

Schließlich könnten hier auch noch subjektive Mordmerkmale nach § 211 II Gr. 1 StGB gegeben sein. Da ein Tatantrieb aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus Habgier hier nicht ersichtlich sind, kommt allein ein Mord aus sonstigen niedrigen Beweggründen in Betracht.

Sonstige niedrige Beweggründe sind Tatantriebe, die auf sittlich niedriger Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind.<sup>7</sup> Dabei sind die niedrigen Beweggründe als „Auffangmordmerkmal“ zu verstehen.

<sup>7</sup> Fischer, StGB, § 211, Rn. 14a.

Ist in dem niedrigen Beweggrund ein anderes Merkmal der Gr. 1 verwirklicht, so treten die sonstigen niedrigen Beweggründe hinter das jeweilige Merkmal zurück.<sup>8</sup>

Vorliegend handelte A, um sich einen Namen in der Drogenszene zu machen und sich vor seinem „Gruppenanführer“ zu profilieren und diesem bei der Wiederherstellung seiner Ehre zu helfen.

**Anmerkung:** Das Gericht der Vorinstanz hat diesen Tatantrieb als zumindest menschlich nachvollziehbar eingeordnet und dementsprechend einen Antrieb, der auf sittlich niedrigster Stufe steht, verneint. Anders sieht dies der BGH, vgl. die Ausführungen sogleich.

Ob ein Tatantrieb nach allgemein sittlicher Würdigung auf der niedrigsten Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist, richtet sich nach einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt. Zudem sind die Wertevorstellungen der Bundesrepublik Deutschland maßgeblich. Liegt ein Motivbündel vor und lässt sich nicht feststellen, ob eines der Motive eine für die Tat dominierende Rolle gespielt hat, so sind niedrige Beweggründe zu bejahen, wenn jedes der Motive auf sittlich niedrigster Stufe steht.

Hier handelt es sich, wie oben dargestellt, um ein solches Motivbündel. Welcher Antrieb handlungsleitend war, also das Imponieren des Anführers oder der Wille, sich in der Drogenszene einen Namen zu machen, lässt sich nicht feststellen. Sich in einer durch illegales Handeln geprägten Szene einen Namen machen zu wollen, steht auf sittlich niedrigster Stufe.

Auch bzgl. der Hilfe für den Anführer der Gruppe bei der Wiederherstellung seiner Ehre kommt man zu dem gleichen Ergebnis. Tötungen zur Bestrafung von Kontrahenten, zur Machtdemonstration oder zur Ausübung von Selbstjustiz rechtfertigen regelmäßig die Annahme niedriger Beweggründe. Auch der Einwand, dass A lediglich der Moral und den Regeln des Drogenhandels gefolgt sei, verfängt nicht, denn dies stellt einen unzutreffenden Maßstab für Tatmotive dar. Als Maßstab gelten die Wertevorstellung der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und eben nicht die Gesetze der „Straße“.<sup>9</sup>

Dementsprechend handelte A auch aus sonstigen niedrigen Beweggründen, sodass § 211 II Gr. 1 Var. 4 StGB zu bejahen ist.

<sup>8</sup> Fischer, StGB, § 211, Rn. 14.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 24.09.2025 – 5 StR 423/25 = jurisbyhemmer.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat ist rechtswidrig und A handelte schuldhaft.

## II. Ergebnis

A hat sich durch den Messerstich gegen B wegen Mordes nach §§ 212 I, 211 II Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

## D) Kommentar

**(bb).** Der BGH hat in der zugrunde liegenden Entscheidung zu Recht die Verneinung der Mordmerkmale durch die Vorinstanz als fehlerhaft beurteilt. Machen Sie sich mit den Maßstäben des BGH vertraut, gerade die Mordmerkmale sollten als „klassischer“ Prüfungstoff sitzen.

Bei der Heimtücke können Sie sich merken, dass kein vollständig „heimliches“ Vorgehen vorausgesetzt wird. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann das Opfer vielmehr auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass ihm keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen.<sup>10</sup>

In der Klausursituation kann überdies die Frage aufgeworfen werden, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bzw. eines schutzbereiten Dritten abzustellen ist. Hierzu können Sie sich verkürzt Folgendes merken:

- Das Opfer muss arglos sein, wenn der Täter unmittelbar zur Tat im Sinne von § 212 StGB ansetzt.
- Lockt der Täter sein Opfer planmäßig in eine Falle, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem das Opfer seine geschützte Position verlässt.
- Gehen Körperverletzungshandlungen unmittelbar in Tötungshandlungen über, erscheint es bei natürlicher Betrachtung sachgerecht, auf das Ansetzen zu den Körperverletzungshandlungen abzustellen, wenn der Überraschungseffekt noch fort dauert.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 18.11.2021 – 1 StR 397/21 = Life&LAW 06/2022, 381 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>11</sup> Vertiefend hierzu BGH, Beschluss vom 06.11.2014 – 4 StR 416/14 = Life&LAW 06/2015, 419 ff. = jurisbyhemmer.

## E) Wiederholungsfrage

- Bei Anwendung von § 28 StGB muss unter Umständen der Streit entschieden werden, ob § 211 StGB ein eigener Tatbestand (so BGH) oder eine Qualifikation zu § 212 StGB (so h.L.) darstellt. Wie könnte die Streitfrage klausurmäßig in folgendem Beispiel aufgebaut werden: A stiftet B dazu an, C zu töten. B tut dies und handelt dabei aus Habgier, was A weiß. A selbst verwirklicht kein Mordmerkmal.

B hat sich gem. §§ 212 I, 211 II Gr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

A könnte sich gem. §§ 212 I, 211 II Gr. 1 Var. 3, 26 StGB strafbar gemacht haben. Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat im Hinblick auf §§ 212 I, 211 II Gr. 1 Var. 3 StGB liegt vor. In Betracht käme jedoch eine Tatbestandsverschiebung, wenn § 28 II StGB zur Anwendung käme. Indes ist strittig, ob die subjektiven Mordmerkmale strafscharfend sind oder strafbarkeitsbegründend. Der Streit könnte dahinstehen, wenn beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis kommen.

Nach BGH stellt § 211 StGB einen eigenen Tatbestand dar, mithin könnte allenfalls § 28 I StGB Anwendung finden. Nach diesem Ansatz wäre also § 211 II Gr. 1 Var. 3 StGB die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat. Zu dieser hat A den B bestimmt. Zudem wusste A vom Vorliegen der Habgier bei B. Auf der Ebene der Strafzumessung könnte § 28 I StGB zugunsten des A zur Anwendung kommen. Dies setzt voraus, dass beim Täter ein besonderes persönliches Merkmal, welches die Strafbarkeit begründet, beim Täter vorliegt, beim Teilnehmer aber fehlt. So verhält es sich hier. Nach BGH hätte sich A hiernach wegen Anstiftung zu § 211 II Gr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht. Die Strafe wäre gem. §§ 28 I, 49 I StGB zwingend zu mildern.

Nach h.L. stellt § 211 StGB eine Qualifikation zu § 212 StGB dar. Mithin kann es bei den subjektiven Mordmerkmalen gem. § 28 II StGB zu einer Tatbestandsverschiebung kommen. Entscheidend ist nach diesem Ansatz allein, ob bzw. welche subjektiven Mordmerkmale beim Teilnehmer selbst erfüllt sind (sog. „Durchbrechung der Akzessorietät“). Auch die Kenntnis von etwaigen subjektiven Mordmerkmalen beim Täter spielt keine Rolle. Vorliegend hat A in seiner Person keine subjektiven Mordmerkmale verwirklicht. Da auch keine tatbezogenen Mordmerkmale ersichtlich sind, kann bei A als vorsätzliche rechtswidrige Haupttat allein § 212 I StGB zum Ansatz kommen. Die Ergebnisse

sind unterschiedlich, der Streit ist zu entscheiden. [hier erfolgt sodann der Streitentscheid; beide Auffassungen sind vertretbar].<sup>12</sup>

Nach Auffassung der h.L. hat sich A (nur) wegen Anstiftung zum Totschlag gem. §§ 212 I, 26 StGB unter Anwendung von § 28 II StGB strafbar gemacht.

## F) Zur Vertiefung

### Zum Mordtatbestand, § 211 StGB

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafrecht BT II, Rn. 34 ff.

<sup>12</sup> Vgl. zum Streit Fischer, StGB, § 211, Rn. 87 ff. m.w.N.

BGH, Beschluss vom 14.08.2025, 5 StR 520/24 = [jurisbyhemmer](#)

## 6 Mittelbare Täterschaft: Mitwirkung eines Arztes als „Freitodbegleiter“

+++ Totschlag in einem minder schweren Fall, §§ 212 I, 213 StGB +++ Mittelbare Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB +++ Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zum Suizid +++ Begleitung eines Suizids +++

**Sachverhalt (stark abgewandelt und stark vereinfacht):** T ist pensionierter Arzt und bietet seine Dienste als sog. „Freitodbegleiter“ an. Er wurde von O kontaktiert, die sich in einer akuten depressiven Episode ihrer manisch-depressiven Grunderkrankung befand, und ihn bat, sie bei ihrer Selbsttötung zu unterstützen. Nach einem Gespräch erklärte sich T hierzu bereit. Er erkannte dabei, dass eine depressive Erkrankung die freie Willensbildung beeinflussen kann. O wurde aufgrund eines vorherigen Suizidversuchs aufgrund einer richterlichen Anordnung in einer psychiatrischen Klinik untergebracht. T wurde ein Hausverbot von der Klinik erteilt, hielt jedoch engen telefonischen Kontakt mit O und versicherte ihr fortwährend, sie jederzeit bei ihrer Selbsttötung unterstützen zu wollen.

O konnte unter dem Einfluss ihrer depressiven Erkrankung weder die ihr in der Klinik angebotenen Behandlungsmöglichkeiten noch ihr Leben und ihre Zukunftsperspektiven realitätsgerecht einschätzen. Fälschlicherweise sah sie sich als „austherapiert“ an und meinte, in ihrem Leben noch nie glücklich gewesen zu sein und folglich nie mehr glücklich sein zu können. Mehrfach teilte sie T mit, seine Unterstützung nicht mehr zu benötigen, da sie weiterleben wolle, nur um ihn dann erneut um Unterstützung zu bitten. T erkannte ihre Ambivalenz. Um der O die Angst vor einem Misslingen und vor ihren befürchteten Folgeschäden zu nehmen, versicherte er ihr der Wahrheit zuwider, ihr Versterben, falls nötig, durch Gabe zuzätzlicher Mittel sicherzustellen.

Am Tag ihrer Klinikentlassung nahm O zunächst wieder einmal gegenüber T von einer Selbsttötung Abstand. Nur Minuten später bat sie ihn um Unterstützung für eine Selbsttötung noch am selben Tag, wozu T sich bereit erklärte. Er traf sich nur Stunden nach der Entlassung mit O in einem Hotelzimmer, legte ihr einen Zugang und schloss eine Infusion an, die er mit einem nur ihm als Arzt zugänglichen Narkosemittel versetzte. O öffnete den Durchflussregler und verstarb.

Es steht fest, dass O den Entschluss, ihr Leben zu beenden, nicht freiverantwortlich getroffen hat. Gründe hierfür waren der Einfluss der akuten depressiven Episode auf ihre Willensbildung, die Labilität des Todeswunsches und die manipulative Zusicherung des T.

**Strafbarkeit des T gem. §§ 212 I, 213, 25 I Alt. 2 StGB?**

### A) Sound

Die Mitwirkung an einem eigenhändig vollzogenen Suizid ist ein in mittelbarer Täterschaft begangenes Tötungsdelikt, wenn der Suizident seinen Entschluss nicht freiverantwortlich getroffen hat, der Mitwirkende dies zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt und sich täterschaftlich an dem Geschehen beteiligt.

### B) Problemaufriss

Der BGH hatte es hier mit einem Klausurklassiker zu tun. Bei der Abgrenzung zwischen einer straflosen Teilnahme am eigenverantwortlichen Suizid

und einem Totschlag in mittelbarer Täterschaft kommt es darauf an, die Informationen aus dem Sachverhalt zur Suizidentscheidung richtig zu deuten und die verfassungsrechtliche Dimension zu berücksichtigen.

### C) Lösung

#### I. Strafbarkeit gemäß §§ 212 I, 213, 25 I Alt. 2 StGB

T könnte sich durch das Einwirken auf O und das Legen der tödlichen Infusion wegen eines Totschlags in einem minder schweren Fall in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 I, 213, 25 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

# „ERFOLG IST KEIN ZUFALL“

## DIE TIPPS DER EXAMENSBESTEN!

VON ERFOLGREICHEN JURIST\*INNEN PROFITIEREN – LIFE&LAW MÖCHTE WISSEN, WIE SICH EXAMENSKANDIDATINNEN UND KANDIDATEN AUF DAS EXAMEN VORBEREITET HABEN. WIR HABEN DAZU MIT LENA GÖTZE GESPROCHEN, DIE EHEMALIGE KURSTEILNEHMERIN IN LEIPZIG UND LANDESLISTENPLATZERSTE IN SACHSEN 2025II ERZÄHLT IM INTERVIEW ÜBER IHRE ZEIT WÄHREND DER EXAMENSVORBEREITUNG.

**Life&LAW:** Wie kam es dazu, dass Sie sich für ein Jurastudium entschieden haben, was hat Sie an dieser Studienrichtung besonders gereizt?

**Lena Götz:** Schon in der Schule war ich Teil des Debattierteams und habe regelmäßig an Wettbewerben teilgenommen. Dabei hat es mir besonders Spaß gemacht, einen Sachverhalt aus mehreren Perspektiven zu überdenken, Zusammenhänge zu verstehen und selbst Argumente zu entwickeln. Nach dem Abitur habe ich dann erstmal einen europäischen Freiwilligendienst bei einer NGO absolviert. Dort habe ich immer wieder beobachten können, wie wichtig und vielseitig einsetzbar juristische Fähigkeiten sein können. In dieser Zeit kam mir die Idee, Jura zu studieren. Nach meiner Rückkehr nach Deutschland habe ich dann noch ein Praktikum im juristischen Bereich absolviert, welches mich in diesem Entschluss bestärkt hat. Für mich war das Jurastudium auch gerade deshalb interessant, weil es die Möglichkeit eröffnet, viele unterschiedliche Berufe auszuüben.



LENA GÖTZE

# „Die Examensvorbereitung ist ein Marathon und kein Sprint und auch Erholung ist wirklich wichtig.“

Letztendlich habe ich mich dann zum Oktober 2020 für das Studium eingeschrieben und bereits im ersten Semester gemerkt, dass es mir viel Spaß macht.

## **Was hat Sie dazu bewogen, den hemmer-Kurs zu wählen?**

Ich habe die Infoveranstaltungen verschiedener Repetitorien besucht. Richard und Marvin vom hemmer Leipzig-Kurs haben mir von Anfang an die Sicherheit vermittelt, den examensrelevanten Stoff kompetent und – soweit dies möglich ist – vollständig in den Ablaufplan des Repetitoriums eingegliedert zu haben. Darüber hinaus hat es mich auch sehr angesprochen, im hemmer-Rep aktiv gefordert zu werden und kein „stiller Zuhörer“ sein zu können. Auch das Konzept vom „Lernen am großen Fall“ stellt meiner Meinung nach einen riesigen Vorteil dar. Auf diese Weise ist man gezwungen, nicht nur stumpf Theorien oder Argumente auswendig zu lernen, sondern von Anfang an zu verstehen, wie der Aufbau im Gutachten und später auch in der Examensklausur gelingt.

## **Inwiefern konnten Sie von Ihrer Teilnahme am hemmer-Kurs profitieren?**

Die Teilnahme am hemmer-Kurs hat mich einerseits fachlich sehr weitergebracht – vor allem im Zivilrecht und in den Nebengebieten habe ich mein Wissen aus dem Studium vervollständigen und vertiefen können. Insbesondere in Richards Zivilrecht-Kursen hatte ich immer wieder „Aha-Momente“, in denen mir Grundprinzipien oder Zusammenhänge zwischen den einzelnen Rechtsgebieten klar wurden, die mein Rechtsverständnis nachhaltig verbesserten.

Darüber hinaus hat mir der hemmer-Kurs eine feste Struktur vorgegeben, an der ich meine restliche Examensvorbereitung ausrichten konnte. Im Jurastudium bekommt man nicht viel Feedback. Deswegen hat es sehr geholfen, durch das Repetitorium einen Austausch mit Kommilitonen und Kommilitoninnen zu haben und auch von den Dozierenden eine Rückmeldung über den eigenen Lernfortschritt zu erhalten.

Und nicht zuletzt habe ich auch vom Gemeinschaftsgefühl im Kurs profitiert – es ist sehr motivierend, diese herausfordernde Zeit gemeinsam mit den Freunden und Freundinnen aus dem Kurs zu bewältigen.

## **Behalten Sie die Repetitoriumszeit in guter Erinnerung?**

Ja, auf jeden Fall! Es ist kein Geheimnis, dass die Zeit vor dem ersten Examen stressig ist, aber aus dem Repetitorium werden mir auch die vielen lustigen Momente im Kurs und mit meinen Freunden und Freundinnen in Erinnerung bleiben.

## **Welche Ratschläge würden Sie den derzeitigen Teilnehmern des hemmer-Kurses geben, insbesondere in Bezug auf die effektive Vorbereitung auf das Examen während des Repetitoriums?**

Der potenziell examensrelevante Stoff ist enorm umfangreich und man kann nicht alles lernen. Das Repetitorium hilft euch dabei, zu priorisieren, was erfahrungsgemäß wirklich wichtig ist. Ich würde empfehlen, diesen Stoff konzentriert nachzuarbeiten und auch die Probeklausuren zu schreiben und nachzuarbeiten. Wenn ihr danach noch weitere Kapazitäten habt, könnt ihr einzelne Rechtsgebiete natürlich noch vertiefen, der Fokus sollte aber eindeutig auf der Nacharbeit des Repetitoriums liegen. Vernachlässigt dabei auch nicht das Auswendiglernen.

Nehmt euch ohne schlechtes Gewissen mindestens einen komplett freien Tag pro Woche und versucht, auch unter der Woche Zeit für Hobbies und Freunde zu schaffen. Auch, wenn es abgedroschen klingt: Die Examensvorbereitung ist ein Marathon und kein Sprint und auch Erholung ist wirklich wichtig.

## **Wie haben Sie neben dem hemmer-Kurs Ihre Zeit eingeteilt, hatten Sie einen festen Lernplan?**

Während des hemmer-Kurses habe ich mich darauf konzentriert, die Inhalte des Kurses wirklich zu verinnerlichen. Am Tag nach den Kurseinheiten bin ich die Falllösungen und meine Mitschriften aus dem Kurs durchgegangen, habe den Stoff wiederholt und gegebenenfalls offene Fragen nachgeschlagen. Schon während meines Studiums hatte ich mir mit der Notion-App interaktive Zusammenfassungen für die einzelnen Rechtsgebiete erstellt. Diese habe ich dann mit den neuen Erkenntnissen aus dem Repetitorium ergänzt und gegebenenfalls neu strukturiert. Auch Erkenntnisse, die ich aus der Nacharbeit von Klausuren oder aus anderen Quellen gezogen habe, habe ich in den jeweiligen Notion-Seiten eingefügt.

So konnte ich mir immer klarmachen, in welchen Gesamtzusammenhang sich die Themen einordnen. Durch die „Toggle-Funktion“ konnte ich die Zusammenfassungen auch wie Karteikarten zum Lernen verwenden.

Ich habe immer in der Bibliothek gelernt und dabei darauf geachtet, unter der Woche konstante Lernzeiten einzuhalten. In besonders intensiven Wochen musste ich gelegentlich auch länger bleiben, um mit dem Repetitorium Schritt zu halten. Dafür habe ich versucht, mir am Wochenende mindestens einen, idealerweise zwei freie Tage zu gönnen.

Nach dem Ende des Repetitoriums habe ich mich noch ein Semester selbstständig auf das Examen vorbereitet. In dieser Zeit habe ich mir die Wochen bis zum Examen nach Themengebieten eingeteilt. Somit wusste ich genau, wie viel Zeit mir bleibt, um jedes Rechtsgebiet zu wiederholen. Diese Gewissheit hat mir geholfen, nicht den Überblick zu verlieren und Zwischenziele zu etablieren, auf die ich hinarbeiten konnte.

**Wie haben Sie Ihr mentales Mindset während des anspruchsvollen Jurastudiums aufrechterhalten? Gab es bestimmte Techniken oder Gewohnheiten, die Ihnen geholfen haben, motiviert und fokussiert zu bleiben?**

Mir hat es sehr geholfen, einen festen Tagesrhythmus zu haben. Morgens bin ich immer ungefähr um dieselbe Zeit in die Bibliothek gegangen und habe mir einen Überblick über die Aufgaben verschafft, die ich an diesem Tag erledigen wollte. Danach habe ich diese priorisiert und losgelegt. Auf diese Weise konnte ich jedes Mal, wenn ich ein To-Do abhaken konnte, einen kleinen Erfolgsmoment kreieren.

Außerdem haben mir die Mittagspausen mit meinen Freunden und Freundinnen und gemeinsame Lerngruppentreffen geholfen, auch an langen Bib-Tagen die gute Laune nicht zu verlieren. Auch Yoga, Bewegung an der frischen Luft, Urlaube und freie Tage ohne Gedanken an Jura sind wichtig, um die lange Zeit der Examensvorbereitung zu verkraften.

**Wie übersteht man die Zeit der Examensvorbereitung, ohne am Schluss völlig ausgelaugt zu sein? Wie haben Sie Ihre Work-Life-Balance während des Studiums aufrechterhalten?**

Meiner Meinung nach ist es normal, nach dem Examen erst einmal erschöpft zu sein und eine Pause zu brauchen. Der positive Effekt von Pausen und Freizeit auch in der Phase der Examensvorbereitung ist jedoch nicht zu unterschätzen: Gerade diese kleinen Auszeiten helfen, den Blick für das Leben außerhalb der „Examens-Bubble“ nicht zu verlieren. Zugegebenermaßen habe ich das Rezept für die perfekte



Work-Life-Balance noch nicht gefunden. Gerade in der Zeit unmittelbar vor dem Examen ist das „Life“ sicher auch das ein oder andere Mal zu kurz gekommen. Insgesamt habe ich in der Examensvorbereitung darauf geachtet, meine Wochenenden möglichst frei zu gestalten und mich in dieser Zeit auch aktiv zu verabreden, um mich vom Examensstress abzulenken. Ich habe mich bewusst dafür entschieden, auch während der Examensvorbereitung Urlaube zu machen – natürlich war es vor allem während des Repetitoriums anstrengend, den Stoff anschließend wieder aufzuholen. Wenn das aber erstmal geschafft war, habe ich jedes Mal gemerkt, wie viel ausgeglichener und zufriedener man nach einer kleinen Auszeit in den Alltag zurückkehren kann.

Am Ende ist auch das Examen „nur“ eine Prüfung und entscheidet nicht allein über Glück oder Unglück im Leben. Das sollte man sich immer wieder vor Augen halten.

**Was waren die herausforderndsten Aspekte Ihres Studiums und wie haben Sie sie gemeistert?**

Am herausforderndsten waren für mich definitiv die letzten Monate vor dem Examen. In dieser Zeit hat es mir geholfen, jeden Tag feste Ziele und einen Zeitplan zu haben, an dem ich mich orientieren konnte. Außerdem haben mir meine Freunde und Freundinnen, meine Familie und mein Partner geholfen, die mir in dieser Zeit viele Aufgaben abgenommen haben und immer motivierende und aufmunternde Worte für mich gefunden haben.



### **Welche Rolle spielt die Selbstfürsorge in Ihrem Leben und wie integrieren Sie sie in Ihre tägliche Routine?**

Gerade in der Zeit unmittelbar vor dem Examen ist Selbstfürsorge sehr wichtig. Für mich bedeutet Selbstfürsorge, mir aktiv Zeit für Hobbies und Freundschaften zu nehmen, genug zu schlafen und jeden Tag, nachdem ich aus der Bib nach Hause komme, Zeit für mich zu nehmen.

### **Gibt es bestimmte Hobbys oder Interessen außerhalb des Rechtsbereichs, die Ihnen helfen, einen Ausgleich zu Ihrem Studium zu finden?**

Für mich ist der wichtigste Ausgleich neben dem Studium, genügend Zeit mit Freunden und Freundinnen und in der Natur zu verbringen. In schwierigen Phasen der Examensvorbereitung hat es mir immer sehr geholfen, mich zu einem Spaziergang, Kinoabend, Nachmittag am See oder einer anderen Aktivität zu verabreden und einfach mal einige Stunden gar nicht über Jura oder das Examen nachzudenken. Ich weiß, dass die Versuchung gerade in den Wochen vor dem Examen riesig ist, jede Minute produktiv nutzen zu wollen. Aus eigener Erfahrung kann ich aber sagen, dass bewusste Pausen genauso wichtig sind, um leistungsfähig zu bleiben.

### **Welche Bedeutung hatte Ihre Examensnote für Ihren weiteren beruflichen Werdegang? Hat sie Ihnen Türen geöffnet oder andere Möglichkeiten eröffnet?**

Gerade beende ich noch den universitären Teil meines Examens. Ich arbeite zurzeit an meiner Seminararbeit und verbringe die meiste Zeit in der Bibliothek, wie während der Examensvorbereitung. Anschließend möchte ich bis zum Beginn des Referendariats ein Praktikum bei einer Großkanzlei machen. Dafür ist eine gute Examensnote natürlich hilfreich.

### **Welche Ratschläge würden Sie jungen Menschen geben, die sich für ein Jurastudium interessieren? Gibt es wichtige Tipps, die Sie weitergeben möchten?**

Wenn ihr gern logisch denkt, argumentiert und euch für die Regeln des zwischenmenschlichen Zusammenlebens interessiert, ist ein Jurastudium genau das Richtige für euch! Das Studium ist sehr spannend, erfordert aber viel Disziplin und Durchhaltevermögen. Es lohnt sich, schon am Anfang des Studiums die Grundlagen für eine erfolgreiche Examensvorbereitung zu setzen.

Besucht die Arbeitsgemeinschaften und versucht, während des Grund- und Hauptstudiums die Inhalte der Vorlesungen nicht nur theoretisch zu wiederholen, sondern auch „am Fall“ zu trainieren. Macht euch gegen Ende eures Hauptstudiums einen Plan,

wann und wie ihr mit der Examensvorbereitung beginnen wollt und welchen Examenstermin ihr anstrebt. Schreibt Probeklausuren unter Examenbedingungen und lasst euch auch von schlechten Ergebnissen nicht demotivieren – auch das Durchfallen gehört in dieser Phase dazu. Achtet darauf, welche Lernmethoden für euch funktionieren und vergleicht eure Lernzeiten nicht mit anderen!

### **Wie geht es nach dem 1. Examen weiter? Lohnt sich Ihrer Meinung nach der Weg direkt ins Referendariat?**

Nach einem Praktikum im Sommer möchte ich direkt ins Referendariat starten. Ich hoffe, dass sich dieser Weg lohnen wird! Ich möchte nicht zu lange pausieren, um nicht zu viel zu vergessen. Gerade im materiellen Recht ist man im Ersten Staatsexamen auf dem Höhepunkt und das Wissen muss präsent bleiben.

### **Haben Sie schon eine Idee, wohin Sie sich beruflich entwickeln wollen?**

Ich möchte die Stationen im Referendariat nutzen, um mehr Klarheit über meine berufliche Zukunft zu gewinnen. Im Moment könnte ich mir für meinen weiteren beruflichen Werdegang sowohl die Arbeit in der Justiz, aber auch eine Tätigkeit in einer Kanzlei vorstellen. Ich bin also noch unentschlossen.

### **Wie planen Sie, Ihre Work-Life-Balance auch in Ihrer zukünftigen beruflichen Karriere aufrechtzuerhalten?**

Ich hoffe, die Lektionen aus meiner Examensvorbereitung auch in der Zukunft anwenden zu können: eine feste Tagesstruktur mit Lern- und Pausenzeiten, genügend Freizeit und ein stabiles soziales Umfeld, um regelmäßig auf andere Gedanken zu kommen.

### **Danke für das Interview!**

## **BUCHTIPP ZUR EFFEKTIVEN EXAMENSVORBEREITUNG**

**„COACH DICH!**

**RATIONALES EFFEKTIVITÄTSTRAINING ZUR ÜBERWINDUNG EMOTIONALER BLOCKADEN“**

**Albert Ellis/Petra Jacobi/Dieter Schwartz**

Mit Hilfe einer neuen Lebensphilosophie Blockaden überwinden und basale Führungsfähigkeiten ausbauen wie:

**Entscheidungsfähigkeit, Konzentrationsfähigkeit, Selbstdisziplin, Selbstakzeptanz, Optimierung der Beziehungen zu KonkurrentenInnen und MitarbeiterInnen, Überwindung feindseliger und depressiver Gefühle**

**erhältlich als Taschenbuch und eBook**

**WWW.HEMMER-SHOP.DE**

## 1. Tatbestand

### a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 212 I StGB müsste erfüllt sein. Hierzu müsste T einen anderen Menschen getötet haben. Da er dies nicht selbst unmittelbar getan hat, kommt allein eine mittelbare Täterschaft in Betracht. T könnte mittels der O als „Werkzeug gegen sich selbst“ diese getötet haben. Für eine solche Zurechnung gem. § 25 I Alt. 2 StGB müsste O eine Werkzeugqualität aufweisen und T als Hintermann über die entsprechende Tatherrschaft verfügen. Einer Werkzeugqualität von O würde es entgegenstehen, wenn sie sich freiverantwortlich selbst getötet hat.

#### aa) Freiverantwortlichkeit der Suizidentscheidung

Der Rechtsbegriff der Freiverantwortlichkeit bezeichnet ein normatives Kriterium, das der wertenden Zuschreibung der Verantwortung für die eigenhändige Umsetzung eines Suizidentschlusses dient. Ist der Suizid freiverantwortlich beschlossen, liegt die zum Tode führende Handlung des Suizidenten allein in dessen Verantwortungsbereich.

Ist der Suizid nicht freiverantwortlich beschlossen, kann die Mitwirkung eines anderen hingegen dessen strafrechtliche Verantwortung begründen. Der tatsächliche Bezugspunkt für die erforderliche normative Bewertung der Freiverantwortlichkeit ist der Wille des Suizidenten. Entspricht die Entscheidung zur Selbsttötung seinem autonom und frei gebildeten Willen, ist sie als freiverantwortlich anzuerkennen.

Erfolgt der Suizid freiverantwortlich, so begründet seine bloße Veranlassung oder die Überredung dazu keine strafbare Tötung in mittelbarer Täterschaft. Der Suizident büßt durch bloße Überredung nicht notwendigerweise seine Freiverantwortlichkeit ein und wird damit auch nicht zum Werkzeug des Bestimmenden. Ansonsten müsste die allgemein als Möglichkeit der straflosen Suizidbeteiligung anerkannte Anstiftung regelmäßig zu einer mittelbaren Täterschaft führen, wenn sie über eine psychische Beihilfe hinausgeht.<sup>1</sup>

**Anmerkung:** Die Frage nach der Ernstlichkeit des Tötungsverlangens gem. § 216 StGB wird nach dem gleichen Maßstab beurteilt.<sup>2</sup> Das Verlangen ist als nicht ernstlich anzusehen, wenn die Willensbildung nicht frei war.

<sup>1</sup> Vgl. TüKo, StGB, § 216, Rn. 27.

<sup>2</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 216, Rn. 9.

*Dies ist etwa der Fall, wenn das Verlangen auf arglistiger Täuschung oder Vorspiegelung eigener Suizidabsichten des Täters beruht oder wenn eine psychische Störung vorliegt, soweit diese einer vernünftigen Abwägung entgegensteht.*

Die Verneinung der Freiverantwortlichkeit setzt die Willensbildung betreffende Defizite voraus. Welche Umstände normativ geeignet sind, als Defizit der Willensbildung die Freiverantwortlichkeit einer Suizidentscheidung auszuschließen, hat sich an den Vorgaben des Gesetzes zu orientieren. Es kommen alle Umstände in Betracht, denen das Gesetz Bedeutung für eine fehlerfreie Willensbildung zuspricht. Die Freiverantwortlichkeit können deshalb solche Umstände ausschließen, die nach § 20 StGB zur Aufhebung der strafrechtlichen Verantwortung eines Beschuldigten für eigene Handlungen führen können.

**Anmerkung:** § 20 StGB regelt nicht nur die Schuldunfähigkeit bei psychischen Erkrankungen, sondern auch bei einer starken Alkoholisierung. Der BGH prüft anhand des Einzelfalls, ob eine Schuldunfähigkeit oder zumindest eine Minderung der Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB vorliegt. Jedoch lassen sich trotzdem ungefähre Grenzen für die Annahme einer Schuldunfähigkeit bestimmen. So kann bei Nicht-Tötungsdelikten ab einer Blutalkoholkonzentration (BAK) von ca. 3,0 Promille von einer Schuldunfähigkeit ausgegangen werden. Bei Tötungsdelikten ist diese Grenze aufgrund der Schwere der Straftaten höher anzusetzen. Hier wird die Grenze der Schuldunfähigkeit ab ca. 3,3 Promille BAK erreicht. Jedoch sollte in der Klausur immer im Einzelfall geprüft werden, ob eine Schuldunfähigkeit des Täters in Betracht kommt. Fehlen indes nähere Angaben, etwa zu einer besonderen „Trinkgewohnheit“, darf in der Klausur von den genannten Grenzwerten ausgegangen werden.

Ebenfalls in Betracht kommen Umstände, die einem Tötungsvorsatz die Ernstlichkeit und damit die ihm nach § 216 I StGB zukommende privilegierende Wirkung nehmen können. Für die Suizidentscheidung psychisch Erkrankter gilt nicht anderes. Entscheidend ist demnach auch hier, ob zum Zeitpunkt der Entscheidung die Willensbildung betreffende Defizite vorliegen, die die Freiverantwortlichkeit ausschließen. Dabei ist gleichgültig, ob diese Defizite auf der Erkrankung oder auf einer anderen Ursache beruhen. Es ist dabei zu beachten, dass psychische Erkrankungen eine erhebliche Gefahr für eine freie Suizidentscheidung darstellen. Vor allem im Hinblick auf die Unumkehrbarkeit des Vollzugs einer Suizidentscheidung gebietet die Bedeutung des Lebens als Höchstwert eine besonders

sorgfältige Prüfung dahin, ob der Entschluss das feststehende Ereignis einer realitätsbezogenen Abwägung ist und nicht lediglich ein Ausdruck einer durch einen akuten Krankheitsschub verursachten vorübergehenden Lebenskrise.

Auch eine äußere Einflussnahme kann grundsätzlich als ein gegen die Freiverantwortlichkeit der Entscheidungsfindung sprechender Umstand angesehen werden. Dies ist dann der Fall, wenn eine reflektierte Entscheidung orientiert am eigenen Selbstbild bspw. durch Zwang, Drohung, Täuschung oder in sonstiger Weise beeinträchtigt wird.

### bb) Übertragung auf den vorliegenden Fall

Zu prüfen ist anhand der dargestellten Maßstäbe, ob O ihre Suizidentscheidung freiverantwortlich getroffen hat. Vorliegend litt O unter einer Einschränkung ihrer natürlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie der Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln.

**Anmerkung:** Die Problematik der „Freiverantwortlichkeit“ darf nicht mit dem sog. tatbestandsausschließenden Einverständnis verwechselt werden. Dieses wird nur bei Tatbeständen geprüft, die ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Rechtsgutsträgers voraussetzen (bspw. bei § 123 StGB oder § 242 StGB). Dabei ist es irrelevant, ob dieses Einverständnis durch eine Täuschung erlangt wurde.

Das tatbestandsausschließende Einverständnis darf wiederum nicht mit der rechtfertigenden Einwilligung durcheinandergebracht werden. Während beim Einverständnis die Tatbestandsmäßigkeit entfällt, stellt die Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund dar. So sind bei der rechtfertigenden Einwilligung Willensmängel grundsätzlich beachtlich und es muss ein subjektives Rechtfertigungselement vorliegen.

O war durch den Einfluss ihrer akuten depressiven Störung zur Tatzeit nicht in der Lage, eine realitätsgerechte Abwägung des Für und Wider einer Selbsttötung vorzunehmen. Die Erkrankung führte dazu, dass O die Potentiale der ihr während der Krankenhausunterbringung angebotenen Behandlungsmöglichkeiten nicht vollständig erfassen und in ihre Abwägung einstellen konnte, da sie unter dem Einfluss der Depression deren Erfolgchancen unterschätzte und mögliche Nebenwirkungen überbetonte. Aufgrund dessen hat O sich hoffnungslos gefühlt und ihre Erkrankung als „austherapiert“ eingeschätzt. Durch die affektive Verzerrung ihres Denkens ist der O insgesamt eine realitätsgerechte Einschätzung ihres Lebens, ihrer Vergangenheit und ihrer Zukunftsaussichten unmöglich gewesen. Sie war krankheitsbedingt davon überzeugt, noch nie in ihrem Leben glücklich

gewesen zu sein und folglich auch nie mehr glücklich sein zu können.

Grundsätzlich spricht es auch gegen die Freiverantwortlichkeit, wenn der Suizidentscheidung eine gewisse Dauerhaftigkeit sowie innere Festigkeit und Zielstrebigkeit fehlt. Dies ist hier vorliegend der Fall, da der Suizidwille der O in den Wochen ihrer Unterbringung im Krankenhaus bis zum Tag ihres Todes keine Festigkeit aufwies, sondern sehr labil war. Hierfür spricht gerade, dass O sich immer wieder von ihrem Suizidversuch abwendete, nur um dann wieder ihrem Verlangen nach einem Ende ihres Lebens Ausdruck zu verleihen.

Des Weiteren gilt es zu betrachten, wie sich die Handlungen des T auf die Freiverantwortlichkeit der Suizidentscheidung der O ausgewirkt haben.

Dabei ist davon auszugehen, dass auch eine äußere Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung die Freiverantwortlichkeit beeinträchtigen kann. Eine solche Einflussnahme kann hier in der falschen Zusicherung des T gesehen werden, zusätzliche Mittel zu verwenden, um ein sicheres Ableben der O zu gewährleisten. Mit dieser Äußerung manipulierte T den Prozess der Entscheidungsfindung der O. In ihrem Abwägungsprozess spielte das Risiko eines Fehlschlags des Suizids gewichtig gegen einen Versuch der Selbsttötung, da sie sich vor den möglicherweise daraus resultierenden Schäden und Zwangsmaßnahmen fürchtete. Durch sein wahrheitswidriges Versprechen beseitigte T diese inneren Hemmungen bei O. Somit ist die Suizidentscheidung der O unter Berücksichtigung aller Umstände als nicht freiverantwortlich zu bewerten.

**Zwischenergebnis:** Mangels eines freiverantwortlichen Willensentschlusses der O kommt ihr grundsätzlich eine Werkzeugqualität i.S.v. § 25 I Alt. 2 StGB zu.

### cc) Tatherrschaft des T

Weitere Voraussetzung für eine Zurechnung gem. § 25 I Alt. 2 StGB ist, dass T als Hintermann auch über eine entsprechende Tatherrschaft verfügte. Mittelbarer Täter ist dabei, wer eine Straftat durch einen anderen begeht. Der mittelbare Täter muss die vom Täterwillen getragene, objektive Tatherrschaft innehaben.

**Anmerkung:** Die sog. Tatherrschaftslehre stellt dabei die gängige Theorie zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme dar. Täter ist demnach, wer als Zentralgestalt des Geschehens die Tatherrschaft besitzt und die Tat nach seinem Willen ablaufen lassen oder hemmen kann. Teilnehmer ist dagegen, wer als Randgestalt des Geschehens nur eine fremde Tat fördern oder ermöglichen will und keine Tatherrschaft besitzt.

Die früher herrschende sog. subjektive Theorie nimmt die Abgrenzung allein anhand des Willens der Tatbeteiligten vor. Täter wäre demnach, wer die Tat als eigene will (lat.: *animus auctoris*). Teilnehmer ist, wer die Tat eines anderen fördern will (lat.: *animus socii*).

T nahm vorliegend vielfach Einfluss auf das Geschehen. Er hielt während der Unterbringung der O engen telefonischen Kontakt mit dieser, nachdem ihm ein Hausverbot erteilt worden war. Hierbei versicherte er O, die in ihrem Entschluss zum Suizid regelmäßig schwankte, seine jederzeitige und kurzfristige Bereitschaft, ihren Suizid zu unterstützen. Er tat dies zuletzt sogar am Tag ihrer Entlassung.

Für das unmittelbar zum Tod führende Geschehen erbrachte T zentrale und für den tatbestandlichen Erfolg unverzichtbare Tatbeiträge. Er stellte das nicht frei erhältliche Narkosemittel zur Verfügung, auf das er als Arzt Zugriff hatte. Er brachte auch die medizinischen Utensilien für die Infusion mit, so dass O den von T hergestellten todbringenden Mechanismus schließlich nur noch durch das Öffnen eines Durchflussreglers in Gang setzen musste.

Dabei ist eine mittelbare Täterschaft des T nicht deshalb ausgeschlossen, weil O den unmittelbar zum Tod führenden Akt selbst vornahm. Die Abgrenzung danach, ob die Sterbewillige sich in die Hand eines Dritten begibt und den Tod dulddend entgegennimmt oder aber bis zuletzt das Geschehen in den Händen hält, ist allein für die Frage einer unmittelbaren Täterschaft bei der Mitwirkung an einer freien Suizidentscheidung maßgeblich.<sup>3</sup> Ist der Suizid dagegen nicht freiverantwortlich beschlossen und ist dies vom Vorsatz des Mitwirkenden erfasst, kann nach allgemeinen Grundsätzen jede vom Täterwillen getragene steuernde Einflussnahme auf das Geschehen eine mittelbare Täterschaft begründen.

Dies macht eine straffreie ärztliche Suizidassistenz auch nicht grundsätzlich unmöglich. Es setzt ihr nur die verfassungsrechtlich zur Verhinderung des Vollzugs unfreier Suizidentscheidungen gebotenen Grenzen.<sup>4</sup> Auch stellt sich das Handeln des T, der seinen eigenen Zielen und Überzeugungen Vorrang vor den Bedürfnissen der O gab, insgesamt nicht als ärztliche Suizidhilfe dar.

**Zwischenergebnis:** T besaß die erforderliche Tatherrschaft und war somit mittelbarer Täter gem. § 25 I Alt. 2 StGB. Ihm kann hiernach die Hand-

lung von O, nämlich das Öffnen des Durchflussreglers, wie eigenes Handeln zugerechnet werden. Der objektive Tatbestand von §§ 212 I, 25 I Alt. 2 StGB ist erfüllt.

## b) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein. Hierfür müsste T vorsätzlich gem. § 15 StGB gehandelt haben. Vorsatz ist dabei der Wille zur Tatbestandsverwirklichung bei Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Dies wäre der Fall, wenn T es zumindest für möglich gehalten hätte, dass O ihren Suizidentschluss nicht freiverantwortlich getroffen hat und dies billigend in Kauf nahm.

Vorliegend hat T sowohl die akute Beeinflussung durch die Depression als auch die hieraus resultierende Ambivalenz der O in ihrem Wunsch, zu sterben, bemerkt. Zudem hat er sogar gezielt und absichtlich in manipulativer Weise Einfluss auf die in ihrer Entscheidung schwankende O genommen, indem er ihr der Wahrheit zuwider zusicherte, ihr Versterben durch die zusätzliche Gabe von Mitteln sicherzustellen. In der Motivation des T, den Suizidwillen ohne Rücksicht auf ihre psychische Erkrankung zu unterstützen, lässt sich das Wissen und Wollen bezüglich seiner Tatherrschaft belegen. T verfolgte die Selbsttötung der O als eigenes Anliegen und ließ sich hiervon auch nicht abbringen. Er hatte somit den Willen zur Tötung der O in mittelbarer Täterschaft und damit Kenntnis bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

## 2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Tat ist rechtswidrig und T handelte schuldhaft.

## 3. Minder schwerer Fall gem. § 213 StGB

T könnte einen Totschlag in einem minder schweren Fall begangen haben, § 213 StGB. Es könnte „sonst ein minder schwerer Fall“ vorliegen. Für die Bestimmung ist dabei entscheidend, ob das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrahfrahmens geboten ist. Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2019 – 5 StR 393/18 Rn. 13, BGHSt 64, 135 (138) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>4</sup> BVerfG, Urteil vom 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 232 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>5</sup> BeckOK, StGB, § 213, Rn. 22-25.

Anhand der Einbeziehung der besonderen Umstände des Falles und der grundsätzlich altruistischen Motive des T kann vorliegend ein „sonstiger minder schwere Fall“ angenommen werden.<sup>6</sup>

**hemmer-Methode:** § 213 StGB stellt regelmäßig in Klausuren keinen Schwerpunkt dar. In besonderen Sachlagen wie der vorliegenden wird es aber (vor allem von Praktikern) positiv bewertet, diese Vorschrift jedenfalls kurz zu erwähnen. Besondere Kenntnisse werden in einem solchen Fall nicht erwartet. Es kommt vielmehr darauf an, die Argumente aus dem Sachverhalt zu verarbeiten, miteinander abzuwägen und zu einem vertretbaren Ergebnis zu kommen.

## II. Ergebnis

T hat sich aufgrund seines Verhaltens wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft in einem minder schweren Fall gem. §§ 212 I, 213, 25 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

## D) Kommentar

**(bb).** Der BGH führt seine bisherige Rechtsprechung zu Sterbehilfeentscheidungen konsequent fort. Dabei ist die Trennlinie zwischen dem Schutz von vulnerablen Personen einerseits und der Wahrung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben andererseits sehr dünn. Es wäre zu begrüßen, dass der Gesetzgeber gesetzliche Regelungen zur Suizidassistentz schafft, um diesen „Graubereich“ für Ärzte kalkulierbar zu machen. Die Erfahrung zeigt aber, dass eine Einigung in diesem hochsensiblen Bereich nur schwer zu bewerkstelligen ist. Solange dieser Zustand andauert, bleibt die Aufgabe beim BGH, die verfassungsrechtlichen Vorgaben möglichst gut umzusetzen.

An dieser Stelle sei an das Grundsatz-Urteil des BVerfG erinnert, mit welchem § 217 I StGB (Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung) als verfassungswidrig bewertet wurde. Hier die Kernaussagen:<sup>7</sup>

- Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG umfasst als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben, das die Freiheit einschließt, sich das Leben zu nehmen. Die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen,

ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren.

- Die Freiheit, sich das Leben zu nehmen, umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen.
- Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 I StGB verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt. § 217 StGB ist daher verfassungswidrig.

## E) Wiederholungsfragen

- **Was sind grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Zurechnung gem. § 25 I Alt. 2 StGB?**

Grundsätzlich muss der Vordermann (Tatmittler) eine Werkzeugqualität aufweisen. Bei Dritten ist dies klassischerweise der Fall, wenn sie selbst nicht tatbestandsmäßig, nicht rechtswidrig oder nicht schuldhaft handeln, mithin einen sog. Strafbarkeitsmangel aufweisen. Bei einem potentiellen Opfer als „Werkzeug gegen sich selbst“, wie etwa in den Suizid-Fällen, liegt Werkzeugqualität vor, wenn das Opfer nicht „freiverantwortlich“ handelte.

- **Wann ist der Willensentschluss des Suizidenten als „freiverantwortlich“ zu bewerten?**

Ein Suizidententschluss ist freiverantwortlich, wenn er auf einer autonomen, unbeeinflussten und einsichtsfähigen Willensbildung beruht. Der Betroffene muss die Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung erkennen und nach dieser Einsicht handeln können. Damit darf keine erhebliche Beeinträchtigung i.S.d. §§ 20, 21 StGB vorliegen, etwa durch eine schwere psychische Störung, eine akute Intoxikation bzw. eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung. Es dürfen außerdem keine wesentlichen Willensmängel vorliegen. D.h. der Entschluss darf nicht auf Täuschung, Drohung oder Zwang beruhen. Erforderlich ist eine ernsthafte und autonome Entscheidung, d.h. überlegt und nicht affektiv bzw. situativ-spontan.

## F) Zur Vertiefung

### Zum Suizid

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafr BT II, Rn. 9 ff.

<sup>6</sup> Andere Ansicht vertretbar.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. = **Life&LAW 05/2020, 313 ff.** = [jurisbyhemmer](#).

BVerfG, Beschluss vom 28.07.2025 – 1 BvR 1949/24 = [juris](#)byhemmer

## 7 Eilrechtsschutz: Verzögerungen im gerichtlichen Verfahren als Problem der Verhältnismäßigkeit

**+++ Verfassungsbeschwerde, Art. 94 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG +++ Berufsfreiheit, Art. 12 I GG +++ Gesetzesvorbehalt +++ Verhältnismäßigkeit +++ Auswirkung (erheblicher) gerichtlicher Verzögerungen +++**

**Sachverhalt:** Die A-GmbH ist Betreiberin eines Event-, Catering- und Partyservices mit Sitz in Wiesbaden. Bei einer Untersuchung ihrer Betriebsstätte am 14.02.2023 stellte das hierfür zuständige Ordnungsamt der Stadt S zahlreiche Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften wie u.a. verdorbene Lebensmittel im Kühlschrank, Mäusebefall der Küche und schimmelähnliche Beläge an Wandelementen fest. Mit Schreiben vom 22.02.2023 gab das Ordnungsamt der A-GmbH Gelegenheit zur Stellungnahme und kündigte zugleich eine Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse gem. § 40 Ia S. 1 Nr. 3 LFGB<sup>1</sup> auf der hierfür eingerichteten Webseite des Portals für Verbrauchertemen an.

Gegen die geplante Veröffentlichung beantragte die A-GmbH zunächst erfolglos einstweiligen Rechtsschutz vor dem hierfür zuständigen Verwaltungsgericht. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies der zuständige VGH, nachdem das Verfahren für mehr als 14 Monate in der Beschwerdeinstanz anhängig war, zurück.

In seinem Beschluss führte der VGH aus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 40 Ia S. 1 Nr. 3 LFGB, bei denen die zuständige Behörde die Öffentlichkeit informieren müsse, vorlägen. Es bestehe insoweit – was zutrifft – ein durch Tatsachen begründeter Verdacht, dass die A-GmbH gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften in nicht unerheblichem Ausmaß verstoßen habe. Die beabsichtigte Veröffentlichung sei zudem „unverzüglich“ im Sinne von § 40 Ia S. 1 Nr. 3 LFGB, da zwischen der Feststellung der Hygienemängel und der Mitteilung der beabsichtigten Veröffentlichung nur etwa eine Woche lag. Die Zurückstellung der Veröffentlichung während des laufenden gerichtlichen Eilverfahrens sei dagegen nicht zu berücksichtigen, da es sich hierbei um eine Verfahrensverzögerung handele, die auf die A-GmbH zurückgehe. Insofern sei es unbillig, wenn sich dies im Ergebnis zu ihren Gunsten auswirke.

Gegen die Entscheidung des VGH erhebt die A-GmbH Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG. Im Rahmen ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die A-GmbH, dass die Entscheidung des VGH sie in ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG verletze. Ihrer Ansicht nach habe die wegen des mehr als 14 Monate dauernden Beschwerdeverfahrens eingetretene Verzögerung dazu geführt, dass eine nunmehrige Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse weder unverzüglich im Sinne des § 40 Ia S. 1 Nr. 3 LFGB noch verhältnismäßig sei.

<sup>1</sup> § 40 Ia S. 1 LFGB lautet: Die zuständige Behörde informiert die Öffentlichkeit unverzüglich unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels oder Futtermittels sowie unter Nennung des Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel oder Futtermittel hergestellt oder behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, wenn der durch Tatsachen, im Falle von Proben nach § 38 IIa S. 2 auf der Grundlage von mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle nach Art. 37 IV Buchstabe e der Verordnung (EU) 2017/625, hinreichend begründete Verdacht besteht, dass

1. in Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes festgelegte zulässige Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen überschritten wurden oder
2. ein nach Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes nicht zugelassener oder verbotener Stoff in dem Lebensmittel oder Futtermittel vorhanden ist oder
3. gegen sonstige Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, die dem Schutz der Endverbraucher vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen, in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt verstoßen worden ist und die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens dreihundertfünfzig Euro zu erwarten ist oder eine Sanktionierung wegen einer Straftat zu erwarten ist und deswegen gemäß § 41 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten eine Abgabe an die Staatsanwaltschaft erfolgt ist.

Insofern habe es der VGH in seiner Entscheidung versäumt, zu berücksichtigen, dass der Zweck der Veröffentlichung, Verbraucher über festgestellte Verstöße zu informieren und ihnen eine bewusste Konsumentscheidung zu ermöglichen, nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr in der gebotenen Aktualität erreicht werden könne.

Ist die zulässig erhobene Verfassungsbeschwerde der A-GmbH begründet? Von der Verfassungsmäßigkeit des § 40 la S. 1 LFGB ist auszugehen.

## A) Sounds

1. Eine Veröffentlichung nach § 40 la S. 1 Nr. 3 LFGB über lebensmittel- und futtermittelrechtliche Verstöße von Unternehmen begründet einen Eingriff in das Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 I GG.

2. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Veröffentlichung noch unverzüglich im Sinne des § 40 la S. 1 LFGB erfolgt, obliegt es den Behörden und Fachgerichten, den mit zunehmendem Zeitablauf geringeren objektiven Wert der Information für die Verbraucher gegen die Interessen der betroffenen Unternehmen abzuwägen.

3. Dabei kann die Durchführung eines gerichtlichen Eilverfahrens die Unverzüglichkeit einer Veröffentlichung grundsätzlich nicht infrage stellen.

4. Etwas anderes gilt, wenn das gerichtliche Verfahren unangemessen lange dauert und die Verzögerung dem Betroffenen nicht zuzurechnen ist.

## B) Problemaufriss

Der vorliegende Fall befasst sich mit dem sog. „Lebensmittelpranger“. Dieser soll Verbraucher über Missstände bei Unternehmen informieren und warnen. Es handelt sich dabei um einen reizvollen Klausuraufhänger, anhand dessen überwiegend allgemeine Basics gut abgeprüft werden können. Konkret stellt sich im Fall vor allem die Frage, ob das Beschwerdegericht bei seiner Entscheidung spezifisches Verfassungsrecht (Art. 12 I GG) verletzt hat.

## C) Lösung

Zu prüfen ist, ob die von der A-GmbH erhobene Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des VGH begründet ist.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Von der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ist vorliegend auszugehen. Ausführlich zur Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde vgl. Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht I, Rn. 9 ff.

**Anmerkung:** Um eine Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse auch während des verfassungsrechtlichen Verfahrens zu verhindern, stellte die A-GmbH im Originalfall parallel zu ihrer Verfassungsbeschwerde einen Antrag auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 I BVerfGG vor dem BVerfG.

Nach dieser Vorschrift kann das BVerfG einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der mit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache angegriffenen Maßnahmen vorgebracht werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die in der Hauptsache zu entscheidende Verfassungsbeschwerde erweist sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet.<sup>3</sup>

Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber später Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre.<sup>4</sup>

Da die von der A-GmbH erhobene Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet erschien, gab das BVerfG dem Antrag statt und untersagte der Ausgangsbehörde bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde, die Untersuchungsergebnisse zu veröffentlichen.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 13.10.2016 - 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16 = jurisbyhemmer; BVerfG, Beschluss vom 26.08.2015 - 2 BvF 1/15 = jurisbyhemmer.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.04.1993 - 2 BvR 14/93 = jurisbyhemmer.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 05.09.2024 - 1 BvR 1949/24 = jurisbyhemmer.

## I. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die A-GmbH durch die angegriffene Entscheidung in einem der Rechte des § 90 I BVerfGG verletzt ist.

Dies wäre der Fall, wenn die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage, auf einer verfassungswidrigen Auslegung einer verfassungsgemäßen Norm oder auf einer objektiv willkürlichen Entscheidung beruht und die A-GmbH in einem ihrer Grundrechte bzw. einem ihrer grundrechtsgleichen Rechte verletzt wurde.

### 1. Prüfungsmaßstab

Das Bundesverfassungsgericht hat als „Hüter der Verfassung“ den gerügten Akt der öffentlichen Gewalt umfassend auf seine Vereinbarkeit mit objektivem und subjektivem Verfassungsrecht zu überprüfen.

Zugleich ist es jedoch keine Superrevisionsinstanz. Es überprüft die ergangenen Entscheidungen demnach nicht auf ihre einfachgesetzliche Richtigkeit hin. Das BVerfG beschränkt sich in seinem Prüfungsumfang ausschließlich auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts durch die angegriffene gerichtliche Entscheidung.

**hemmer-Methode:** Diese Darstellung sollte in der Klausurbearbeitung obligatorisch sein. Denn seit dem Elfes-Urteil<sup>6</sup> ist anerkannt, dass sich eine Grundrechtsverletzung auch aus sonstigem Verfassungsrecht ergeben kann. Über Art. 20 III GG wäre somit dem Grunde nach eine Grundrechtsverletzung durch jede fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts zu begründen. Dies würde das Bundesverfassungsgericht aber zu dem machen, was es gerade nicht ist: eine Superrevisionsinstanz. Aus diesem Grund ist dieser sehr weite Prüfungsmaßstab im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zu reduzieren.

### 2. Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten

Die angegriffene Entscheidung müsste die A-GmbH insofern in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzen.

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56 = [jurisbyhemmer](#).

### a) Verletzung von Art. 12 I GG

Die angegriffene Entscheidung könnte die A-GmbH in ihrer aus Art. 12 I GG entspringenden Berufsfreiheit verletzen. Dies wäre der Fall, wenn der Schutzbereich des Art. 12 I GG eröffnet wäre und die angegriffene Entscheidung einen un gerechtfertigten Eingriff in diesen Schutzbereich darstellt.

#### aa) Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 12 I GG die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht.<sup>7</sup> Die Berufsfreiheit gewährt dabei das Recht, eine Tätigkeit als Beruf zu ergreifen und frei auszuüben.

Unter Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage zu verstehen, ohne dass der Schutz der Berufsfreiheit auf traditionell oder gesetzlich fixierte Berufsbilder und erlaubte Tätigkeiten beschränkt wäre.<sup>8</sup>

Vorliegend betreibt die A-GmbH einen Event-, Catering- und Partyservice. Dabei handelt es sich um eine auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende, berufliche Tätigkeit. Die Tätigkeit der A-GmbH unterfällt insofern dem sachlichen Schutzbereich des Art. 12 I GG.

#### bb) Persönlicher Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 12 I GG müsste auch in persönlicher Hinsicht eröffnet sein. Dies wäre der Fall, wenn die A-GmbH als Grundrechtsträgerin des Art. 12 I GG zu qualifizieren wäre.

In persönlicher Hinsicht erfasst Art. 12 I GG alle deutschen natürlichen Personen. Allerdings sind gem. Art. 19 III GG auch inländische juristische Personen des Privatrechts grundrechtsfähig, soweit das Grundrecht seinem Wesen nach auch auf sie anwendbar ist.

Bei der A-GmbH handelt es sich um eine privatrechtliche Organisation mit Sitz in Wiesbaden. Zudem ist das Grundrecht der Berufsfreiheit seinem Wesen nach auch auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 = [jurisbyhemmer](#); BVerfG, Beschluss vom 26.02.1997 – 1 BvR 1864/94 und 1 BvR 1102/95 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 09.06.2004 – 1 BvR 636/02 = [jurisbyhemmer](#); BVerfG, Beschluss vom 29.09.2022 – 1 BvR 2380/21 und 1 BvR 2449/21 = [jurisbyhemmer](#).

Die A-GmbH ist insoweit als inländische juristische Person als Grundrechtsträgerin des Art. 12 I GG zu qualifizieren, weshalb dessen Schutzbereich auch in persönlicher Hinsicht eröffnet ist.

## b) Eingriff

Fraglich ist, ob die angegriffene Entscheidung in den Schutzbereich des Art. 12 I GG eingreift.

Nach dem klassischen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff vor, wenn er final, unmittelbar, durch Rechtsakt sowie mit Befehl und Zwang gegenüber dem Einzelnen angeordnet bzw. durchgesetzt wird.

Vorliegend entfaltet die von der A-GmbH angegriffene Entscheidung keine unmittelbare Rechtswirkung auf deren Berufsfreiheit, da aus ihr weder ein Verbot herrührt noch die Berufstätigkeit als solche rechtlich unterbunden wird. Die Entscheidung des VGH stellt insofern keinen Eingriff im klassischen Sinne dar.

Die angegriffene Entscheidung könnte jedoch einen Eingriff im „modernen“ Sinne darstellen. Unter einem solchen versteht man jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein grundrechtlich geschütztes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht oder erheblich erschwert.

**Anmerkung:** Im Bereich des Art. 12 I GG können insofern auch solche Maßnahmen einen Eingriff darstellen, die zwar keine rechtliche Verbotswirkung entfalten, aber eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen.

Hiervon ausgehend stellt die angegriffene Entscheidung einen Eingriff im „modernen“ Sinne dar, da durch die damit einhergehende Ablehnung des Eilrechtsgesuchs eine Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse droht.

Die hierdurch ermöglichte, auf § 40 Ia S. 1 Nr. 3 LFGB gestützte, Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse zielt dabei darauf ab, das Konsumverhalten der Verbraucher durch das Bereitstellen von Informationen zu steuern. Damit werden die Marktbedingungen für die A-GmbH faktisch verschlechtert, da durch die Veröffentlichung negativer Untersuchungsergebnisse mit einem erheblichen Kundenrückgang zu rechnen ist. Diese mittelbar-faktische Folge ist zudem dem staatlichen Handeln zuzurechnen.

Die mit der Entscheidung einhergehenden Folgen beeinflussen mithin die berufliche Tätigkeit der A-GmbH in nicht nur unerheblichem Maße. Die angegriffene Entscheidung greift daher in den Schutzbereich des Art. 12 I GG ein.

## c) Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs

Der Eingriff in die Berufsfreiheit der A-GmbH könnte allerdings gerechtfertigt sein. Nach dem Wortlaut des Art. 12 I S. 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Art. 12 I GG unterliegt insofern einem Regelungsvorbehalt, welcher nach h.M. als Gesetzesvorbehalt zu interpretieren ist.

**hemmer-Methode:** Der in Art. 12 I S. 2 GG geregelte Regelungsvorbehalt beschränkt sich nicht nur auf einen Teilbereich dieses einheitlichen Grundrechts, sondern erstreckt sich auf das Grundrecht der Berufsfreiheit als Ganzes. Die h.M. lässt demnach über den Wortlaut des Art. 12 I S. 2 GG hinaus auch die Beschränkung der Berufswahl zu.

Die von der A-GmbH angegriffene Gerichtsentscheidung beruht auf der Vorschrift des § 40 Ia S. 1 Nr. 3 LFGB und damit auf einer gesetzlichen Regelung. Um dem in Art. 12 I S. 2 GG niedergelegten Gesetzesvorbehalt zu genügen, müsste die Vorschrift sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht verfassungsgemäß sein. Daneben müsste auch der hierauf basierende Einzelakt verfassungsgemäß sein.

### aa) Verfassungsmäßigkeit des § 40 Ia S. 1 LFGB

Die Verfassungsmäßigkeit des § 40 Ia S. 1 LFGB ist vorliegend zu unterstellen.

### bb) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts

Fraglich ist, ob auch der auf § 40 Ia S. 1 Nr. 3 LFGB fußende Einzelakt, also die von der A-GmbH angegriffene Entscheidung, ihrerseits verfassungsgemäß ist.

Grundsätzlich obliegen Auslegung und Anwendung einer Norm primär den Fachgerichten. Entscheidungen sind vom Bundesverfassungsgericht, abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot, insofern nur darauf zu überprüfen, ob sie Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der Bedeutung des betroffenen Grundrechts beruhen.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 13.06.2005 – 1 BvR 191/05 = [jurisbyhemmer](#); BVerfG, Beschluss vom 13.05.2003 – 2 BvR 517/03 = [jurisbyhemmer](#).

Dies wäre der Fall, wenn die von den Fachgerichten vorgenommene Auslegung einer Norm die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder die Entscheidung im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt.<sup>10</sup>

Hierzu kann es im Zusammenhang mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit insbesondere dann kommen, wenn mit den entgegenstehenden Gemeinwohlinteressen grundrechtliche Belange nicht in ein angemessenes Verhältnis gebracht worden sind.<sup>11</sup>

Gemessen an diesen Anforderungen genügt die angegriffene Entscheidung diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht uneingeschränkt.

**Anmerkung:** Die nachfolgenden Ausführungen sind ausführlich gehalten und dienen der argumentativen Vertiefung. Im Examen können derart tiefgehende Ausführungen nicht erwartet werden.

Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des § 40 Ia S. 1 LFGB ist es, eine hinreichende Grundlage für eigenverantwortliche Konsumententscheidungen der Verbraucher schaffen, indem eine Veröffentlichungspflicht für verschiedene Konstellationen geschaffen wird.<sup>12</sup>

Im Interesse der Verbraucher soll die Veröffentlichung dabei „unverzüglich“ erfolgen. Die Behörden werden insofern verpflichtet, nach der abschließenden Ermittlung des Sachverhalts die erforderliche Veröffentlichung ohne Zeitverzug vorzunehmen.

Mit der Anknüpfung an den unbestimmten Rechtsbegriff der Unverzüglichkeit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er die Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung nicht von der Einhaltung einer starren zeitlichen Grenze, sondern von einer Beurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls abhängig machen will.<sup>13</sup>

Es entspricht insofern nicht Sinn und Zweck der Vorschrift, den Interessen der Öffentlichkeit auf Schutz und Information über lebensmittelrechtliche Missstände generell den Vorrang einzuräumen, ohne dass dabei der Zeitraum zwischen der Feststellung des Rechtsverstoßes und der geplanten

ten Veröffentlichung Berücksichtigung finden dürfte.

Denn um eigenverantwortliche Konsumententscheidungen treffen zu können, benötigen Verbraucher aktuelle Informationen; eine möglicherweise um Jahre verzögerte Mitteilung über Rechtsverstöße ist zur Verbraucherinformation kaum noch geeignet.<sup>14</sup>

Je weiter der festgestellte Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Gebote zeitlich entfernt ist, desto geringer ist der objektive Informationswert seiner Verbreitung, weil sich vom Verstoß in der Vergangenheit objektiv immer weniger auf die aktuelle Situation des betroffenen Unternehmens schließen lässt.<sup>15</sup>

**Anmerkung:** Der Gesetzgeber wollte mit dem Tatbestandsmerkmal der Unverzüglichkeit insofern einen möglichst geringen zeitlichen Abstand der Veröffentlichung der Information zu dem die Informationspflicht auslösenden Rechtsverstoß bezwecken und dadurch eine hinreichende Aktualität gewährleisten.<sup>16</sup>

Gleichzeitig nimmt die Grundrechtsbelastung mit zunehmendem Abstand zwischen dem festgestellten Verstoß und der Veröffentlichung zu.

Zwar wird auch aus Sicht der Verbraucher die Bedeutung einer Information mit insbesondere zunehmendem Abstand von dem die Informationspflicht auslösenden Rechtsverstoß regelmäßig sinken. Es kann jedoch nicht erwartet werden, dass entsprechend alte Einträge immer zuverlässig als weniger relevant wahrgenommen werden.

Vor allem aber änderte auch ein mit der Zeit sinkender Einfluss auf das Konsumverhalten nichts daran, dass lange Zeit nach dem eigentlichen Vorfall Verbraucher von dieser Information zum Nachteil des Unternehmens beeinflusst werden.<sup>17</sup>

Gleichwohl sind maßgebliche Verfahrensverzögerungen, die auf die betroffenen Grundrechtsträger selbst zurückgehen, nicht zu berücksichtigen, denn es wäre unbillig, wenn sich dies im Ergebnis zu ihren Gunsten auswirkte.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.06.2005 – 1 BvR 191/05 = [jurisbyhemmer](#); BVerfG, Beschluss vom 13.05.2003 – 2 BvR 517/03 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.10.2017 – 1 BvR 1822/16 = [jurisbyhemmer](#); BVerfG, Beschluss vom 29.10.1997 – 1 BvR 780/87 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drucks 17/7374, S. 2.

<sup>13</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.11.2020 – 9 S 2421/20 = [jurisbyhemmer](#); OVG Niedersachsen, Beschluss vom 20.10.2022 – 14 ME 304/22 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 = [jurisbyhemmer](#); BT-Drucks 19/8349, S. 19.

<sup>16</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.11.2020 – 9 S 2421/20 = [jurisbyhemmer](#); vgl. auch OVG Bremen, Beschluss vom 25.02.2022 – 1 B 487/21 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 = [jurisbyhemmer](#).

Betroffene können sich daher nicht auf in ihrer Sphäre liegende, verfahrensverzögernde Umstände berufen, wenn sie die fehlende Unverzüglichkeit einer Veröffentlichung geltend machen wollen.<sup>18</sup>

Dies gilt grundsätzlich auch für die zeitliche Verzögerung, die maßgeblich auf die Zurückstellung der Veröffentlichung seitens der Behörde aufgrund eines laufenden gerichtlichen Eilverfahrens beruht; denn andernfalls müssten Veröffentlichungen nach erfolglosem Abschluss eines Eilverfahrens regelmäßig unterbleiben, was § 40 I a S. 1 Nr. 3 LFGB weitgehend seines Anwendungsbereichs berauben würde.<sup>19</sup>

Dennoch gebietet es aber nicht nur der Zweck des Tatbestandsmerkmals der Unverzüglichkeit einer Veröffentlichung, sondern gerade die durch Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit, auch die Dauer eines gerichtlichen Eilrechtsschutzes in die Beurteilung der Unverzüglichkeit im Einzelfall einzubeziehen.

Denn die mit der Information der Öffentlichkeit einhergehende Beeinträchtigung kann für die davon betroffenen Unternehmen von großem Gewicht sein, insbesondere wenn die Bekanntgabe etwaiger negativer Untersuchungsergebnisse durch eine Veröffentlichung im Internet erfolgen soll.

Mit einer derart weithin einsehbaren und leicht zugänglichen Veröffentlichung von teilweise nicht endgültig festgestellten oder teilweise bereits behobenen Rechtsverstößen kann es insofern zu einem erheblichen Verlust des Ansehens und zu teils erheblichen Umsatzeinbußen bei den von der Veröffentlichung Betroffenen kommen, was im Einzelfall bis hin zur Existenzvernichtung reichen kann.<sup>20</sup>

Daher ist mit Blick auf die Gesamtdauer des Verfahrens auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit sich die in dem Verfahren eingetretenen zeitlichen Verzögerungen nach den Umständen des Einzelfalls noch als angemessen erweisen.<sup>21</sup>

Eine diesen Anforderungen entsprechende einzelfallbezogene Abwägung lässt die angegriffene Entscheidung des VGH vermissen. Allein die vorgenommene Würdigung der Dauer des behördlichen Verfahrens verbunden mit dem Hinweis dar-

auf, dass die zeitliche Verzögerung maßgeblich auf der Zurückstellung der Veröffentlichung der Behörde während des laufenden gerichtlichen Eilverfahrens beruht und daher nicht zu berücksichtigen sei, wird dem insofern nicht gerecht, da dabei die erhebliche Dauer des gerichtlichen Verfahrens vollständig ausgeblendet wird.

So berücksichtigt der VGH in seiner Entscheidung nicht, dass zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bereits mehr als 14 Monate seit der Feststellung des lebensmittelrechtlichen Verstoßes am 14.02.2023 vergangen sind.

Eine Veröffentlichung konnte daher schon wegen der langen zeitlichen Verzögerung ihren Zweck, Verbraucher über lebensmittelrechtliche Verstöße zu informieren und ihnen eine bewusste Konsumententscheidung zu ermöglichen, nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr in einer Aktualität erreichen.

Zwar darf nicht außer Betracht gelassen werden, dass die hier eingetretene Verzögerung ganz maßgeblich darauf beruht, dass die Behörde die Veröffentlichung während des von der A-GmbH angestrebten gerichtlichen Eilverfahrens zurückgestellt hat.

Auch kann die Durchführung eines gerichtlichen Eilverfahrens, wie vorangehend erörtert, die Unverzüglichkeit einer Veröffentlichung grundsätzlich nicht in Frage stellen.

Damit aber, ob und inwieweit dies auch dann gelten kann, wenn wie vorliegend das gerichtliche Eilverfahren allein in der Beschwerdeinstanz mehr als 14 Monate dauert, setzt sich der VGH in seiner Entscheidung nicht auseinander.

Dies hätte sich aber angesichts dieser erheblichen Dauer aufdrängen müssen, zumal es weder ersichtlich ist, dass diese zeitliche Verzögerung der Sphäre der A-GmbH zuzurechnen ist, noch sachliche Gründe erkennbar sind, die die eingetretene zeitliche Verzögerung nach den Umständen des Einzelfalls noch als angemessen erscheinen lassen könnten.<sup>22</sup>

Nach alledem ist festzustellen, dass die Entscheidung des VGH aufgrund der unzureichenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Unverzüglichkeit“ im konkreten Einzelfall die A-GmbH in ihrer Berufsfreiheit verletzt.

## b) Verletzung sonstiger Grundrechte

Anhaltspunkte für eine Verletzung sonstiger Grundrechte bestehen nicht bzw. können angesichts der festgestellten Verletzung von Art. 12 I GG dahinstehen.

<sup>18</sup> Vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 25.02.2022 – 1 B 487/21 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>19</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.11.2020 – 9 S 2421/20 = [jurisbyhemmer](#); Schleswig-Holsteinisches OVG, Beschluss vom 20.09.2023 – 3 MB 13/23 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 = [jurisbyhemmer](#); vgl. auch BT-Drucks 19/8349, S. 15 f.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu OVG Bremen, Beschluss vom 25.02.2022 – 1 B 487/21 = [jurisbyhemmer](#); BayVGH, Beschluss vom 04.11.2022 – 20 CE 22.2069 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>22</sup> Vgl. dazu auch BayVGH, Beschluss vom 04.11.2022 – 20 CE 22.2069 = [jurisbyhemmer](#).

## II. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, da die angegriffene Entscheidung des VGH die A-GmbH in ihrer gem. Art. 12 I GG gewährleisteten Berufsfreiheit verletzt.

## D) Kommentar

**(bb).** Im Kern hat das BVerfG zwei, nicht nur für die Praxis wichtige, Aussagen getroffen: Erstens verletzt ein Beschwerdegericht im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes spezifisches Verfassungsrecht, wenn es bei der vorzunehmenden einzelfallbezogenen Abwägung die Länge des gerichtlichen Eilverfahrens gänzlich ignoriert. Das Beschwerdegericht soll sich hier wohl „angesprochen“ fühlen. Während die Vorinstanz nur ca. 3 Monate für seine Entscheidung benötigte, waren es beim VGH ganze 14 Monate. Die Gerichte sind nunmehr angehalten, in Fällen wie dem vorliegenden schneller zu entscheiden. Zweitens kann eine Veröffentlichung, die ca. 17 Monate nach Feststellung der lebensmittelrechtlichen Verstöße ergeht, nicht mehr in einer Aktualität die Verbraucher erreichen.

Da das BVerfG betont, dass es sich hierbei um eine einzelfallbezogene Gesamtbetrachtung handelt, bleibt unklar, „wie schnell“ die Gerichte nun arbeiten müssen. Eine endgültige Klärung, was noch eine „unverzögliche“ Veröffentlichung ist und was nicht, steht damit weiter aus.

## E) Wiederholungsfrage

- **Welcher Prüfungsmaßstab gilt für das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen im Rahmen der Verfassungsbeschwerde?**

Entscheidungen von Fachgerichten sind vom Bundesverfassungsgericht, abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot, nur darauf zu überprüfen, ob sie Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts beruhen.

Dies ist zu bejahen, wenn die von den Fachgerichten vorgenommene Auslegung einer Norm die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder die Entscheidung im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt.

## F) Zur Vertiefung

### Zur Verfassungsbeschwerde

- Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht I, Rn. 9 ff.

### Zur Berufsfreiheit

- Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht I, Rn. 259 ff.

VG Berlin/Brandenburg, Urteil vom 20.03.2025 - 1 K 281/23; OVG Berlin, Beschluss vom 08.01.2026 - OVG 6 N 86/25 = [juris](#)[byhemmer](#)

## 8 Rechtmäßigkeit von polizeilichen Schmerzgriffen bei Versammlungsauflösung

**+++ Allgemeine Feststellungsklage, § 43 VwGO +++ Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme im Rahmen einer Versammlungsauflösung +++**

**Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht):** K (Körpergröße 170 cm, Gewicht 65 kg) war Teilnehmer einer Spontanversammlung der sog. „Letzten Generation“, die am 20.04.2023 auf einer Straße in Berlin stattfand. Als Teil ihres „Klimaprotestes“ blockierten K und weitere Teilnehmer der Versammlung den Berufsverkehr auf der Straße. Die Polizei wies den Versammlungsteilnehmern zunächst den Gehweg als Versammlungsort zu. Nachdem die Versammlungsteilnehmer dieser Anweisung nicht nachkamen und weiterhin auf der Straßeneinfahrt sitzend den Verkehr blockierten, lösten die Polizeibeamten die Versammlung auf und drohten unmittelbarem Zwang an.

Im Rahmen eines Gesprächs forderte Polizist P den K mehrmals auf, die Fahrbahn zu verlassen, und erläuterte ihm, dass K die nächsten Tage Schmerzen beim Kauen und Schlucken haben werde, wenn K „ihn zwingt“, ihm Schmerzen zuzufügen. K verblieb im Schneidersitz mit den Armen am Körper. Nachdem P bis drei gezählt hatte, begann er, den K gemeinsam mit einer weiteren Einsatzkraft unter Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken von der Fahrbahn zu bewegen. K äußerte hierbei „Lassen Sie mich einfach sitzen“ und begann, lautstark vor Schmerzen zu schreien. Zur Entfernung des K von der Fahrbahn kam aus der dahinterstehenden Reihe von Polizisten eine weitere Polizeikraft zu Hilfe. Schließlich trugen die beiden Polizeikräfte den K, der sich dagegen nicht wehrte, von der Fahrbahn. Zum Zeitpunkt des Entfernens des K von der Fahrbahn befanden sich aus der Gruppe der ehemaligen Versammlungsteilnehmenden nur (noch) wenige Personen auf der Fahrbahn.

Gegen das Vorgehen des Polizisten P erhob K am 27.06.2023 Klage zum zuständigen VG Berlin/Brandenburg. In der Klageschrift macht K geltend, dass keine Rechtsgrundlage für die Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken existiere. Als Verwaltungsvollstreckung – unmittelbarer Zwang – einer Platzverweisung wäre es nur zulässig gewesen, den erstrebten Erfolg unmittelbar herbeizuführen und nicht mittelbar durch Einwirkung auf den Pflichtigen, der so zur Erfüllung seiner Verpflichtung bewegt werde. Jedenfalls habe ein unverhältnismäßiger Eingriff in die körperliche Unversehrtheit von K und seine Versammlungsfreiheit in der Beendigungsphase vorgelegen. Die Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken entfalte abschreckende Wirkung für andere Teilnehmende entsprechender Spontanversammlungen. Ein milderer, gleich geeignetes Mittel wäre das Wegtragen seiner Person gewesen. Hierfür wären ausreichend Polizeikräfte vor Ort gewesen. Ein möglicher größerer Aufwand rechtfertige den Einsatz von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken nicht. Er habe die Behandlung durch P vor den Augen der Medien als erniedrigend empfunden und zudem länger andauernde Schmerzen, insb. Muskelverspannungen in der Schulter, erlitten.

Das beklagte Land Berlin verlangt, die Klage abzuweisen, und macht geltend, dass Rechtsgrundlage der Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken § 8 I S. 1 VwVfG BE i.V.m. §§ 6 II, 9 I lit. c), 12 VwVG sei. Auch die mittelbare Herbeiführung eines Erfolges sei von der Anwendung unmittelbaren Zwanges umfasst. Die Maßnahme sei verhältnismäßig – insbesondere erforderlich – gewesen. Der Einsatz der Tragetechnik stehe im Ermessen des Beklagten. Der Kläger hätte durch Körperhaltung und Sitzposition – überkreuzte Beine, Gliedmaßen nicht greifbar – ein Wegtragen bewusst erheblich erschwert. Durch das Setzen von Schmerzpunkten sei mehr Kontrolle über den Körper des Klägers erlangt worden, so dass dieser sich nicht durch ein Herunterfallen habe verletzen können. Die Maßnahme sei auch verhältnismäßig im engeren Sinne gewesen. Das Recht der Allgemeinheit und der betroffenen Autofahrer hätte gegenüber dem Recht des Klägers auf körperliche Unversehrtheit überwogen. Im Rahmen eines Gesprächs sei dem Kläger auf seine Nachfrage hin erläutert worden, dass Schmerzen auf ihn zukämen.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg? – Hinweise: § 8 I S. 1 VwVfG BE verweist auf die Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes. Auf § 2 I UZwG Bln wird hingewiesen. Der Wortlaut lautet wie folgt: „Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, durch Hilfsmittel der körperlichen Gewalt und durch Waffen.“

## A) Sounds

Der Einsatz von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken ist nicht erforderlich, wenn das Wegtragen durch Polizeikräfte den Zweck der polizeilichen Maßnahme ebenso effektiv erfüllt.

## B) Problemaufriss

Der Fall behandelt die Frage der Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme im Nachgang zu einer aufgelösten Versammlung – und berührt damit gleich mehrere examensrelevante Rechtsgebiete. Polizeirechtliche Fragestellungen lassen sich hervorragend mit Fragen des Versammlungsrechts kombinieren, wobei sich auch interessante Abgrenzungsfragen ergeben können. Relevant sind in diesen Fällen – wie hier – oft auch die Grundrechte der betroffenen Personen. Neben Art. 8 GG sind auch Art. 2 I GG bzw. Art. 2 II GG häufig tangiert. Der Fall verdeutlicht damit die Bedeutung der Grundrechte in verwaltungsrechtlichen Klausuren. Nicht selten wird in der Frage der Rechtmäßigkeit eines Grundrechtseingriffs der Schwerpunkt auch einer verwaltungsrechtlichen Klausur liegen.

Im Übrigen klärt der Fall eine rechtliche Problematik, die rund um die sogenannten „Klimakleber“-Aktionen virulent wird. Die Fragen nach der Grenze des legalen Protestes beschäftigt dabei nicht nur die Verwaltungsgerichte; auch im Strafrecht ergeben sich interessante Probleme im Umgang mit den Klimaprotesten, vor allem im Zusammenhang mit § 240 StGB.<sup>1</sup>

## C) Lösung

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

**Anmerkung:** Der Fall spielte in Berlin, er weist aber keine besonderen landesrechtlichen Spezifika auf, so dass der Fall auch in den anderen Bundesländern als Klausurvorlage dienen kann.

## I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten vorliegen.

### 1. Verwaltungsrechtswegeröffnung

Mangels Eingreifens einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des Polizeirechts, aufgrund dessen Rechtsnormen ein Hoheitsträger in öffentlich-rechtlicher Funktion zum Handeln berechtigt wird (sog. modifizierte Subjektstheorie). Mithin handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Durch den Verweis auf die Grundrechte des K aus Art. 2 II GG und Art. 8 GG wird zwar Verfassungsrecht geltend gemacht; allerdings geht es vorliegend nicht maßgeblich um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches. Mithin liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor.

**Anmerkung:** Die Annahme einer nach § 40 I S. 1 VwGO der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entzogenen Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art setzt nach BVerwG nicht zwingend voraus, dass ausschließlich Verfassungsrechtssubjekte beteiligt sind (sog. Theorie der doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).

Begehren Einzelpersonen Rechtsschutz gegen einen schlichten Parlamentsbeschluss, das heißt eine allgemeine politische Willensäußerung des Parlaments ohne rechtliche Verbindlichkeit, handelt es sich generell um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, für die nicht der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, sondern ausschließlich die Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig ist.<sup>2</sup>

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht einschlägig. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist eröffnet.

<sup>1</sup> Klausurrelevante Problemkreise aus strafrechtlicher Sicht, vgl. Berberich/Zentgraf, Life&LAW 08/2023, 555. ff.

<sup>2</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.03.2025 - 6 C 6.23 = Life&LAW 10/2025, 835 ff. = jurisbyhemmer.

## 2. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem gemäß § 88 VwGO zu ermittelnden klägerischen Begehren.

K begehrt hier die Feststellung, dass die polizeiliche Maßnahme ihm gegenüber rechtswidrig sei. Für dieses Begehren könnte die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO statthaft sein. Nach § 43 I VwGO kann durch eine Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Unter einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis sind rechtliche Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft derer eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht.<sup>3</sup>

Die Frage, ob die Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken am 20.04.2023 gegenüber dem K rechtmäßig war, ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis in diesem Sinne.

## 3. Klagebefugnis

Strittig ist, ob im Rahmen der allgemeine Feststellungsklage nach § 42 II VwGO analog eine Klagebefugnis zu fordern ist. Danach müsste K geltend machen können, möglicherweise in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein. Zum Teil wird vertreten, dass das Feststellungsinteresse gemäß § 43 I HS 2 VwGO gegenüber § 42 II VwGO *lex specialis* sei. Aus dem Wortlaut des § 43 I HS 2 VwGO ergebe sich, dass eben nur ein berechtigtes Interesse erforderlich sei. Schon die systematische Stellung des § 42 II VwGO zeige, dass sich die Norm nur auf die dort genannte Gestaltungs- und Leistungsklage beziehe. Insoweit fehle es für eine analoge Anwendung schon an einer (planwidrigen) Regelungslücke.<sup>4</sup>

Allerdings müssen nach h.M. auch Feststellungspopularklagen vermieden werden. Der notwendige Ausschluss dieser gebiete eine analoge Anwendung des § 42 II VwGO.<sup>5</sup> Letztlich kann der Streitentscheid hier dahinstehen, da K durch die polizeiliche Maßnahme in Art. 2 II S. 1 GG, zumindest

jedoch in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt sein könnte.

## 4. Klagefrist und Vorverfahren

Eines Vorverfahrens (§ 68 VwGO) und der Einhaltung einer Klagefrist (§ 74 VwGO) bedarf es bei der allgemeinen Feststellungsklage nicht. Die Normen stellen schon ihrem Wortlaut nach lediglich auf eine Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage ab. Zudem stehen diese systematisch im 8. Abschnitt der VwGO („Besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen“). Überdies passt auch Sinn und Zweck der Regelungen nicht auf die Konstellation im Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage: Etwa § 74 VwGO bezweckt, durch Eintritt der Bestandskraft eines Verwaltungsakts Rechtssicherheit und Rechtsfrieden herzustellen. Ein irgendwie geartetes Rechtsverhältnis kann aber genauso wenig wie ein nichtiger Verwaltungsakt in Bestandskraft erwachsen.

## 5. Subsidiarität

Nach § 43 II S. 1 VwGO kann die Feststellung grundsätzlich nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann. Die Feststellungsklage ist insoweit also subsidiär. Die Vorschrift ist ihrem Zweck entsprechend einschränkend ausulegen und anzuwenden.

Für das klägerische Begehren des K kommt hier weder eine Leistungs- noch eine Gestaltungs-klage in Betracht. Die Subsidiarität ist mithin gewahrt.

## 6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist als natürliche Person gemäß §§ 61 Nr. 1 Alt. 1, 62 I Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des beklagten Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Sie wird im Prozess von der zuständigen Polizeibehörde vertreten.

## 7. Feststellungsinteresse

Fraglich ist, ob K ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 43 I HS 2 VwGO an der baldigen Feststellung hat. Der Begriff des berechtigten Interesses ist dabei weiter als der des rechtlichen Interesses oder gar des möglicherweise verletzten Rechts i.S.d. § 42 II VwGO.

<sup>3</sup> Vgl. Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 11.

<sup>4</sup> Vgl. Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 22, § 42 VwGO, Rn. 63.

<sup>5</sup> So die Rspr., vgl. Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 22, § 42 VwGO, Rn. 63; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.06.2009 - OVG 4 B 53.08 = [jurisbyhemmer](#).

Deshalb reicht hier jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falles aufgrund einer gesetzlichen Regelung oder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen anzuerkennendes schutzwürdiges Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art aus.<sup>6</sup>

Problematisch ist hier, dass sich durch den Ablauf der Anwendung der polizeilichen Maßnahme gegenüber K die Beschwer erledigt hat. K begehrt damit die Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung vergangener Rechtsverhältnisse kann nur bestehen, wenn diese trotz ihrer Beendigung noch Wirkung in der Gegenwart entfalten.<sup>7</sup>

Für diese Fälle ist anerkannt, dass die zur Fortsetzungsfeststellungsklage entwickelten Grundsätze hinsichtlich des Feststellungsinteresses auf die allgemeine Feststellungsklage übertragbar sind. Danach kann ein Feststellungsinteresse bei Wiederholungsgefahr, fortdauernder Diskriminierung (Rehabilitationsinteresse), im Falle der Absicht, Amtshaftungs- oder Entschädigungsansprüche geltend zu machen sowie bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen bzw. sich typischerweise kurzfristig erledigendem Verwaltungshandeln bestehen.<sup>8</sup>

**Anmerkung:** Die Fallgruppe des Grundrechtseingriffs im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage ist seit langem umstritten. Zum einen wird eine gewisse Intensität des Eingriffs gefordert. Zum anderen soll es unter Rekurs auf Art. 19 IV S. 1 GG entscheidend darauf ankommen, ob sich die angegriffene Maßnahme typischerweise so kurzfristig erledigt, dass sie keiner Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden kann. So haben der 6. und der 8. Senat des BVerwG entgegen der wohl mehrheitlichen Auffassung in der Literatur, die kein kumulatives Vorliegen des Grundrechtseingriffs und der typischen Erledigung fordert, entschieden.<sup>9</sup>

Bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen ist im Hinblick auf Art. 19 IV S. 1 GG ein besonderes Feststellungsinteresse zu bejahen, wenn andernfalls kein wirksamer Rechtsschutz gegen solche Eingriffe zu erlangen wäre. Davon ist nur bei Maßnahmen auszugehen, die sich typischerweise so kurzfristig erledigen, dass sie ohne die Annahme eines Feststellungsinteresses regelmäßig keiner

Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnten.

Gemessen an diesem Maßstab ergibt sich das berechtigte Feststellungsinteresse des Klägers K aus einem in Betracht kommenden tiefgreifenden Eingriff in seine durch Art. 2 II S. 1 GG geschützte körperliche Unversehrtheit, verbunden mit Art. 19 IV S. 1 GG. Zudem liegt hier ein sich typischerweise kurzfristig erledigendes Verwaltungshandeln im oben dargestellten Sinne vor. Denn das streitgegenständliche Polizeihandeln fand lediglich am 20.04.2023 statt und damit zu einer Zeit, zu der eine Entscheidung des Gerichts im Hauptsacheverfahren nicht zu erlangen war.

**hemmer-Methode:** Außerdem erwähnt werden könnte an dieser Stelle noch das Rehabilitationsinteresse, welches ebenfalls im Sachverhalt anklingt.

## 8. Zuständigkeit

Das VG Berlin/Brandenburg ist sachlich und örtlich zuständig.

**Zwischenergebnis:** Die Sachentscheidungs-voraussetzungen liegen vor.

## II. Begründetheit der Klage

Die allgemeine Feststellungsklage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet und (im Fall der positiven Feststellungsklage) das behauptete Rechtsverhältnis besteht.

**Anmerkung:** Bei der begehrten Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses, der sog. positiven Feststellungsklage (§ 43 I Alt. 1 VwGO), geht es positiv um die Frage des Bestehens von Rechten. Richtiger Beklagter ist demnach derjenige, der das behauptete Rechtsverhältnis bestreitet (hier das Land Berlin als Trägerin der Polizei). Das Begehren der Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (negative Feststellungsklage, § 43 I Alt. 2 VwGO) zielt umgekehrt negativ auf die Feststellung, dass keine Pflichten bestehen. Daher ist hier derjenige, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, der richtige Beklagte. Der richtige Beklagte bei der Nichtigkeitsfeststellungsklage (§ 43 I Var. 3 VwGO) ist schließlich der Rechtsträger der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Vgl. Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 23.

<sup>7</sup> Vgl. Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 25.

<sup>8</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.12.2017 – 6 B 14/17 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>9</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 29.01.2024 – 8 AV 1/24 = [jurisbyhemmer](#); vgl. näher hierzu **Life&LAW 06/2024, 409 ff.**

<sup>10</sup> Vgl. allgemein Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 15.

## 1. Passivlegitimation

Die Passivlegitimation im Rahmen der allgemeinen Feststellungsklage richtet sich nicht nach § 78 VwGO, der ausweislich der systematischen Stellung im 8. Abschnitt der VwGO direkt nur bei Klagen nach § 42 VwGO anwendbar ist. Vielmehr sind allgemeine Grundsätze anzuwenden und die Klage gegen den Rechtsträger des Streitgegners zu richten.<sup>11</sup>

Rechtsträgerin der handelnden Polizeibehörde ist das Land Berlin.

## 2. Bestehen des Rechtsverhältnisses

Das von K geltend gemachte Rechtsverhältnis besteht, wenn die (u.a.) von P ausgeführte polizeiliche Maßnahme rechtswidrig war. Dies wäre der Fall, wenn für das konkrete Einschreiten des P keine Rechtsgrundlage bestünde, oder wenn die Maßnahme formell und/oder materiell rechtswidrig war, insbesondere wenn in Grundrechte des Betroffenen ohne Rechtfertigung eingegriffen wurde.

### a) Rechtsgrundlage

Eine taugliche Rechtsgrundlage könnte in §§ 9 I lit. c), 12 VwVG zu finden sein. Führen die Ersatzvornahme (§ 9 I lit. a) VwVG) oder das Zwangsgeld (§ 9 I lit. b) VwVG) nicht zum Ziel oder sind sie untunlich, so kann die Vollzugsbehörde nach §§ 9 I lit. c), 12 VwVG den Pflichtigen zur Handlung, Duldung oder Unterlassung zwingen oder die Handlung selbst vornehmen.

**Anmerkung:** Manche Bundesländer haben als *lex specialis* zum Bundes-VwVG eigene *Vollstreckungsgesetze* erlassen bzw. *Vollstreckungsvorschriften* in Landesgesetze aufgenommen (etwa Bayern in den Art. 70 ff. BayPAG).

Das Nähere regelt das Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Landes Berlin (UZwG Berlin). Nach § 2 I UZwG Bln ist unmittelbarer Zwang die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, durch Hilfsmittel der körperlichen Gewalt und durch Waffen. Körperliche Gewalt ist nach § 2 I UZwG Bln jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen. Diese Einwirkung erfolgt bei Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken – anders als bei der Anwendung von Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt und Waffen, bei der die Einwirkung

lediglich „vermittelt“ geschieht – durch unmittelbare Anwendung von Körperkräften der Polizeibeamten. Darunter fällt auch die Anwendung von Polizeigriffen.<sup>12</sup> Ein Einwirken auf eine Person liegt nicht nur dann vor, wenn ein Unterlassen erzwungen werden soll, sondern auch in dem Fall, dass einer Person ein aktives Tun, mithin eine Handlung wie das selbständige Aufstehen und Verlassen eines besetzten Gebäudes abverlangt wird. Dies ergibt sich bereits aus dem in § 6 I VwVG gesetzlich umschriebenen Wesen des Verwaltungszwangs, der der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes dient, der auf die Vornahme einer Handlung, auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist. Der Umstand, dass die Schmerzgriffe/Nervendrucktechniken im UZwG Bln nicht ausdrücklich erwähnt sind, ist unerheblich. In § 2 III UZwG Bln werden bestimmte Hilfsmittel der körperlichen Gewalt genannt. Hierzu gehören Schmerzgriffe/Nervendrucktechniken nicht, wobei aber die Aufzählung wegen der Verwendung der Formulierung „insbesondere“ nur beispielhaft und nicht abschließend ist.<sup>13</sup>

Gegen die Subsumtion der Nervendrucktechniken unter den Begriff der körperlichen Gewalt im Sinne des § 2 II UZwG Bln spricht auch nicht, dass diese Technik mit der Zufügung von Schmerzen verbunden ist. Die Schmerzzufügung stellt nicht den „Zweck“ der Schmerzgriffe/Nervendrucktechniken dar. Sie ist vielmehr „Mittel zum Zweck“, wie es etwa beim Handauflegen, Wegführen, Wegtragen und Polizeigriff der Fall ist. Wie bei diesen steht bei der Anwendung der Schmerzgriffe/Nervendrucktechniken der Handlungserfolg – hier das selbständige Aufstehen und Verlassen der Fahrbahn – im Vordergrund.<sup>14</sup>

Die polizeiliche Maßnahme ist somit auf §§ 6 II, 9 I lit. c), 12 VwVG i.V.m. 8 I S. 1 VwVfG Bln. zu stützen.

### b) Formelle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob die polizeiliche Maßnahme formell rechtmäßig war.

Die Zuständigkeit ergibt sich aus § 1 I, III Nr. 1 UZwG Bln.

Grundsätzlich bedarf es nach § 13 I S. 1 VwVG der schriftlichen Androhung einer Zwangsmaßnahme im Sinne des § 9 VwVG, die allerdings entbehrlich ist, wenn ein Fall des § 6 II VwVG vorliegt.

<sup>11</sup> Vgl. Kopp/Schenke, § 78 VwGO, Rn. 2.

<sup>12</sup> VG Berlin/Brandenburg, Urteil vom 20.03.2023 - 1 K 281/23, Rn. 31 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>13</sup> VG Berlin/Brandenburg, Urteil vom 20.03.2023 - 1 K 281/23, Rn. 32 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>14</sup> VG Berlin/Brandenburg, Urteil vom 20.03.2023 - 1 K 281/23, Rn. 33 = [jurisbyhemmer](#).

Danach kann der Verwaltungszwang ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn der sofortige Vollzug zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht, oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig ist und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt. Über den Wortlaut des § 6 II VwVG hinaus ist der sofortige Vollzug auch dann zulässig, wenn der Grundverwaltungsakt bereits erlassen wurde, aber die weiteren Voraussetzungen des gestuften Vollstreckungsverfahrens – hier die schriftliche Androhung des unmittelbaren Zwangs – wegen Eilbedürftigkeit nicht eingehalten werden können. Deshalb war hier eine nur mündliche Androhung des Verwaltungszwangs zur Abwehr einer drohenden Gefahr in Form der möglichen Begehung von Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten ausreichend.<sup>15</sup>

An der formellen Rechtmäßigkeit bestehen somit keine Zweifel.

### c) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Maßnahme müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dazu müsste der Tatbestand der Rechtsgrundlage gewahrt sowie die Maßnahme ermessensfehlerfrei ausgeführt worden sein.

#### aa) Tatbestandsvoraussetzungen

Es bedürfte grundsätzlich einer Grundverfügung, die als unaufschiebbare Maßnahme von Polizeivollzugsbeamten sofort vollziehbar und im Übrigen auch rechtmäßig war (§ 6 II VwVG).

**Anmerkung:** Bei der nachfolgenden Prüfung ist das jeweilige Landesrecht zugrunde zu legen. Hier werden die Regelungen in Berlin geprüft, da der Originalfall in Berlin spielte.

Als Rechtsgrundlage der Grundverfügung käme § 29 I S. 1 ASOG in Betracht. Danach kann die Polizei eine Person vorübergehend zur Abwehr einer Gefahr von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten. Erforderlich wäre mithin eine Gefahr im Zeitpunkt des Beginns der Maßnahme. Eine Gefahr im Sinne der Vorschrift ist die im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung i.S.d. Legaldefinition des § 17 I ASOG, also eine konkrete Gefahr. Eine konkrete Gefahr bezeichnet eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei

ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird.

Die Sitzblockade, an der der K teilnahm, behinderte den Verkehr erheblich. Dies stellte, gemessen am oben dargestellten Maßstab, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, insbesondere bestand aus einer ex-ante-Sicht jedenfalls die Möglichkeit einer strafbaren Handlung nach § 240 StGB. Darüber hinaus lag eine Ordnungswidrigkeit (§ 27 I Nr. 8 VersFG BE) in Form eines Verstoßes gegen § 14 VI S. 2 Versammlungsfreiheitsgesetz Berlin (VersFG BE) vor. Danach haben sich, sobald die Versammlung für aufgelöst erklärt ist, alle anwesenden Personen unverzüglich zu entfernen. Der K ist stattdessen auf der Fahrbahn verblieben.

Eine konkrete Gefahr lag somit vor. Die Grundverfügung zur Anwendung der Schmerzgriffe/Nervendrucktechniken war als unaufschiebbare Maßnahme von Polizeivollzugsbeamten nach § 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO sofort vollziehbar war und auch im Übrigen rechtmäßig.

Auch im Übrigen wurden die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 6 II, 9 I lit. c), 12 VwVG gewahrt.

#### bb) Ermessensausübung

Fraglich ist ferner, ob die Maßnahme ermessensfehlerfrei war. Nach der Maßgabe des § 114 S. 1 VwGO prüft das Gericht, ob ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil die Behörde die Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat.

Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist ermessensgerecht, wenn sie auch verhältnismäßig ist. Das ist nur dann der Fall, wenn die konkrete Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen im Hinblick auf den Schutz eines vorrangigen, zumindest aber gleichwertigen anderen Rechtsgutes ist. Die Verhältnismäßigkeit der Anwendung unmittelbaren Zwanges ist aus der ex-ante-Sicht der handelnden Polizeikräfte zu beurteilen.

Der Einsatz von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken ist zulässig, wenn – unter Berücksichtigung der konkreten Umstände – insbesondere das Wegtragen des Klägers als mildere Ausführungsform des unmittelbaren Zwangs nicht (mehr) möglich und geeignet war, die Pflicht des Klägers, die Fahrbahn der Straße zu verlassen, durchzusetzen.

Gemessen an diesem Maßstab ist fraglich, ob sich die Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken im konkreten Einzelfall als verhältnismäßig erweist.

<sup>15</sup> VG Berlin/Brandenburg, Urteil vom 20.03.2023 - 1 K 281/23, Rn. 37 = jurisbyhemmer.

In der Vollstreckung der Grundverfügung liegt ein legitimer Zweck, der durch die Maßnahme der Polizeibeamten auch gefördert wurde. Fraglich ist, ob die Maßnahme auch erforderlich war. Es dürfte dazu kein milderes, gleich effektives Mittel vorliegen. Das Wegtragen ist insbesondere dann kein gleich geeignetes Mittel, wenn hierfür nicht genügend Polizeikräfte vorhanden oder alle anwesenden Kräfte mit anderen Aufgaben, wie der Sicherung der Fahrbahn oder dem Schutz der Versammlungsteilnehmenden, befasst sind. Hierbei ist grundsätzlich auch zu berücksichtigen, dass das Wegtragen deutlich kräftezehrender ist und mehr Einsatzkräfte bindet als die Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken. Darüber hinaus dürfte ein Entfernen der Betroffenen unter Anwendung von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken oftmals auch schneller durchzuführen sein als ein Wegtragen.

Hier waren die Polizisten gegenüber den Versammlungsteilnehmern zwar in der Unterzahl. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich zum Zeitpunkt des Entfernens des K von der Fahrbahn aus der Gruppe der ehemaligen Versammlungsteilnehmenden nur (noch) wenige Personen auf der Fahrbahn befanden und die bereits entfernten Personen auch nicht erkennbar auf die Fahrbahn zurückströmten. Zudem dürften hier auch ausreichende Polizeikräfte zur Verfügung gestanden haben, um K wegzutragen. Bei der Anwendung der Schmerzgriffe/Nervendrucktechniken gegenüber dem K waren bereits zwei Polizeikräfte mit der Entfernung des K von der Fahrbahn befasst. Nachdem dieser laut schrie, trat aus der Reihe mehrerer dahinterstehender Polizeikräfte, die zum Zeitpunkt der Entfernung des K von der Fahrbahn wohl nicht mit einer konkreten Aufgabe gebunden waren, ein weiterer Polizist hinzu und half dabei, den K von der Fahrbahn zu entfernen.

Zwar hat K das Wegtragen durch seine Körperhaltung und Sitzposition das Wegtragen durch die Polizisten erschwert. Die drei Polizeikräfte waren im Vergleich zu Körpergröße und -gewicht des K aber ausreichend, um K ohne Einsatz von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken wegzutragen. Der Einsatz von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken war mithin nicht erforderlich.

Es kann somit dahinstehen, ob die Maßnahme verhältnismäßig im engeren Sinne war.

**Zwischenergebnis.** Die polizeiliche Maßnahme ist nicht rechtmäßig.

### III. Ergebnis

Die Klage des K ist zulässig und begründet.

## D) Kommentar

**(bb).** Die Argumentation des Gerichts überzeugt. Durch die genaue Subsumtion des Sachverhaltes bei der Frage der Erforderlichkeit wird deutlich, dass der Einsatz von Schmerzgriffen/Nervendrucktechniken hier nicht das mildeste, gleich effektive Mittel war, um die Versammlungsauflösung durchzusetzen. Hätte das Gericht die Maßnahme für noch erforderlich erachtet, wäre es entscheidend auf die Frage angekommen, ob die Maßnahme angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne gewesen wäre. An dieser Stelle hätte eine Überprüfung der Maßnahme am Folterverbot aus Art. 3 EMRK und der UN-Antifolterkonvention erfolgen können.

Das OVG Berlin hat den Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des VG Berlin abgelehnt.<sup>16</sup> Inhaltlich setzt sich das OVG Berlin allerdings nicht näher mit der Entscheidung der Vorinstanz auseinander. Denn der Antrag der Berliner Polizei entsprach schon nicht den formellen Anforderungen des Berufungszulassungsverfahrens (vgl. v.a. § 124a VwGO). Damit ist das Urteil des VG Berlin rechtskräftig.

## E) Wiederholungsfrage

### ▪ Kann die allgemeine Feststellungsklage auch gegen bereits erledigte Realakte erhoben werden?

Ja, die zur Fortsetzungsfeststellungsklage entwickelten Grundsätze hinsichtlich des Feststellungsinteresses sind insoweit auf die allgemeine Feststellungsklage übertragbar. Danach kann ein Feststellungsinteresse bei Wiederholungsgefahr, fortdauernder Diskriminierung (Rehabilitationsinteresse), im Falle der Absicht, Amtshaftungs- oder Entschädigungsansprüche geltend zu machen sowie bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen bzw. sich typischerweise kurzfristig erledigendem Verwaltungshandeln bestehen.

## F) Zur Vertiefung

### Zur allgemeinen Feststellungsklage

- Hemmer/Wüst/Christensen/Grieger, Verwaltungsrecht II, Rn. 292 ff.

### Die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen nach dem BayVwZVG (Bayern)

- Hemmer/Wüst/Daxhammer/Grieger, Polizeirecht, Rn. 473 ff.

<sup>16</sup> OVG Berlin, Beschluss vom 08.10.2026 – OVG 6 N 86/25.

Von RA Michael Tyroller

## Das Problem: Der Aufwendungsersatz nach § 439 III BGB und der Regress in der Lieferkette

Mit diesem Problembeitrag wird die Aufsatzreihe zum kaufrechtlichen Mängelrecht, welches im Zivilrecht häufiger als jedes andere Thema Gegenstand von Examensklausuren ist, abgeschlossen.<sup>1</sup>

Behandelt werden der Anspruch des Käufers auf Ersatz der Aufwendungen nach § 439 III BGB und der privilegierte Regress in der Lieferkette nach §§ 445a, 445b BGB. Dieser Regress erfährt in § 478 BGB noch weitere Privilegierungen, wenn der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB ist.

### A) Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 439 III BGB

In Umsetzung des Urteils des EuGH in Sachen „Weber und Putz“<sup>2</sup> und der daraufhin ergangenen Rechtsprechung des BGH<sup>3</sup> zum Ersatz der Kosten für den Ausbau einer mangelhaften Sache und des erneuten Einbaus der mangelfreien Sache wurde § 439 III BGB mit Wirkung zum 01.01.2018 ins BGB eingefügt.<sup>4</sup>

Auf Vorlage des BGH in der Sache „Wittmer./Weber GmbH“ bzw. des AG Schorndorf in der Sache „Putz./Medianess Electronics“ hat der EuGH am 16.06.2011 entschieden, dass bei einem vor Auftreten eines Mangels erfolgten Einbau der Verkäufer beim Verbrauchsgüterkauf verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau der mangelhaften Sache vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut wieder einzubauen, oder **jedenfalls die Kosten zu**

**tragen**, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind.

In Umsetzung dieser Rechtsprechung regelt § 439 III BGB den Fall, dass der Käufer eine Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht hat und der Mangel erst danach offenbar wird.

Durch die Regelung in § 439 BGB außerhalb der Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) wird klargestellt, dass diese Verpflichtung auch gegenüber einem unternehmerischen Käufer besteht.

Diese Ausdehnung ist absolut überzeugend, da das „Opfer“ derartiger Aus- und Einbaukosten in der Praxis regelmäßig ein unternehmerischer Käufer sein dürfte, der Baumaterial kauft und dieses dann anschließend in Erfüllung eines Werkvertrages bei seinen Kunden einbaut.

**Beispiel:**<sup>5</sup> A beauftragt Unternehmer B damit, auf ihrem Grundstück eine Terrasse errichten. Die Terrassenplatten kauft B von C. Nach dem Einbau stellt A fest, dass die Platten nicht witterungsbeständig sind und sich verfärben.

B ist gegenüber der A im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB verpflichtet, die Terrasse neu zu errichten. Hierzu müssen zunächst die mangelhaften Terrassenplatten ausgebaut und die von C nachgelieferten mangelfreien Platten anschließend wieder eingebaut werden.

Der Anspruch des B gegen C auf Lieferung mangelfreier Terrassenplatten folgt unproblematisch aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB. Doch wie sieht es mit den Kosten für den Aus- und Einbau der Terrassenplatten aus?

<sup>1</sup> In **Life&LAW 01/2026, 52 ff.** wurde im Problembeitrag ausführlich der **Sachmangelbegriff** im Kaufrecht nach § 434 BGB behandelt. Passend dazu wurde in demselben Heft das BGH-Urteil zur Zustandsbenotung eines Oldtimers als ausnahmsweise (!) konkludente Beschaffenheitsvereinbarung besprochen, BGH, **Life&LAW 01/2026, 1 ff.** = NJW-RR 2025, 1456 ff. = [jurisbyhemmer](#).

In **Life&LAW 03/2026, 52 ff.** wurde im Problembeitrag das **Verhältnis der Mängelrechte** beim Kauf- und Werkvertrag dargestellt. Gesteigerte Examensrelevanz hat diese Thematik nicht zuletzt deshalb, weil sich der Baurechtssenat des BGH erst vor kurzem mit Urteil vom 22.08.2024 mit dem Verhältnis von Minderung und dem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung beim Werkvertrag befasst hat (vgl. dazu BGH, **Life&LAW 01/2025, 11 ff.** = NJW 2024, 3445 ff. = [jurisbyhemmer](#)).

<sup>2</sup> EuGH, **Life&LAW 08/2011, 537 ff.** = NJW 2011, 2269 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>3</sup> BGH, **Life&LAW 04/2012, 239 ff.** = NJW 2012, 1073 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>4</sup> Tyroller, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, **Life&LAW 10/2016, 727 ff.**

<sup>5</sup> Vgl. dazu Bayerisches Staatsexamen, Aufgabe 1 im Termin 2019/I. Die Lösung hierzu finden Sie in **Life&LAW 05/2019, 326 ff.**

Da die Aus- und Einbaukosten die dem Handwerker B aus dem Werkvertrag zustehende Vergütung nicht selten übersteigen (Grenze: § 635 III BGB), ist gerade der B als unternehmerischer Käufer besonders schutzwürdig, hier gegen den Verkäufer einen Regressanspruch zu haben.

In § 439 III BGB wurde mit Wirkung zum 01.01.2018 im Untertitel 1 („Allgemeinen Vorschriften“ zum Kaufvertrag) ein verschuldensunabhängiger Anspruch des B gegen C auf Ersatz dieser Kosten eingeführt.

**Hinweis:** Durch die Erstreckung des Aufwendungsersatzes für Aus- und Einbaukosten auf alle Kaufverträge war der Gesetzgeber gezwungen, auch den Regressanspruch des Verkäufers gegenüber dem Lieferanten neu zu regeln.

Mit Wirkung zum 01.01.2018 ist daher auch der Rückgriff des Verkäufers beim Verkauf einer neuen Sache gegenüber dem Lieferanten in den §§ 445a, 445b BGB geregelt worden.

Für den Verbrauchsgüterkauf gibt es in § 478 BGB hierzu ergänzende Sonderbestimmungen.

Dieser Lieferantenregress wird unter **Punkt B)** und **C)** dargestellt, die Sonderbestimmungen für den Verbrauchsgüterkauf unter **Punkt D)**.

## I. Bedeutung des Anspruchs auf Aufwendungsersatz

§ 439 III BGB regelt einen **vom Vertretenmüssen** des Verkäufers **unabhängigen** Anspruch auf Aufwendungsersatz.

Ohne diesen Anspruch könnte ein Käufer die für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfrei nachgebesserten oder nachgelieferten Sache Kosten nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verlangen.

Da der Verkäufer i.R.d. Nacherfüllung weder zum Ausbau der mangelhaften noch zum Einbau der nachgebesserten/nachgelieferten mangelfreien Sache verpflichtet ist, entfallen diese Kosten durch eine Nacherfüllung nach § 439 I BGB nicht.

**hemmer-Methode:** Beim Kauf mit Montageverpflichtung (vgl. § 434 IV BGB) wäre dies anders.

Die Aus- und Einbaukosten sind daher nicht als Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 Alt. 2 BGB), sondern nach den §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB als Schaden neben der Leistung (Mangelfolgeschaden) ersatzfähig.

Ein solcher Anspruch ist aber oftmals zu verneinen, da sich der Verkäufer hinsichtlich der Lieferung einer mangelhaften Sache (Verletzung der Pflicht aus § 433 I S. 2 BGB) nach § 280 I S. 2 BGB regelmäßig exkulpieren können wird. Ein etwaiges Verschulden des Herstellers kann dem Verkäufer nicht nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zuge-

rechnet werden, da die Herstellung nicht zum Pflichtenkreis des Verkäufers gehört. Der Hersteller ist damit jedenfalls beim Kaufvertrag nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.<sup>6</sup>

Ohne konkreten Anlass ist der Verkäufer vor der Auslieferung an den Käufer auch nicht verpflichtet, die verkaufte Sache auf ihre Mangelfreiheit hin zu kontrollieren.<sup>7</sup> Selbst, wenn ein Mangel bei der Lieferung einer neuen Sache bei einer Untersuchung erkennbar gewesen wäre, läge grds. immer noch eine Entlastungsmöglichkeit für den Verkäufer vor. Nur Kennen**müssen** begründet Verschulden, nicht aber bloßes „Kennen**können**“ (vgl. auch die Legaldefinition der fahrlässigen Unkenntnis in § 122 II BGB).

**Anmerkung:** Auch bei einer Gattungsschuld trifft den Verkäufer keine verschuldensunabhängige Haftung i.S.d. § 276 I S. 1 a.E. BGB. Nach h.M. gehört zum Beschaffungsrisiko nur die Verschaffung der Sache selbst. Eine verschuldensunabhängige Haftung sollte damit nicht begründet werden.<sup>8</sup>

## II. Anwendungsbereich des § 439 III BGB

Nach § 439 III BGB ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

### 1. Anbringen an eine andere Sache

Die Variante des „Anbringens“ wurde eingefügt, um die - oft schwierige - Abgrenzung zum Einbau überflüssig zu machen.

Erfasst sind davon insbesondere Verwendungen, die nicht im Wortsinne als „Einbau“ verstanden werden können, aber trotzdem die Verbindung mit einer anderen Sache beinhalten (z.B. die Befestigung von Dachrinnen und Leuchten o.Ä.).

Ebenso werden mangelhafte Farben und Lacke erfasst, die zum Zwecke der Nacherfüllung abgeschliffen und erneut an- bzw. aufgebracht werden müssen.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> BGH, NJW 2014, 2183 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2008, 2837 ff. (Rn. 29) = **jurisbyhemmer**; vgl. dazu auch Grüneberg/Grüneberg, BGB, 85. Auflage 2026, § 280, Rn. 19; Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 433, Rn. 31.

<sup>8</sup> Grüneberg/Grüneberg, a.a.O., § 276, Rn. 32; a.A. Graf v. Westphalen, ZGS 2002, 154 ff. sowie ZIP 2002, 545 (548).

<sup>9</sup> MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, BGB § 439 Rn. 37.

## 2. Einbau in eine andere Sache

Ein Einbau der Kaufsache in eine andere Sache ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch jedenfalls bei einer körperlichen (festen) Verbindung der Kaufsache mit einer anderen Sache gegeben. Der Einbau kann dabei auf vielerlei Art und Weise erfolgen, etwa durch Schrauben, Nieten, Bohren, Schweißen etc.<sup>10</sup>

Mit Urteil vom 21.06.2023 hat sich der BGH zum ersten und bislang einzigen Mal mit der Vorschrift des § 439 III BGB befasst.<sup>11</sup>

Dabei hat der BGH zu Recht entschieden, dass das Tatbestandsmerkmal des „Einbaus“ schon im Stadium eines artentsprechenden Vorfertigungsprozesses zum Zwecke eines in einem zweiten Schritt geplanten Einbaus erfüllt ist.

**Beispiel:** *K hat von V mangelbehaftete Rohre erworben, die K aufgrund eines Werkvertrages mit B in einem Kreuzfahrtschiff als Rohrleitungssysteme zum Transport von Flüssigerdgas (LNG-Gas) zu montieren hatte. K baute die Rohre im Vorfertigungsprozess zu Doppelrohrsystemen (sog. „spools“) zusammen. Erst bei diesem Prozess wurde die Mangelhaftigkeit der Rohre offenbar, sodass es gar nicht mehr zur Montage in das Kreuzfahrtschiff kam.*

*Kann K Aufwendungsersatz für das Auseinanderbauen der „spools“ sowie die noch anstehenden Aufwendungen für die erneute Vorfertigung verlangen?*

**a)** Nach Ansicht des BGH erfasst der **Gesetzeswortlaut** („Einbau“) die Gesamtheit eines auch mehrstufigen Einbauvorgangs, einschließlich der entsprechenden Ver- oder Bearbeitungsstufen.

Der **Zweck des Gesetzes** war eine Entlastung der Handwerker und anderer Werkunternehmer. Nach der „ratio legis“ muss daher ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen auch dann bestehen, wenn der Mangel bereits bei einem Vorfertigungsprozess vor Abschluss der Endfertigung offenbar wird.

Der Schutz der Verkäufer und Lieferanten in der Lieferkette wird über die Regressvorschriften nach §§ 445a, 445b BGB bis zurück zum Hersteller sichergestellt, vgl. **Punkt B)** und **C)**.

**b)** Den Vorfertigungsprozess als Bestandteil des Einbauvorgangs zu werten, gebietet auch Art. 14 III der RL (EU) 2019/771 (im Folgenden Warenkauf-RL).<sup>12</sup> Nach Art. 14 I lit. c Warenkauf-RL bzw. § 475 V BGB muss die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung für den Verbraucher „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ erfolgen.

Nach Ansicht des EuGH stellt der Umstand, dass der Verkäufer das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht auf seine Kosten ausbaue und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut nicht einbaue, zweifellos eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher dar.<sup>13</sup>

**c)** Der Aufwendungsersatzanspruch ist auch nicht ausgeschlossen, wenn der K in Anlehnung an den Begriff der Verarbeitung i.S.d. § 950 BGB durch die Zusammensetzung der gekauften Rohre zu „spools“ eine neue Sache hergestellt hätte. § 439 III BGB findet erst dort seine Grenze, wo die Kaufsache in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr vorhanden ist.<sup>14</sup>

**d)** Auch der mit der Rohrvorfertigung und der Demontage verbundene, den Kaufpreis evtl. übersteigende Aufwand ist nicht geeignet, den Aufwendungsersatzanspruch zu versagen.

Vor einer evtl. übermäßigen Inanspruchnahme wird der Verkäufer dadurch geschützt, dass der Käufer nur Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Überdies kann der Verkäufer nach § 439 IV BGB die Nacherfüllung verweigern, sofern diese nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich wäre.

**Ergebnis:** Erstreckt sich eine Weiterverarbeitung der mangelhaften Sache über *mehrere Fertigungsstufen*, so ist § 439 III BGB auch auf die vorgenommenen Teilstufen anwendbar, soweit bereits von einem (Teil-)Einbau oder Anbringen gesprochen werden kann!<sup>15</sup>

## 3. Voraussetzung: Einbau, bevor der Mangel „offenbar wurde“

Dem Käufer steht der Anspruch nach § 439 III BGB nicht zu, wenn der Mangel vor dem Einbau offenbar wurde (vgl. auch Art. 14 III der Warenkauf-RL).

**Hinweis:** Häufig ist zu lesen, der Anspruch nach § 439 III BGB sei ausgeschlossen, wenn der Einbau erfolgte, nachdem der Mangel offenbar wurde. Dies ist nach h.M. sprachlich nicht korrekt.

Dass der Mangel nicht vorher offenbar wurde, ist als **Anspruchsvoraussetzung** formuliert und daher nach den allgemeinen Grundsätzen vom Käufer zu beweisen. Dem Käufer obliegt nach h.M. also der Nachweis, dass ein Mangel *nicht offenbar* geworden ist.

Ein solcher Negativbeweis führt zu einer sekundären Behauptungs- oder Darlegungslast der Gegenseite, hier des Verkäufers, d.h. einfaches Bestreiten genügt (ausnahmsweise) nicht.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> jurisPK-BGB/Pammler, Band 2, 10. Auflage (Stand: 26.08.2024), § 439, Rn. 161 = jurisbyhemmer;

<sup>11</sup> Vgl. BGH, Life&LAW 11/2023, 723 ff. = BGHZ 237, 217 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>12</sup> Die Warenkauf-RL hat mit Wirkung zum 01.01.2022 die bis zum 31.12.2021 geltende Verbrauchsgüterkauf-RL (RL 1999/44/EG) abgelöst. Das Urteil des BGH erging zu der bis 31.12.2021 geltenden Rechtslage (Art.3 III S. 3 VGK-RL).

<sup>13</sup> EuGH, Life&LAW 08/2011, 537 ff. („Weber und Putz“) = NJW 2011, 2269 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> Beispielhaft sind in der Gesetzesbegründung Fälle der untrennbaren Vermengung und Vermischung, etwa bei Flüssigkeiten, Chemikalien oder bei der Stahlverarbeitung angeführt.

<sup>15</sup> Vgl. auch MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, BGB § 439 Rn. 37.

<sup>16</sup> Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 91; a.A. BeckOK/Faust, a.a.O., § 439, Rn. 126 unter Berufung auf die bis zum

Was unter „**offenbar wurde**“ zu verstehen ist, ist umstritten.

Nach der amtlichen Begründung des Gesetzes soll der Anspruch nur dann nicht bestehen, wenn der Käufer die Sache *in positiver Kenntnis* des Mangels eingebaut hat.<sup>17</sup> Der Käufer, der eine Sache in Kenntnis eines Mangels verbaut, ist hinsichtlich der dadurch erforderlich werdenden Aus- und Einbauleistungen nicht schutzwürdig, da er zunächst seinen Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I BGB geltend machen muss, bevor er die Sache einbaut.

Die Literatur sieht dies überwiegend anders. Die Formulierung sei nicht mit positiver Kenntnis gleichzusetzen. Es müsse nach einer objektivierten Betrachtung darauf abgestellt werden, ob sich der Mangel einem Durchschnittskäufer geradezu aufdrängen musste, was mit grober Fahrlässigkeit gleichzusetzen sei.<sup>18</sup> Hat sich der Mangel dem Käufer vor dem Einbau aufdrängen müssen, ist er damit bereits offenbar geworden.

**Anmerkung:** Für diese Sichtweise sprechen auch die englische und die französische Formulierung der Richtlinie.

Die Formulierung „to become apparent“ heißt im Deutschen „sichtbar werden“, „sich andeuten“. Dies legt eine objektivierte Betrachtung nahe, ohne dass es auf eine (subjektive) positive Kenntnis ankommt.

Auch die französische Formulierung „apparaître“ für „erscheinen bzw. „zutage treten“ könnte für die objektivierte Auslegung der Literatur sprechen.

Überdies hat der EuGH das jeweilige Gegenstück zum „Offenbarwerden“ im Rahmen der Beweislastumkehr der Verbrauchsgüterkauf-RL in der englischen „become physically apparent“ und französischen Sprachfassung „matériellement révélé“ jeweils ebenfalls als tatsächliches Merkmal ausgelegt.<sup>19</sup>

**Fazit:** Leicht fahrlässige Unkenntnis schadet nicht, positive Kenntnis lässt den Anspruch aus § 439 III BGB nicht entstehen und der Fall grob fahrlässiger Unkenntnis ist umstritten!

#### IV. Rechtsfolge: Aufwendungsersatz

Der Verkäufer hat weder das Recht noch die Pflicht, den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sache selbst vorzunehmen.

Der Käufer hat nach h.M. also kein Wahlrecht<sup>20</sup> und der Verkäufer kein Recht zur zweiten Andienung!

**Anmerkung:** Das in § 439 III S. 1 BGB-E zunächst noch vorgeschlagene Wahlrecht des Verkäufers,<sup>21</sup> ob er den Aus- und Einbau der mangelhaften Sache selbst vornehmen oder Wertersatz leisten möchte, wurde wegen möglicher Konkurrenzen von Hauptleistungspflichten aus einem Werkvertrag einerseits und Gewährleistungsrechten aus einem Kaufvertrag andererseits gestrichen.

Diese Problematik kann dann auftreten, wenn der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten verbaut hatte. In diesen Fällen würde ein Verkäufer, der den Aus- und Einbau selbst vornehmen möchte, zugleich auch in ein fremdes Vertragsverhältnis eingreifen.

Die Entscheidung des Gesetzgebers für einen reinen Geldersatz und gegen eine Einbeziehung des Aus- und Neueinbaus in die Naturalerfüllung wird zum Teil kritisiert.<sup>22</sup>

Die Umsetzung ist aber europarechtskonform. Der EuGH hat in dem Urteil „Weber und Putz“ (s. Fn. 3) nicht gefordert, dass der Verkäufer den Aus- und Einbau selbst vornehmen muss, solange **jedenfalls** dem Verbraucher die Kosten für den Ausbau und Einbau erstattet werden.

Art. 14 Warenkauf-RL gewährt den Mitgliedstaaten ebenfalls ein Wahlrecht.<sup>23</sup>

Die Vorschrift des § 439 III BGB ist daher wegen des europarechtlichen Regelungsspielraums eindeutig europarechtskonform!

§ 439 III BGB gewährt dem Käufer „lediglich“ einen vom Vertretenmüssen unabhängigen Aufwendungsersatzanspruch.

<sup>20</sup> Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 1. Auflage 2022, Rn. 91.

<sup>21</sup> Vgl. Tyroller, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“, **Life&LAW 10/2016, 727 (729 f.)**.

<sup>22</sup> Maultzsch, ZfPW 2018, 1 (9 f.).

<sup>23</sup> **Art. 14 Abs. 3 der Warenkauf-RL lautet:**

„Erfordert die Nachbesserung die Entfernung von Waren, die entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck montiert oder installiert wurden, bevor die Vertragswidrigkeit offenbar wurde, oder sind solche Waren zu ersetzen, so umfasst die Pflicht zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung die Entfernung der nicht vertragsgemäßen Waren und die Montage oder Installierung der Ersatzwaren oder der nachgebesserten Waren **oder die Übernahme der Kosten dieser Entfernung und Montage oder Installierung.**“

31.12.2021 geltende Rechtslage. Bis 31.12.2021 enthielt § 439 III BGB noch einen Satz 2, der auf § 442 I BGB verwiesen hat. Danach führte sowohl positive Kenntnis als auch grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Mangel vor dem Einbau zum Anspruchsverlust (Einwendung).

<sup>17</sup> RegE, BT-Drs. 19/27424, 26; Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 439, Rn. 12 a.E.

<sup>18</sup> Lorenz, NJW 2021, 2065 (2067); Hoffmann, NJW 2021, 2839 (2844); Rachlitz, NJW 2022, 1337 (1340); Kesisoglul/Lang, NJW 2023, 1009 (1013).

<sup>19</sup> EuGH, NJW 2015, 2237 ff. (Rn. 71) = **jurisbyhemmer**.

Anders als im Rahmen von § 249 II BGB sind **nur die tatsächlich angefallenen Aufwendungen** zu ersetzen.

Der Käufer kann also nicht die mangelhafte Sache an ihrem Platz belassen und dennoch Ersatz der Aus- und Einbaukosten verlangen.

**Hinweis:** § 439 III BGB gibt daher kein „partielles“ Selbstvornahmerecht, sondern regelt eher eine Selbstvornahmepflicht.

§ 439 III BGB gilt dabei für beide Arten der Nacherfüllung. Es macht nämlich keinen Unterschied, ob eine mangelhafte Kaufsache, die der Käufer vor Auftreten eines Mangels gemäß ihrer Art und ihres Verwendungszwecks eingebaut hat, ausgebaut werden muss, um eine neu gelieferte mangelfreie Sache zu verbauen, oder aber, ob eine solche Sache ausgebaut werden muss, um den Mangel beseitigen zu können und sie sodann wieder sach- und fachgerecht einzubauen.

Bei beiden Alternativen der Nacherfüllung würden den Käufer weitere Kosten des Ein- und Ausbaus treffen, die er bereits einmal aufgewandt hat und die er bei mangelfreier Erfüllung des Vertrags nicht noch ein weiteres Mal zu tragen hätte.

Der Verkäufer schuldet aber nur Ersatz der *erforderlichen* Aufwendungen.

**Hinweis:** Hier kann auf die Rechtsprechung zum Selbstvornahmerecht des Bestellers nach § 637 BGB zurückgegriffen werden, in dessen Rahmen ebenfalls ein Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen besteht (§ 637 I BGB).

**Der Höhe nach** erforderlich sind Aufwendungen, die ein vernünftig wirtschaftlich denkender Käufer aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für eine vertretbare, d.h. geeignete und Erfolg versprechende Maßnahme zur Mängelbeseitigung erbringen konnte und musste.<sup>24</sup>

**hemmer-Methode:** Auf die Verhältnismäßigkeit kommt es bei der „Erforderlichkeit“ nicht an. Diese ist erst i.R.v. § 439 IV BGB zu berücksichtigen.

Hat der Käufer aufgrund eines Werkvertrages die Sache bei seinem Kunden eingebaut, so hängt die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen auch davon ab, dass der Käufer (= Werkunternehmer) gegenüber seinem Kunden (= Besteller) nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB zum Ausbau der mangelhaften und zum Einbau der mangelfreien Baumaterialien verpflichtet war.

Nur dann sind die Kosten auch **dem Grunde nach** erforderlich gewesen.

**Anmerkung:** Erfolgt der Aus- und Einbau lediglich aus Kulanz, kann der Werkunternehmer die dafür entstehenden Kosten nicht an den Verkäufer nach § 439 III BGB „weiterreichen“!

## 1. Ansprüche bei Drittbeauftragung

Beauftragt der Käufer einen **Dritunternehmer** mit der Vornahme der nötigen Arbeiten, muss er im Regelfall zwei – aber nicht mehr – Alternativangebote einholen.

Er braucht aber nicht den billigsten Unternehmer zu beauftragen, sondern darf neben dem Preis die Zuverlässigkeit des Unternehmers sowie die Schnelligkeit, mit der dieser tätig werden kann, berücksichtigen.

Erfasst sind auch Aufwendungen, die für die Beauftragung des Dritunternehmers anfallen (z.B. Porto- oder Fahrtkosten).<sup>25</sup>

**Anmerkung:** Die bei Beauftragung eines Dritunternehmers zu ersetzenden Aufwendungen umfassen auch Mehraufwendungen, die dem Käufer auf Grund der Insolvenz des Dritunternehmers entstehen, z.B. weil er seine Mängelrechte gegen diesen nicht verwirklichen kann und somit erneut einen weiteren Handwerker beauftragen muss.

Für den Käufer würde es nämlich eine erhebliche Unannehmlichkeit i.S.d. § 475 V BGB bzw. Art. 14 I lit. c Warenkauf-RL darstellen, wenn er das Risiko der Insolvenz des von ihm beauftragten Unternehmers tragen müsste. Dies gilt unabhängig davon, ob der Käufer Verbraucher oder Unternehmer ist.<sup>26</sup>

## 2. Ansprüche bei Selbstvornahme durch den Käufer

**a)** Wenn der Käufer die betreffenden Arbeiten **im Rahmen seines Gewerbes selbst vornimmt**, kann er Ersatz der konkret anfallenden Kosten sowie anteiligen Ersatz seiner allgemeinen Kosten verlangen.

Darüber hinaus steht ihm ein Anspruch auf Vergütung seiner Arbeitszeit zu. Dies ist jedenfalls dann geboten, wenn der Käufer sonst seine Kapazitäten gewinnbringend genutzt hätte.<sup>27</sup>

**b)** Nimmt ein **Verbraucher** die Arbeiten selbst vor, so ist entsprechend der h.M. zu § 637 BGB<sup>28</sup> auch seine eigene Arbeitsleistung zu vergüten.

<sup>24</sup> BGH, NJW-RR 1991, 789 ff. = **juris**byhemmer; vgl. auch Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 439, Rn. 13.

<sup>25</sup> BeckOK/Faust, BGB, Ed. 1.11.2025, § 439, Rn. 135 - 137.

<sup>26</sup> Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 136.

<sup>27</sup> Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 138; Thon, JuS 2017, 1150 (1153).

<sup>28</sup> Grüneberg/Retzlaff, a.a.O., § 637, Rn. 6.

Eine analoge Anwendung des § 1877 III BGB wie bei der GoA i.R.d. § 683 S. 1 BGB, wonach Arbeitszeit nur dann vergütet wird, wenn der Aus- und Neueinbau in die berufliche Tätigkeit des Käufers fällt, ist abzulehnen, weil ansonsten für private Käufer die Effektivität des Aufwendungsersatzanspruchs relativiert würde. Außerdem entstünde dadurch der Anreiz, regelmäßig Fachhandwerker mit dem Aus- und Neueinbau zu beauftragen, was wirtschaftlich über § 439 III BGB die Verkäuferseite noch mehr belasten würde. Aus diesen Gründen ist richtigerweise auch für die eigene Arbeitsleistung des Käufers im Rahmen des § 439 III BGB eine angemessene Vergütung zu gewähren, die allerdings unterhalb der Stundensätze für professionelle Werkunternehmer anzusiedeln und deren Höhe nach den konkreten Umständen zu bestimmen ist.<sup>29</sup>

In Betracht kommt z.B. die Abrechnung auf Basis des Entgelts eines Arbeitnehmers.<sup>30</sup>

### 3. Vorschuss bzw. Freistellung, Vorteilsanrechnung und Mitverschulden

#### a) Vorschussanspruch

Beim Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs kann der Käufer gem. § 475 IV BGB einen **Vorschuss** verlangen. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass bei anderen Kaufverträgen gerade kein Anspruch auf Vorschuss besteht.<sup>31</sup> Dem Käufer steht jedoch ein Anspruch auf Freistellung aus § 257 BGB zu.<sup>32</sup>

#### b) Vorteilsanrechnung

Vermögensvorteile, die durch eine Ersatzleistung entstehen, sind im Schadensersatzrecht nach den Grundsätzen „Abzug neu für alt“ auszugleichen (sog. „Vorteilsanrechnung“).

Ob der Grundsatz der Vorteilsanrechnung auch im Rahmen der Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zur Anwendung kommen soll, wird unterschiedlich beurteilt.

**aa)** Nach e.A. sollen Wertverbesserungen durch den Käufer auszugleichen sein.<sup>33</sup>

**bb)** Nach a.A. fehlt es für eine solche Vorgehensweise bereits an einer Anspruchsgrundlage.<sup>34</sup> Im Übrigen wird die Nacherfüllung erst dadurch erforderlich, dass der Verkäufer mangelhaft geleistet habe, so dass es unbillig wäre, den Käufer mit

einer Kostenbeteiligung zu behelligen.

Außerdem könnte dem Käufer unter Umständen eine Nacherfüllung aus finanziellen Gründen unmöglich werden.

**cc)** Nach Ansicht des BGH scheidet ein Abzug „neu für alt“ jedenfalls dann aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart.<sup>35</sup>

Beseitigt der Verkäufer im Wege der Nachbesserung einen Mangel der Kaufsache, kommt er lediglich seinen vertraglichen Pflichten nach. Hierfür kann er grundsätzlich keinen Ausgleich verlangen.

Der damit regelmäßig verbundene Vorteil einer Werterhöhung der Sache stellt ebenso wie der Umstand, dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart, eine **unvermeidliche Folge des dem Käufer eingeräumten Nacherfüllungsanspruchs** dar.

Eine andere Beurteilung wäre auch nicht damit zu vereinbaren, dass das Gesetz in §§ 439 VI S. 1, 346 I, II S. 1 Nr. 1 BGB eine Herausgabe gezogener Nutzungen bzw. eine Wertersatzpflicht durch den Käufer bei der Lieferung einer mangelfreien Sache anordnet. Eine darüber noch hinausgehende Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nacherfüllung ist hingegen nicht vorgesehen.

**hemmer-Methode:** Beim Verbrauchsgüterkauf müssen gem. § 475 III S. 1 BGB die für bis zur Nachlieferung gezogenen Nutzungen nicht herausgegeben bzw. deren Wert ersetzt werden. Durch diese Norm sind die Vorteile einer längeren Lebensdauer eindeutig dem Käufer zugewiesen! Hinsichtlich des Vorteils „neu für alt“ sind daher die §§ 439 VI S. 1, 475 III S. 1 BGB abschließende Sonderregelungen, die einen Rückgriff auf die Vorteilsanrechnung verbieten.<sup>36</sup>

Im Gegenteil bestimmt § 439 II BGB, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege- und Arbeitskosten, zu tragen hat.

**Anmerkung:** Ob darüber hinausgehende Vorteile anzurechnen sind, hat der BGH leider ausdrücklich dahinstehen lassen.

<sup>29</sup> MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, BGB § 439 Rn. 40.

<sup>30</sup> BeckOK/Faust, a.a.O., § 439, Rn. 138.

<sup>31</sup> Vgl. Looschelders, JA 2018, 81 (84); etwas unklar hierzu Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 439, Rn. 13.

<sup>32</sup> BeckOK/Faust, a.a.O., § 439, Rn. 140 a.E.

<sup>33</sup> Gsell, NJW 2003, 1969 ff.

<sup>34</sup> Mankowski, NJW 2011, 1025 (1027 f.).

<sup>35</sup> BGH, **Life&LAW 11/2022, 725 (731 li.Sp.)** = NJW 2022, 2328 ff. (Rn. 166 ff.) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>36</sup> Vgl. auch Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 439, Rn. 13.

*Eine Kostenbeteiligung scheint aber angemessen, wenn der Käufer Kosten erspart, die er sonst ohnehin für die Wartung oder die Erneuerung von Verschleißteilen oder die Beseitigung von ihm selbst verursachter Schäden hätte aufwenden müssen.<sup>37</sup>*

*Entsteht durch die Arbeiten für den Käufer ein Mehrwert, etwa weil der ursprüngliche Einbau nicht fachgerecht erfolgt war, sollte dieser Mehrwert nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung auf den Aufwendungsersatzanspruch anzurechnen sein.<sup>38</sup> Nach a.A. soll in diesem Fall wegen § 242 BGB eine Kürzung analog § 254 BGB gerechtfertigt sein.<sup>39</sup>*

## B) Der selbständige Regress in der Lieferkette, § 445a I, III BGB

Nach § 439 III BGB sind Verkäufer von Baustoffen und anderen zum Einbau bestimmten Gegenständen Ansprüchen auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten ausgesetzt. Da der Verkäufer die verkaufte Sache aber nicht hergestellt hat, muss es eine Möglichkeit geben, diese Kosten – ebenso verschuldensunabhängig – an den/die jeweiligen Lieferanten weiterzureichen. Daher wurden die Regressmöglichkeiten nach §§ 445a, 445b BGB geschaffen, die einen Rückgriffsanspruch des Verkäufers gegenüber seinem Lieferanten regeln, wenn der Verkäufer selbst von einem Käufer wegen eines Mangels einer **neu** hergestellten Sache in Anspruch genommen wurde.

Der Letztverkäufer soll die Aufwendungen, die er nach §§ 439 II, III, VI S. 2, 475 IV BGB zu tragen hatte, über Regressvorschriften in der Lieferkette möglichst bis zum Verursacher des Mangels (in der Regel der Hersteller) weiterreichen können.

### I. Regress wegen Nacherfüllungskosten (v.a. § 439 III BGB) gemäß § 445a I BGB

Eine eigenständige, vom Verschulden unabhängige Anspruchsgrundlage (daher sog. „**selbständiger Regress**“) des Verkäufers auf Aufwendungsersatz regelt **§ 445a I BGB**.

**Anmerkung:** Ein vom Vertretenmüssen abhängiger Anspruch des Verkäufers gegen seinen Lieferanten kann sich daneben aus den §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ergeben. Dieser Anspruch wird aber – wie schon erläutert – in der Regel daran scheitern, dass sich der Lieferant gem. § 280 I S. 2 BGB exkulpieren kann.

Nach § 445a I BGB kann der Verkäufer beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von seinem Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 III BGB im Zuge der Nacherfüllung zu tragen hat, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war (sog. „**Mangelidentität**“<sup>40</sup>) oder – bei digitalen Elementen (§ 327a III BGB) – auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht gem. § 475b IV BGB beruht.

Daran fehlt es beispielsweise, wenn die Kaufsache nur mangelhaft war, weil sie von einer zwischen Verkäufer und Käufer vereinbarten Beschaffenheit abweicht, diese subjektive Anforderung aber im Verhältnis zwischen dem Verkäufer und seinem Lieferanten gerade nicht vereinbart wurde.

**Wichtig:** Aus diesem Grund ist § 445a I BGB auch nur anwendbar bei der Verletzung der **objektiven Aktualisierungspflicht**! Eine vertraglich vereinbarte Aktualisierungspflicht i.S.d. § 475b III Nr. 2 BGB kann dem Lieferanten nicht zugerechnet werden.

*Aber auch die objektive Aktualisierungspflicht nach § 475b IV BGB trifft allein einen Unternehmer als Verkäufer im Verhältnis zu einem Verbraucher als Käufer, nicht aber den Lieferanten gegenüber dem Verkäufer.*

*Da dieser auch nicht dem Verbraucher gegenüber zur Aktualisierung verpflichtet ist, regelt § 445a I BGB bzgl. der Versäumung der objektiven Aktualisierungspflicht den Fall, dass der Regressanspruch des Verkäufers gegenüber seinem Lieferanten allein durch eine eigene Pflichtverletzung des Verkäufers gegenüber dem Verbraucher ausgelöst wird. Der Lieferant haftet somit im Regress für die Verletzung einer Pflicht, die er selbst gegenüber seinem Vertragspartner (dem Verkäufer) kraft Gesetzes gar nicht hat.*

*Diesen gesetzgeberischen Unsinn löst eine in der Literatur vertretene Ansicht dahingehend auf, dass im Wege teleologischer Reduktion dem Verkäufer der Regress gegen seinen Lieferanten versagt wird, wenn das unterlassene Zurverfügungstellen von Aktualisierungen beim Verbraucher allein aus der Sphäre des Verkäufers selbst herrührt und nicht auf den Lieferanten zurückzuführen ist.<sup>41</sup>*

Die Formulierung „zu tragen hatte“ stellt klar, dass der Verkäufer zur Nacherfüllung **verpflichtet** gewesen sein muss und ihm auch kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Käufer zustand.

<sup>37</sup> BeckOK BGB/Faust, 76. Ed. 1.11.2025, BGB § 439 Rn. 46.

<sup>38</sup> So die amtliche Begründung, RegE, BT-Drs. 18/8486, 40.

<sup>39</sup> Grüneberg/Grüneberg, a.a.O., § 254, Rn. 4.

<sup>40</sup> Zu diesem Begriff vgl. Lorenz/Wirsén, Der Rückgriff des Verkäufers gegen den Lieferanten (§§ 445a, 445b BGB), JuS 2026, 10 (11).

<sup>41</sup> MüKoBGB/Lorenz, 9. Auflage 2024, § 445a, Rn. 46.

Der Lieferant kann dem Rückgriffsanspruch aus § 445a I BGB daher ggfs. entgegenhalten, der Letztverkäufer habe von einer an sich gegebenen Möglichkeit abgesehen, die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 IV BGB zu verweigern, und daher nur „aus Kulanz“ nacherfüllt.

Ferner setzt der Anspruch aus § 445a I BGB voraus, dass der Verkäufer den Anspruch des Käufers auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten bereits erfüllt hat. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 445a I BGB, wonach der Verkäufer die Aufwendungen ersetzt verlangen kann, die er zu tragen **hatte**. Ein Anspruch auf Vorschuss besteht daher nicht. Hierfür spricht auch ein Umkehrschluss aus § 475 IV BGB, wonach nur dem Verbraucher ein Vorschussanspruch für die nach § 439 II, III BGB entstehenden Aufwendungen gewährt hat.

**Anmerkung:** Ob vor Erfüllung durch den Verkäufer diesem ein Freistellungsanspruch gegen den Lieferanten nach § 257 S. 1 BGB zusteht, ist umstritten.

Teilweise wird dies verneint, da der Wortlaut des § 445a I BGB eindeutig verlangt, dass der Verkäufer bereits Aufwendungen zu tragen „hatte“.<sup>42</sup>

Nach a.A. wird ein Freistellungsanspruch nach § 257 S. 1 BGB hingegen bejaht.<sup>43</sup>

## II. Weiterreichung der Kosten nach § 445a I BGB gem. § 445a III BGB

§ 445a III BGB stellt klar, dass § 445a I BGB auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der „Lieferkette“ gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung findet. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Parteien des jeweiligen Kaufvertrags Unternehmer im Sinne von § 14 BGB sind, was aber in der Lieferkette so gut wie immer der Fall sein dürfte. Nachteile aus der Mangelhaftigkeit der Sache sollen möglichst bis zu dem Unternehmer weitergegeben werden, in dessen Bereich der Mangel entstanden ist (Hersteller).

**Hinweis:** Die Lieferkette endet beim Hersteller. Hinsichtlich der Kaufverträge, die vom Hersteller zwecks Beschaffung der zur Herstellung benötigten Teile abgeschlossen wurden (sog. „Beschaffungskette“), gibt es keine Privilegierungen!

## III. Aber: Rügeobliegenheit nach § 377 HGB ist zu beachten, § 445a IV BGB

Durch § 445a IV BGB wird klargestellt, dass die Regelungen des § 377 HGB unberührt bleiben.

Der Unternehmer in der Lieferkette, der als Kaufmann entgegen § 377 I HGB nicht ordnungsgemäß untersucht und einen Mangel nicht unverzüglich anzeigt, verliert nach § 377 II, III HGB nicht nur die Mängelrechte nach § 437 BGB, sondern auch seinen Rückgriffsanspruch gegen seinen Lieferanten nach § 445a I BGB.<sup>44</sup>

## IV. Verjährung des Rückgriffsanspruchs, § 445b BGB

Die Verjährung des selbständigen Regressanspruchs des Verkäufers nach § 445a I BGB wird nicht von § 438 BGB erfasst. § 445b I BGB enthält für diesen Regressanspruch eine eigenständige Verjährungsregel, wonach der Aufwendersatzanspruch in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache beim Käufer (= Regressgläubiger) verjährt.

§ 445b II BGB regelt eine sog. „Ablaufhemmung“.

Die Verjährung des in § 445a I BGB bestimmten Anspruchs des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften, neu hergestellten Sache tritt **frühestens zwei Monate** nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat, § 445b II BGB.

Mit dieser Ablaufhemmung soll eine „Verjährungsfalle“ für Verkäufer vermieden werden. Es wird häufig vorkommen, dass ein Verkäufer eine neue Sache erst einige Monate bzw. Jahre, nachdem er sie von seinem Lieferanten geliefert bekommen hat, an einen Käufer weiterverkauft (sog. „Ladenhüter-Problematik“).

Daher könnten die Mängelrechte des Verkäufers bereits zu dieser Zeit verjährt sein. Um zu verhindern, dass der Verkäufer in die „Verjährungsfalle“ gerät, ordnet § 445b II BGB eine Ablaufhemmung an, wonach die Verjährung der Mängelrechte des Verkäufers **frühestens zwei Monate** nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Zur Rügeobliegenheit nach § 377 HGB lesen Sie **Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I Rn. 371 ff.!**

<sup>45</sup> **Hinweis:** Bis 31.12.2021 begrenzte § 445b II S. 2 BGB a.F. die Ablaufhemmung auf einen Zeitraum von fünf Jahren ab der Ablieferung der Sache an den Verkäufer. Diese Höchstfrist von 5 Jahren bedeutete eine gewisse Sicherheit für Lieferanten, die für den Fall des Regresses in der Lieferkette „Rückstellungen“ nur für 5 Jahre bilden mussten.

Die Streichung der 5-jährigen Höchstfrist war durch die Warenkaufrichtlinie nicht vorgeschrieben. Die Gesetzesänderung beruht daher allein auf dem Willen des

<sup>42</sup> MüKoBGB/Lorenz, 9. Auflage 2024, § 445a, Rn. 32.

<sup>43</sup> BeckOK BGB/Faust, 76. Ed. 01.11.2025, § 445a, Rn. 22.

## C) Der unselbständige Regress in der Lieferkette, § 445a II, III BGB

§ 445a II, III BGB regelt, dass es für die in § 437 BGB bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

**Anmerkung:** Auch der unselbständige Regress nach § 445a II BGB gilt nach § 445a III BGB in der Lieferkette bis zum Hersteller zurück.

Für die Mängelansprüche nach § 437 BGB kommt auch beim unselbständigen Regress nach § 445a II, III BGB die Ablaufhemmung des § 445b II, III BGB zur Anwendung.

§ 445a II BGB regelt keine eigenen Mängelrechte, sondern modifiziert lediglich die Rechte aus § 437 BGB. Daher wird hier vom **unselbständigen Regress** gesprochen.

Der Verkäufer kann also – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 I BGB zurücktreten oder nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, ohne zuvor eine angemessene Frist i.S.v. §§ 281 I, 323 I BGB setzen zu müssen.

§ 445a II BGB normiert also in dieser Lieferantenkette neben §§ 281 II, 323 II, 440, 475d BGB einen weiteren Fall der Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung bei behebbaren Mängeln.

Die Voraussetzung, dass der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit „zurücknehmen“ musste, wird weit ausgelegt.

Die Vorschrift ist im Falle der **Nachlieferung** gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB unstreitig an-

deutschen Gesetzgebers, weil diese Begrenzung auf fünf Jahre insbesondere bei Baustoffen als unbillig empfunden wurde. Hier verjähren die Mängelrechte des Käufers nach § 438 I Nr. 2b BGB erst nach fünf Jahren, sodass der selbständige Regressanspruch des Verkäufers nach § 445a I BGB i.d.R. bereits verjährt war, bevor der Verkäufer davon erfuhr, dass der Käufer gegen ihn Ansprüche geltend macht.

Daher wurde die zeitliche Maximalbeschränkung auf 5 Jahre in § 445b II S. 2 BGB a.F. aufgehoben und der Regressanspruch in der Lieferkette in den sog. „Ladenhüter-Fällen“ in zeitlicher Hinsicht deutlich verbessert.

Für den Lieferanten und denjenigen, der am Anfang der Lieferkette steht (Hersteller), ergibt sich so für Mängel, die nicht nach § 377 II, III HGB präkludiert sind, ein Haftungsrisiko für lange Zeit, das auch nicht abdingbar ist, wenn der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf ist, vgl. § 478 II BGB (vgl. dazu auch **Punkt D) I.**)

wendbar. Hier normiert § 439 VI S. 2 BGB ausdrücklich die Pflicht des Verkäufers, die ersetzte Sache (auf seine Kosten) zurückzunehmen.

Aber auch dann, wenn der Käufer zurückgetreten ist bzw. **Schadensersatz statt der ganzen Leistung** geltend gemacht hat, kommt § 445a II BGB nach h.M. zur Anwendung.

Zwar besteht nach § 346 I BGB bzw. §§ 281 IV, 346 I BGB nur beim Vorliegen eines berechtigten Interesses des Käufers eine Rücknahmepflicht des Verkäufers. Ausreichend ist aber nach ganz h.M., dass der Verkäufer gegenüber dem Käufer im Wege des Rücktritts oder des großen Schadensersatzes berechtigt in Anspruch genommen wird und dabei seinerseits die Sache zurückverlangen kann.<sup>46</sup>

Begründet wird dies mit der Zielsetzung der Norm, dem Verkäufer das Recht einzuräumen, die Sache an seinen Lieferanten durchzureichen und den von ihm gezahlten Einkaufspreis zurückzuerhalten.

Auch bei der Geltendmachung des „kleinen“ Schadensersatzes statt der Leistung soll § 445a II BGB wegen der Vergleichbarkeit mit der Minderung zumindest analog zur Anwendung kommen (str.).<sup>47</sup>

**Hinweis:** Im Fall der Nachbesserung gilt § 445a II BGB nicht. Hier ist der Verkäufer ausreichend über § 445a I BGB geschützt!

## D) Sonderbestimmungen für den Unternehmerregress, § 478 BGB

War der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB, werden die §§ 445a, 445b BGB durch § 478 BGB modifiziert!

### I. Beweislastumkehr, §§ 478 I, 477 BGB

Der selbständige Regress nach § 445a I BGB setzt voraus, dass der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

Auch beim unselbständigen Regress nach §§ 445a II, 437 BGB muss ein Sachmangel bereits beim Gefahrübergang auf den Verkäufer vorhanden sein, da anderenfalls dieser keine Mängelrechte gegen seinen Lieferanten hätte.

In beiden Fällen gilt die Vermutung des § 477 BGB, gemäß § 478 I BGB auch gegenüber dem Lieferanten, wenn der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB war.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> MüKo/Lorenz, 9. Auflage 2024, § 445a, Rn. 61 m.w.N.

<sup>47</sup> Lorenz/Wirsén, a.a.O., JuS 2026, 10 (11); Grünberg/Weidenkaff, BGB, a.a.O., § 445a, Rn. 13.

<sup>48</sup> Zu § 477 BGB vgl. auch das Skript **Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 473 ff.**

Es gilt aber die Besonderheit, dass hinsichtlich des Beginns der Jahresfrist des § 477 BGB für den Gefahrübergang auf den Verbraucher (= den Endkäufer) abzustellen ist!

## II. Eingeschränkte Abdingbarkeit gem. § 478 II BGB („wirtschaftlich zwingender Charakter“ und Umgehungsverbot)

Die Vorschriften über den Regress des Unternehmers gegen seinen Lieferanten sind nicht in engem Sinne zwingend. Zwischen den Unternehmern können die kaufrechtlichen Vorschriften, die mit Wirkung zum 01.01.2022 um §§ 475b, c BGB ergänzt wurden, allerdings nur insoweit zum Nachteil einer Partei abbedungen werden, als ein „gleichwertiger Ausgleich“ dafür geschaffen wird, § 478 II S. 1 BGB.

Wird ein solcher Ausgleich nicht eingeräumt, so kann man sich auf die Vereinbarung nicht berufen. Es handelt sich also um einen „wirtschaftlich zwingenden Charakter“. Wie ein solcher Ausgleich konkret beschaffen sein soll, ist nicht gesetzlich geregelt. Entscheidend ist jedoch, dass der Verkäufer im Ergebnis wirtschaftlich so gestellt werden muss, als hätte er einen Regressanspruch gegen seinen Lieferanten. Dies kann z.B. durch eine pauschalen Ausgleich anstelle einzelner Ansprüche oder einen Direktanspruch gegen den ursprünglichen Hersteller unter Überspringen der Lieferanten möglich sein.

§ 478 II S. 1 BGB findet auch dann Anwendung, wenn die dort genannten Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen *umgangen* werden, § 478 II S. 3 BGB.

Vereinbarungen zwischen den Unternehmern, welche den Anspruch auf Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB beschränken oder ausschließen, sind hingegen möglich, vgl. § 478 II S. 2 BGB.<sup>49</sup>

Bei vorformulierten Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüssen sind jedoch die Vorschriften über AGBen zu beachten. Da bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmern wegen § 310 I S. 1 BGB „nur“ § 307 BGB zu beachten ist, bezieht sich die Verweisung in § 478 II S. 2 BGB nur auf diese Vorschrift! Allerdings sind dann i.R.d. § 307 BGB die Wertungen der §§ 308, 309 BGB zu berücksichtigen, vgl. § 310 I S. 2 BGB.

## III. Erstreckung auf die Lieferkette, § 478 III BGB

Nach § 478 III BGB finden § 478 I BGB und § 478 II BGB auf die Ansprüche des Lieferanten

und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind. § 478 III BGB ergänzt somit die §§ 445a III, 445b III BGB.

## E) Kombination mit Streitverkündung, §§ 72 ff. ZPO<sup>50</sup>

Die Problematik des Regresses nach §§ 445a, 445b BGB (ggfs. i.V.m. § 478 BGB) lässt sich in einer Klausur perfekt mit dem Problem der Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) kombinieren.

**Beispiel:** Der Verbraucher verklagt den Unternehmer und macht seine Mängelrechte geltend. Der Verkäufer, der seinerseits die Ware vom Hersteller bezogen hat, „fühlt sich unschuldig“ und will daher für den Fall einer „Niederlage“ vom Lieferanten Regress.

Will sich nun der verklagte Verkäufer die Ergebnisse dieses Prozesses für einen etwaigen Folgeprozess gegen den Hersteller „fruchtbar“ machen, so muss er diesem den Streit verkünden. Wegen §§ 74, 68 ZPO ist der Hersteller dann an alle tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen, die zu seinen Lasten gehen, gebunden.

### Der modifizierte Unternehmerregress nach § 478 BGB i.V.m. §§ 445a, 445b BGB

#### I. Anwendungsbereich:

⇒ Unternehmer wird von Verbraucher wegen mangelhafter Lieferung einer neuen Sache in Anspruch genommen, § 478 I BGB

#### II. Rechtsfolge:

##### 1. **Selbstständiger Regress, § 445a I BGB**

⇒ Beweislastumkehr gem. §§ 478 I, 477 BGB

⇒ Verbot abweichender Bestimmungen und der Umgehung, § 478 II S. 1 und 3 BGB; aber: SE kann ausgeschlossen bzw. beschränkt werden, § 478 II S. 2 BGB (in AGBen ist § 307 BGB zu beachten)

##### 2. **„Unselbstständiger Regress“, §§ 445a II, 437 BGB i.V.m. § 478 BGB**

⇒ Beweislastumkehr gem. §§ 478 I, 477 BGB

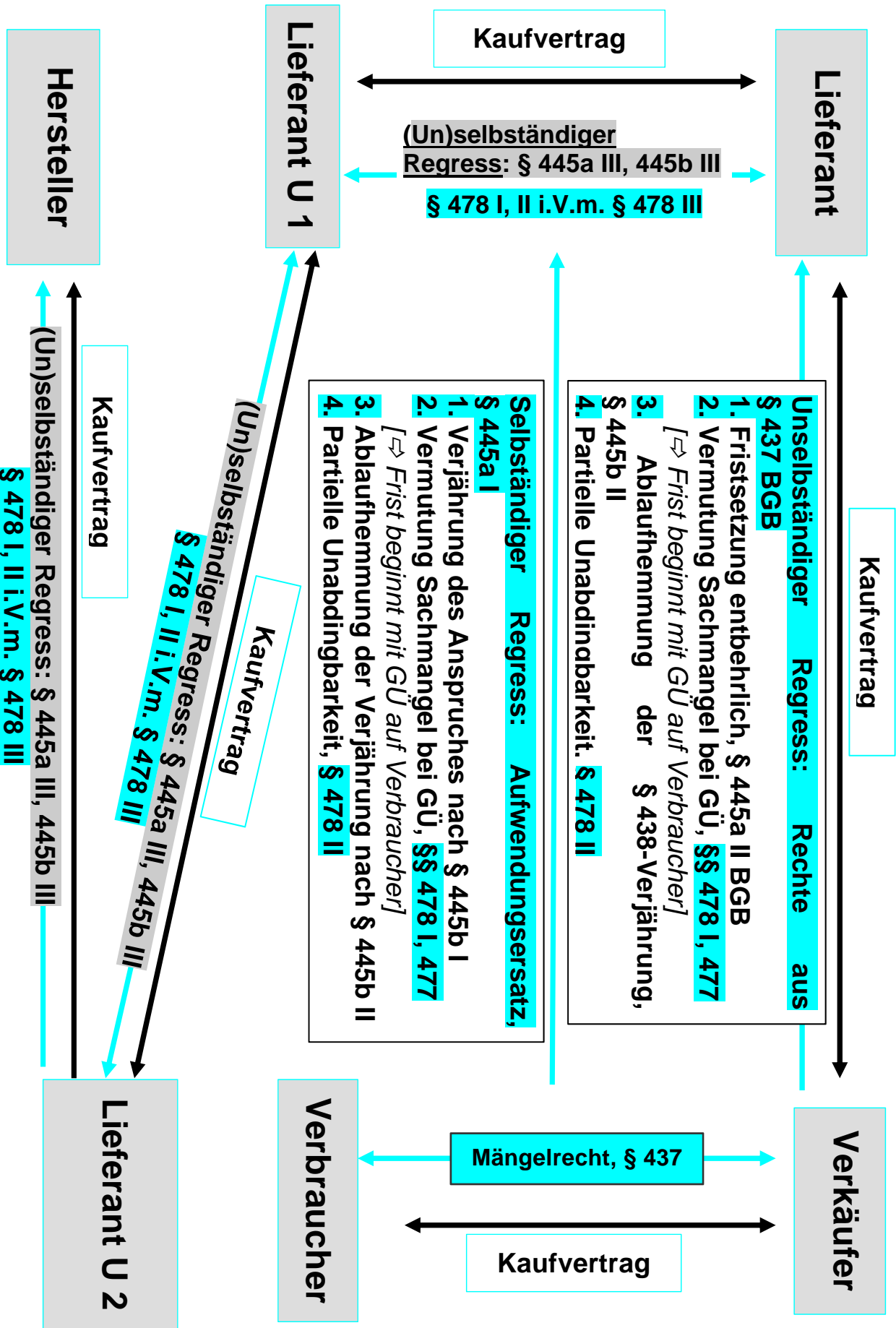
⇒ Verbot abweichender Bestimmungen und der Umgehung, § 478 II S. 1 und 3 BGB; aber: SE kann ausgeschlossen bzw. beschränkt werden, § 478 II S. 2 BGB (in AGBen ist § 307 BGB zu beachten)

<sup>49</sup> **Hinweis:** § 478 II S. 1 u. S. 3 BGB ähneln § 476 I S. 1, IV BGB; § 478 II S. 2 BGB entspricht § 476 III BGB.

<sup>50</sup> Zur Streitverkündung ausführlich **Hemmer/Wüst/Tyroller, ZPO I, Rn. 485 ff.**



# Modifizierung bei Verbrauchsgüterkauf am Ende, § 478 BGB



Auszug aus den 51 wichtigsten Fällen Schuldrecht BT, Zivilrecht

## Ärger mit dem Mieter

### +++ Außerordentliche Kündigung eines Wohnraummietvertrages +++ Abgrenzung zur ordentlichen Kündigung +++

#### Sachverhalt:

V ist Eigentümer einer Altbauwohnung in München und hat diese an den Studenten M unbefristet für eine ortsübliche Miete i.H.v. 900 € mtl. vermietet.

Die Mietwohnung ist mangelfrei. Der M zahlt jedoch die Miete für die Monate Januar bis März nicht, weil er sein gesamtes Geld beim Online-Pokern „verzockt“ hat. Der V mahnt ihn deshalb im März schriftlich ab und fordert M zur Zahlung auf. Als der M auch die Aprilmiete nicht überweist, kündigt der V dem M deshalb mit Schreiben vom 15. April außerordentlich mit Verweis auf die rückständigen Zahlungen und dem weiteren Hinweis, dass er das Mietverhältnis unter allen Umständen zum nächstmöglichen Termin beenden will. Als der M am 29. April glücklicherweise ein Pokerturnier gewinnt, bezahlt er am nächsten Tag.

**Frage: Ist die Kündigung des V wirksam?**

### A) Sound

Die Kündigung ist speziell im Wohnraummietrecht ein sehr examensrelevantes Thema. Dafür gibt es mehrere Gründe: Zum einen besteht die Besonderheit darin, dass für den Ausspruch einer ordentlichen Vermieterkündigung ein Grund vorliegen muss („Berechtigtes Interesse“, vgl. § 573 BGB).

Die Verknüpfung zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung soll durch den vorliegenden Fall verdeutlicht werden.

### B) Gliederung

#### Außerordentliche Kündigung

1. Recht zur außerordentlichen Kündigung
  - a) Verzug bzgl. Mietzahlung
    - aa) Anspruch entstanden (+)
    - bb) Anspruch erloschen (+)
    - cc) Fälligkeit (+)
    - dd) Durchsetzbarkeit (+)
    - ee) Mahnung
 

Nach § 286 II BGB entbehrlich
    - ff) Vertretenmüssen (+)
  - b) §§ 543 II S. 1 Nr. 3a), 569 III Nr. 1 BGB
2. Erklärung (+)
3. Kein Ausschluss
 

Kündigung wegen nachträglicher Zahlung der Miete nach § 569 III Nr. 2 BGB unwirksam

#### Ordentliche Kündigung

1. Kündigungserklärung (+)
2. Kündigungsgrund
  - a) Zahlungsverzug als Pflichtverletzung (+), § 543 I, II S. 1 Nr. 3a) BGB nicht lex specialis
  - b) Erheblichkeit (+)
  - c) Schuldhaft (+)
3. Kein Ausschluss
  - a) Anwendbarkeit, § 569 III Nr. 3 BGB (-), ausdrücklich nur auf außerordentliche Kündigung anwendbar
  - b) Analoge Anwendung des § 569 III Nr. 3 BGB (-), mangels Regelungslücke
4. Rechtsfolge
 

Beendigung des Mietverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfristen des § 573c BGB

### C) Lösung

Der V könnte durch das Schreiben vom 15. April wirksam gekündigt haben. Dies ist der Fall, wenn diesem eine Kündigungsrecht zustand, er die Kündigung wirksam erklärt hat und diese nicht ausgeschlossen ist.

## Außerordentliche Kündigung

### 1. Recht zur außerordentlichen Kündigung

V könnte ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses gem. §§ 543 I, II S. 1 Nr. 3a), 549 I BGB zustehen.

Gem. § 543 I S. 1 BGB ist eine außerordentliche fristlose Kündigung nur aus wichtigem Grund möglich. Hier kommt ein Recht aus § 543 II S. 1 Nr. 3 BGB wegen Zahlungsverzugs des Mieters in Betracht.

#### a) Verzug mit der Mietzahlung

M zahlte für die Monate Januar bis März nicht. Er könnte hierdurch mit den Mietzahlungen in Verzug i.S.d. § 286 I BGB geraten sein.

#### aa) Anspruch entstanden

M ist gem. § 535 II BGB zur Zahlung verpflichtet, da ein wirksamer Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB zwischen M und V geschlossen worden ist.

#### bb) Anspruch erloschen

Der M hat nicht gezahlt, sodass keine Erfüllung i.S.d. § 362 BGB vorliegt.

Mangels Mangel der Mietsache scheidet auch § 536 I S. 2 BGB aus.

#### cc) Fälligkeit der geschuldeten Leistung

Gem. § 556b I BGB ist die Miete bis zum dritten Werktag eines Monats zu entrichten. Die Mietzahlungen waren damit auch fällig.

#### dd) Durchsetzbarkeit

Durchsetzbarkeitshindernisse sind hier nicht ersichtlich.

#### ee) Mahnung

Eine Mahnung durch V ist vorliegend nicht erfolgt. Diese ist hier aber wegen § 286 II Nr. 1 BGB i.V.m. § 556b I BGB entbehrlich.

#### ff) Vertretenmüssen, § 286 IV BGB

Der M hat den Verzug auch zu vertreten. Nach dem Prinzip der verschuldensunabhängigen Einstandspflicht für das finanzielle Leistungsvermögen kann sich M insbesondere nicht darauf berufen, dass er infolge seiner Verluste beim Pokern nicht die notwendigen Geldmittel zur Verfügung hatte.

**Zwischenergebnis:** Verzug des M i.H.v. 2.700 €.

#### b) Nichtzahlung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete an zwei aufeinanderfolgenden Terminen

Gem. § 543 II S. 1 Nr. 3a) BGB liegt ein wichtiger Grund insbesondere dann vor, wenn sich der Mieter an zwei aufeinanderfolgenden Terminen mit der Entrichtung der Miete bzw. eines nicht unerheblichen Teils der Miete im Verzug befindet.

Gem. § 569 III Nr. 1 BGB gilt bei Wohnraummietverhältnissen ergänzend zu § 543 II S. 1 Nr. 3 BGB der rückständige Teil der Miete nur dann als erheblich, wenn er die Warmmiete für einen Monat übersteigt. Dies ist vorliegend der Fall.

**Zwischenergebnis:** Ein außerordentliches Kündigungsrecht nach §§ 543 I, II Nr. 3a), 569 III Nr. 1 BGB liegt vor.

### 2. Erklärung

Der V hat die Kündigung durch das Schreiben vom 15. April auch wirksam erklärt. Insbesondere ist die Schriftform des § 568 I BGB einschließlich des Begründungserfordernisses nach § 569 IV BGB gewahrt.

### 3. Kein Ausschluss

Gem. § 569 III Nr. 2 BGB wird eine Kündigung auch dann unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach § 546a I BGB befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (**sog. Schonfrist**).

Der M hat hier Ende April und damit innerhalb der Schonfrist den kompletten Mietrückstand bezahlt. Die außerordentliche Kündigung ist somit unwirksam.

### Ordentliche Kündigung

Der V hat in dem Schreiben vom 15. April dem M hilfsweise ordentlich gekündigt. Fraglich ist, ob das Mietverhältnis hierdurch wirksam gekündigt wurde.

#### 1. Erklärung

Ausdrücklich hat der V hier nur die außerordentliche Kündigung erklärt. Die Kündigung könnte jedoch in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, § 140 BGB.

Dies ist nach der Rechtsprechung dann möglich, wenn der Wille des Vermieters, den Vertrag auf jeden Fall zu beenden, für den Vertragsteil, für den die Kündigung bestimmt ist, bei Abgabe der Kündigungserklärung zweifelsfrei erkennbar ist.

Der V erklärt hier, dass er das Mietverhältnis unter allen Umständen zum nächstmöglichen Termin beenden will. Die Kündigung kann somit in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden.

**Anmerkung:** *Ebenso ist es zulässig, neben einer außerordentlichen Kündigung zusätzlich hilfsweise eine ordentliche zu erklären. Eine hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ist nicht unwirksam, weil sie unter der Bedingung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung erklärt wird. Zwar sind Kündigungen grundsätzlich bedingungsfeindlich. Wird der Zahlungsrückstand des Mieters zum Anlass genommen, fristlos und hilfsweise fristgemäß zu kündigen, ist aber die ordentliche Kündigung ebenfalls unbedingt erklärt. Es handelt sich hierbei nur um eine sog. „Rechtsbedingung“, die bewirkt, dass die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung nachrangig zu prüfen ist.<sup>1</sup>*

Weiterhin hat V in seinem Schreiben ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Kündigung wegen des Zahlungsrückstands erfolgt und hat somit die Anforderungen der §§ 568 I, 573 III S. 1 BGB erfüllt.

## 2. Kündigungsgrund

Ein Grund für eine ordentliche Kündigung liegt nach § 573 I, II Nr. 1 BGB dann vor, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt. Dies gilt auch für seine sich aus § 535 II BGB ergebende Pflicht zur vollständigen und rechtzeitigen Mietzahlung.

### a) Zahlungsverzug als Pflichtverletzung

Der § 543 III Nr. 2 BGB ist hierbei nicht als lex specialis zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs zu verstehen. Insbesondere soll nach der Rspr. des BGH eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs auch unterhalb der in § 543 III Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen möglich sein.

Denn die fristlose Kündigung soll dem Vermieter die Möglichkeit eröffnen, nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Vertragsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu beenden, weil ihm ein Zuwarten bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Demgegenüber ist die ordentliche Kündigung in-

folge einer nicht unerheblichen Vertragsverletzung des Mieters an die Einhaltung gesetzlicher oder vereinbarter Kündigungsfristen gebunden. Angesichts dieser unterschiedlichen Anforderungen besteht kein Grund, die vom Gesetzgeber für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen auf die ordentliche Kündigung zu übertragen.<sup>2</sup>

### b) Erheblichkeit

Maßgeblich ist deshalb die Frage, wann ein Zahlungsverzug als „nicht unerhebliche“ Pflichtverletzung zu klassifizieren ist. Die genauen Kriterien sind Gegenstand des ständigen Diskurses.

Der BGH konstatiert, dass (zumindest auch) die Dauer und die Höhe des Zahlungsverzugs berücksichtigt werden müssen. Eine erhebliche Pflichtverletzung liegt in der Regel dann nicht vor, wenn die Höhe des Rückstandes eine Monatsmiete nicht übersteigt und zudem die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt.

Vorliegend ist der M mit drei Monatsmieten im Verzug, und dies auch schon für mehr als einen Monat, sodass vorliegend eine erhebliche Pflichtverletzung angenommen werden kann.

### c) Schuldhaft

Diese müsste auch schuldhaft gewesen sein. Im Rahmen des § 573 II Nr. 1 BGB ist es dem Mieter jedoch möglich, sich auf eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit zu berufen, wenn diese auf unvorhersehbaren wirtschaftlichen Engpässen beruht. Eine aus Verlusten beim Glücksspiel resultierende Zahlungsunfähigkeit ist jedoch nicht als ein solcher unvorhersehbarer wirtschaftlicher Engpass anzusehen.

**Zwischenergebnis:** Ein Kündigungsgrund liegt somit vor.

## 3. Kein Ausschluss

Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, dass der M den Mietrückstand Ende April vollständig beglichen hat. Die Kündigung könnte nach § 569 III Nr. 2 BGB unwirksam sein.

### a) Anwendbarkeit

Ausweislich des Wortlauts der Vorschrift ist diese aber nur auf die außerordentliche Kündigung anwendbar.

Der Begriff „Kündigung“ ist hier insbesondere nicht als Oberbegriff zu verstehen. Vielmehr ist hiermit nur die fristlose Kündigung gemeint.

<sup>1</sup> BGH, NZM 2005, 334, 335.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 10.10.2012 – VIII ZR 107/12, Rn. 19.

## b) Analoge Anwendung

In Betracht kommt es, den § 569 III Nr. 2 BGB zumindest analog auf ordentliche Kündigungen wegen Zahlungsverzugs anzuwenden. Hierzu bedarf es aber zunächst einer Regelungslücke.

Eine solche liegt hier jedoch nicht vor. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, die Schonfrist des § 569 BGB nur für die außerordentliche Kündigung gelten zu lassen. Die Schonfristzahlung dient der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit. Eine solche Gefahr besteht bei einer ordentlichen Kündigung – wegen der gesetzlichen Kündigungsfristen – in geringerem Maße.<sup>3</sup>

Darüber hinaus knüpft § 573 II Nr. 1 BGB im Gegensatz zur fristlosen Kündigung an einen schuldhaften Zahlungsverzug an. Während der Mieter beim Zahlungsverzug für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat und sich nicht deswegen auf § 286 IV BGB berufen kann, entlastet ihn im Rahmen des § 573 II Nr. 1 BGB eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit. Damit begünstigt § 573 II Nr. 1 BGB den Mieter bei einer ordentlichen Kündigung und eröffnet ihm die Möglichkeit, sich auf unvorhersehbare wirtschaftliche Engpässe zu berufen.<sup>4</sup>

Eine analoge Anwendung scheidet aus. Die ordentliche Kündigung des V ist somit wirksam.

**Anmerkung:** Dies sieht das LG Berlin in „ständiger Rechtsprechung“ anders. Ganz offen lehnt man sich regelmäßig gegen die klare Linie des BGH auf, so dass dieser die Entscheidungen des LG Berlin wiederholt revidieren musste, vgl. BGH, Life&LAW 07/2023, 455 ff.

Inzwischen hat sich der Gesetzgeber erbarmt. Der Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Rechts der Wohn- und Geschäftsraummiete“ vom 08.02.2026 sieht eine Änderung des § 573 BGB vor.

**§ 573 IV BGB n.f.** soll wie folgt lauten:

„(4) <sup>1</sup>Besteht die Verletzung einer vertraglichen Pflicht nach Absatz 2 Nummer 1 darin, dass der Mieter im Verzug ist mit

1. der Entrichtung der Miete oder

2. der Leistung einer Sicherheit nach § 551,

so ist die Kündigung ausgeschlossen, wenn der Vermieter vor Zugang der Kündigung befriedigt wird. <sup>2</sup>§ 569 Absatz 3 Nummer 3 ist entsprechend anzuwenden.

Zudem sind nach einer Kündigung wegen einer Pflichtverletzung nach Satz 1 Nummer 1 § 543 Absatz 2 Satz 3 und § 569 Absatz 3 Nummer 2 Satz 1 entsprechend anzuwenden.

<sup>3</sup>Nach einer Kündigung wegen einer Pflichtverletzung nach Satz 1 Nummer 2 ist § 569 Absatz 3 Nummer 2 Satz 1 entsprechend anzuwenden.

<sup>4</sup>Eine ordentliche Kündigung aufgrund einer Pflichtverletzung nach Satz 1 kann aufgrund der Sätze 3 und 4 im Rahmen eines Mietverhältnisses insgesamt nur einmal unwirksam werden.“  
Der bisherige Absatz 4 wird dann Absatz 5.

## 4. Rechtsfolge

Durch die wirksame Kündigung endet das Mietverhältnis gem. § 542 I BGB nach Ablauf der Kündigungsfrist des § 573c BGB.

## D) Zur Vertiefung

- Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 91 ff. zur Beendigung des Mietverhältnisses
- BGH, Life&LAW 03/2022, 167 ff. sowie BGH, 07/2023, 455 ff. zur Schonfristzahlung bei außerordentlicher Kündigung

<sup>3</sup> BGH, NZM 2005, 334.

<sup>4</sup> BGH, NZM 2022, 49 ff.

Auszug aus den 44 wichtigsten Fällen Verwaltungsrecht, Öffentliches Recht

# Allgemeines zur Allgemeinen Feststellungsklage

+++ Feststellungsklage, § 43 I VwGO +++

## Sachverhalt:

Bäckermeister B betreibt eine Bäckerei in der Stadt S. Seine Kunden können die Backwaren an Ort und Stelle verzehren. Als die zuständige Behörde davon erfährt, fordert sie B auf, eine Gaststättenerlaubnis nach § 2 I S. 1 GastG zu beantragen, da er eine Gaststätte betreibe, die nicht nach § 2 II GastG erlaubnisfrei sei. B ist jedoch der Ansicht, dass er keine Gaststättenerlaubnis benötigt. Dies möchte er einklagen.

**Frage:** Ist eine Klage des B erfolgreich?

## A) Sound

Mittels der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO kann das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtlich festgestellt werden.

## B) Gliederung

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

### II. Zulässigkeit

#### 1. Statthafte Klageart

⇒ Rechtsschutzziel des B: Feststellung, dass er keiner Gaststättenerlaubnis bedarf. Statthaft ist eine allgemeine Feststellungsklage § 43 I VwGO, nicht eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Erlaubnis.

2. Subsidiarität der allgemeinen Feststellungsklage, § 43 II S. 1 VwGO

3. Berechtigtes Interesse an der Feststellung, § 43 I VwGO

4. Klagebefugnis analog § 42 II VwGO

Str., ob § 42 II VwGO analog anzuwenden ist bei der allgemeinen Feststellungsklage

5. Sonstiges

### III. Begründetheit

Ist der Betrieb des B erlaubnispflichtig nach § 2 GastG?

B betreibt eine Gaststätte nach § 1 GastG. Es liegt jedoch die Ausnahme gem. § 2 II GastG vor.

### IV. Ergebnis:

Die Klage ist zulässig und begründet.

## C) Lösung

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I VwGO eröffnet. Die streitentscheidenden Normen sind hier die des GastG und damit öffentlich-rechtlich. Es liegt daher eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist diese nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung greift nicht ein.

### II. Zulässigkeit

#### 1. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Statthaft ist eine Verpflichtungsklage gem. § 42 I Alt. 2 VwGO, wenn der Erlass eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG begehrt wird. Dies ist jedoch fraglich. Würde B den Erlass einer Gaststättenerlaubnis begehren, so wäre dies mit einer Verpflichtungsklage zu erstreiten. Darum geht es B jedoch nicht. Er ist der Ansicht, dass er gerade keine Gaststättenerlaubnis brauche. Daher ist die Verpflichtungsklage nicht statthaft.

**hemmer-Methode:** Eine Verpflichtungsklage würde B auch nicht weiterhelfen, wenn sein Betrieb tatsächlich nicht erlaubnispflichtig ist. Denn die Verpflichtungsklage wäre jedenfalls unbegründet, da er keinen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat, wenn sein Betrieb nicht erlaubnispflichtig ist. Eine Erlaubnis, Genehmigung oder sonstige Gestattung darf nur erteilt werden, wenn die Tätigkeit auch gestattungspflichtig ist! Eine dennoch erteilte Gestattung ist rechtswidrig!

B begehrt vielmehr die Feststellung, dass sein Betrieb keiner Gaststättenerlaubnis bedarf. Stattdessen könnte die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO sein. Dazu müsste B das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehren. **Rechtsverhältnis** ist die sich aus einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnorm ergebende Beziehung zwischen zwei Personen oder zwischen einer Person und einer Sache.

Das Rechtsverhältnis muss streitig sein. Rechtsverhältnis ist hier die aus § 2 I, II GastG sich ergebende Erlaubnispflichtigkeit oder -freiheit des Betriebs des B. Dies stellt eine rechtliche Beziehung zwischen B und der zuständigen Behörde dar. Dieses Rechtsverhältnis ist streitig, denn die Behörde hat die Auffassung geäußert, dass B eine Erlaubnis benötige. Rechtsverhältnis ist demnach die Erlaubnispflichtigkeit aus § 2 I S. 1 GastG. Da B die Feststellung begehrt, dass sein Betrieb nicht erlaubnispflichtig ist, begehrt er die Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechtsverhältnisses.

Die allgemeine Feststellungsklage ist statthaft.

## 2. Subsidiarität der allgemeinen Feststellungsklage, § 43 II S. 1 VwGO

Die Feststellung kann nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können, § 43 II S. 1 VwGO. Dies war und ist dem B hier nicht möglich. Insbesondere kann er seine Rechte nicht durch eine Verpflichtungsklage, gerichtet auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis, verfolgen. Denn es geht nicht um die Frage, ob B einen Anspruch auf die Erlaubnis hat, sondern gerade darum, ob B überhaupt einer Erlaubnis bedarf. Ist der Betrieb des B tatsächlich erlaubnisfrei, so kann nicht von ihm verlangt werden, dass er eine Verpflichtungsklage erhebt, die dann mangels Erlaubnispflichtigkeit erfolglos ist.

**hemmer-Methode:** Die Subsidiaritätsklausel verfolgt mehrere Zwecke. Zum einen dient sie dazu, dass die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (Vorverfahren, Klagefrist) nicht umgangen werden. An § 43 II S. 1 VwGO scheitert daher eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines (nicht erledigten) Verwaltungsakts.

Denn gegen einen (belastenden) Verwaltungsakt kann der Kläger seine Rechte mittels Anfechtungsklage verfolgen, bzw. hätte dies tun können, wenn bereits die Fristen hierfür verstrichen sind! Zudem hat die Subsidiarität das Ziel, dass die rechtsschutzintensivere Klageart zu wählen ist. Denn eine Feststellungsklage ist im Vergleich zu allen anderen Arten von Klagen (Leistungs- und Gestaltungsklagen) weniger rechtsschutzintensiv, weil ein

Leistungsurteil vollstreckbar ist und ein Gestaltungsurteil den rechtlichen Erfolg selbst rechtsgestaltend herbeiführt.

## 3. Berechtigtes Interesse an der Feststellung, § 43 I VwGO

B müsste ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben.

Die Feststellung betrifft die Frage, ob B seinen Betrieb wie bisher weiterführen kann oder einer Erlaubnis nach § 2 I S. 1 GastG bedarf. Das rechtliche Interesse an der Feststellung besteht.

## 4. Klagebefugnis analog § 42 II VwGO

Die analoge Anwendung des § 42 II VwGO bei der allgemeinen Feststellungsklage ist strittig.

Von der h.M. wird dies, wie bei der allgemeinen Leistungsklage, damit begründet, dass bei der Feststellungsklage Populärrechtsbehelfe ausgeschlossen werden müssten.

Ist B klagebefugt und die Feststellungsklage daher auch nach h.M. nicht aus diesem Grund unzulässig, so kann die Streitentscheidung offenbleiben.

Dazu müsste B geltend machen, in eigenen Rechten verletzt zu sein.

Das Rechtsverhältnis müsste daher seine subjektiv-öffentlichen Rechte betreffen.

Die Behörde verlangt von B, eine Gaststättenerlaubnis zu beantragen. Sie ist der Ansicht, dass der Betrieb des B erlaubnispflichtig ist. Dadurch ist B in seinem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 12 I GG betroffen und, sollte die Ansicht der Behörde unzutreffend sein, verletzt. B ist demnach klagebefugt.

## 5. Sonstiges

Von dem Vorliegen der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen (wie Zuständigkeit des Gerichts, Beteiligten- und Prozessfähigkeit, ordnungsgemäße Klageerhebung usw.) ist auszugehen.

## III. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht. Dies ist der Fall, wenn der Betrieb des B keiner Gaststättenerlaubnis bedarf.

**hemmer-Methode:** Den richtigen Obersatz für die Begründetheit der allgemeinen Feststellungsklage zu finden, bereitet häufig unnötige Schwierigkeiten oder wird ganz unterlassen. Denn es gibt für die allgemeine Feststellungsklage keine Vorschrift in der VwGO, die dies wie § 113 I, V VwGO für Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage bestimmt. Wegen der Vielzahl der möglichen Rechtsverhältnisse wäre dies auch nicht möglich. Der Obersatz ist jedoch wichtig, da hiervon die Begründetheitsprüfung abhängt. Orientieren Sie sich zunächst an § 43 I VwGO und machen Sie sich dann klar, um **welches Rechtsverhältnis** es genau geht. Dies haben Sie oben in der Statthaftigkeit festgelegt!

1. Gem. § 2 I S. 1 GastG bedarf der Betrieb eines Gaststättengewerbes der Erlaubnis. Was ein Gaststättengewerbe ist, richtet sich nach § 1 I GastG. Da B hier sowohl Getränke als auch zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, ist sein Betrieb gem. § 1 I Nr. 1 u. 2 GastG ein Gaststättengewerbe.

2. Das Gaststättengewerbe des B könnte jedoch gem. § 2 II GastG, der eine Ausnahme zu § 2 I S. 1 GastG darstellt, erlaubnisfrei sein. Dies ist hier der Fall. Laut Sachverhalt schenkt B nur alkoholfreie Getränke aus und verabreicht Speisen aus seiner Bäckerei an die Kunden derselben. Damit besteht keine Erlaubnispflicht. Das streitige Rechtsverhältnis besteht nicht. Die Klage ist begründet.

#### IV. Ergebnis

Die Klage ist erfolgreich.

#### D) Zusammenfassung

- Die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO ist statthaft, wenn die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt wird.
- **Rechtsverhältnis** ist die **sich aus einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnorm ergebende Beziehung** zwischen zwei Personen oder zwischen einer Person und einer Sache. Das Rechtsverhältnis muss streitig sein.
- Die allgemeine Feststellungsklage ist gegenüber anderen Klagearten **subsidiär (§ 43 II S. 1 VwGO)**. Sie ist nicht zulässig, wenn der Kläger seine Rechte durch eine andere Klageart verfolgen kann oder hätte verfolgen können.

- Nach h.M. ist **§ 42 II VwGO** zum Ausschluss von Popularklagen bei der allgemeinen Feststellungsklage **analog** anzuwenden. Der Kläger muss daher geltend machen, dass das Rechtsverhältnis seine subjektiv-öffentlichen Rechte betrifft.
- Das erforderliche berechnete Interesse gem. § 43 I VwGO kann **jedes schutzwürdige Interesse** rechtlicher, wirtschaftlicher, ideeller oder sonstiger Art sein.

Bei der Prüfung der **Begründetheit** der allgemeinen Feststellungsklage ist zu fragen, ob das streitige Rechtsverhältnis besteht bzw. nicht besteht.

#### E) Vertiefung

- Hemmer/Wüst, Basics Öffentliches Recht II, Rn. 220 ff.
- Hemmer/Wüst, Grundwissen Verwaltungsrecht, Rn. 373 ff.
- Zum feststellungsfähigen Rechtsverhältnis BVerwG, NVwZ 2007, 1428 = **Life&LAW 05/2008, 329**

# Repetitorium hemmer

Mai 2026

## [ASSESSOR-INTENSIVKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

### BADEN-WÜRTTEMBERG

#### ONLINE-KURS

- ✓ Intensivkurs materielles Öffentliches Recht - 2026 I  
17., 18. und 19. April 2026
- ✓ Intensivkurs ZPO I und II - 2026 I  
25. und 26. April 2026
- ✓ Intensivkurs VwGO - 2026 I  
16. und 17. Mai 2026
- ✓ Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II  
12. und 13. September 2026
- ✓ Intensivkurs Materielles Recht - 2026 II  
09. - 11. Oktober 2026
- ✓ Intensivkurs VwGO - 2026 II  
24. und 25. Oktober 2026

### BAYERN

#### ONLINE-KURS

- ✓ ZPO 2026 I  
18., 19. und 22. April 2026
- ✓ Erbrecht 2026 I  
25. und 26. April 2026 (mit Up-Grade-Möglichkeit Güterrecht)
- ✓ Öffentliches Recht für Referendare 2026 I  
01., 02., 03. und 06. Mai 2026
- ✓ Strafrecht / Strafprozessrecht 2026 I  
13., 16., 17. und 20. Mai 2026
- ✓ Materielles Zivilrecht 2026 II  
25. und 26. Juli, sowie 01. und 02. August 2026
- ✓ Kautelarkurs 2026 II  
05., 06. und 09. September 2026
- ✓ Arbeitsrecht 2026 II, Gruppe I (Pflichtfachstoff)  
12., 13., 19. und 20. September 2026
- ✓ Arbeitsrecht 2026 II, Gruppe II (Pflichtfachstoff)  
19. und 20. September, sowie 03. und 04. Oktober 2026

### BERLIN

#### ONLINE-KURS

- ✓ Prozessuales Strafrecht für Referendare - 2026  
09. Mai 2026
- ✓ Grundlagen-Intensiv ZivilR Die Anwaltsklausur  
04., 11. und 18. Juni 2026
- ✓ Prozessuales Öffentliches Recht für Referendare - 2026  
15. und 16. August 2026
- ✓ Materielles Strafrecht II - 2. Halbjahr 2026  
13., 20. und 27. Oktober, sowie 03. November 2026

[www.assessorkurs-hemmer.de](http://www.assessorkurs-hemmer.de)

hemmer.assessorkurs



Mergentheimer Str. 44 / 97082 Würzburg  
Tel.: 0931 - 7 97 8 2 30 / [repetitorium@hemmer.de](mailto:repetitorium@hemmer.de)



@byhemmer

# Repetitorium hemmer

Mai 2026

## [ASSESSOR-INTENSIVKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

### HESSEN

#### ONLINE-KURS

---

- ✓ **Crashkurs ZPO I und II - 2026 I**  
25. und 26. April 2026
- ✓ **Intensivkurs Kautelarkurs 2026 - ausgewählte Probleme der Vertragsgestaltung**  
09. Mai 2026
- ✓ **Intensivkurs Erb- und Familienrecht 2026**  
13. Juni 2026
- ✓ **Crash-Kurs materielles Strafrecht für Referendar\*innen - mit Kursaufzeichnung**  
18., 20., 25. und 27. August 2026
- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**  
12. und 13. September 2026

### NIEDERSACHSEN

#### ONLINE-KURS

---

- ✓ **Crashkurs Öffentliches Recht für Referendar\*innen in NRW**  
25. und 26. April 2026
- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**  
12. und 13. September 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Recht - 2026 II**  
09. - 11. Oktober 2026

### NORD/GPA

#### ONLINE-KURS

---

- ✓ **Crashkurs Öffentliches Recht für Referendar\*innen in NRW**  
25. und 26. April 2026
- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**  
12. und 13. September 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Recht - 2026 II**  
09. - 11. Oktober 2026

### NORDRHEIN-WESTFALEN

#### ONLINE-KURS

---

- ✓ **Crashkurs Öffentliches Recht für Referendar\*innen in NRW**  
25. und 26. April 2026
- ✓ **Crashkurs Materielles Zivilrecht – 8 Tage Intensivtraining**  
29. und 30. August, sowie 12., 13., 26. und 27. September, sowie 10. und 11. Oktober 2026

### OST

#### ONLINE-KURS

---

- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 I**  
25. und 26. April 2026
- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**  
12. und 13. September 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Recht - 2026 II**  
09. - 11. Oktober 2026



**Mit dem Abschluss endet das Studium.  
Mit dem Doktorat fängt es erst an.  
Promoviere neben dem Beruf – mit dem  
«Dr. iur.» an der UFL.**

