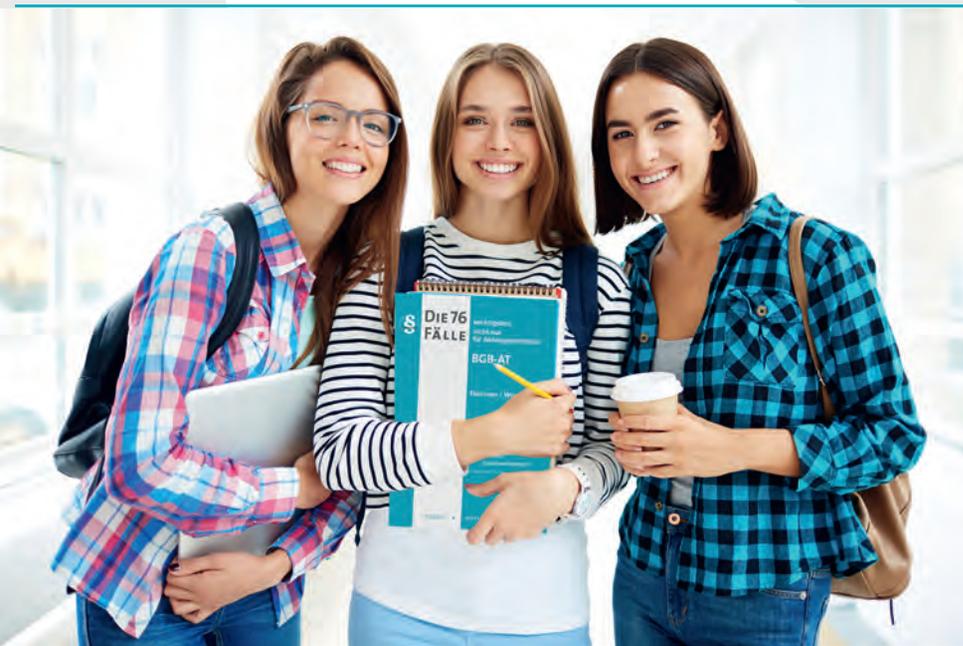


Juristisches Repetitorium hemmer

Augsburg - Bayreuth - Berlin/Potsdam - Bielefeld - Bochum - Bonn - Bremen
Düsseldorf-Erlangen-Frankfurt/M.-Frankfurt/O.-Freiburg-Göttingen-Greifswald/Rostock
Halle - Hamburg - Hannover - Heidelberg/Mannheim - Jena - Kiel - Köln - Konstanz
Leipzig - Mainz - Marburg/Gießen - München - Münster - Nürnberg - Osnabrück
Passau - Regensburg - Saarbrücken - Trier - Tübingen/Stuttgart - Würzburg

AUSZUG AUS DEM KURSMATERIAL

- BGB AT, Fall 14 (Hauptkurs)
- Strafrecht, Fall 2 (Hauptkurs)
- Verfassungsrecht, Fall 2 (Hauptkurs)
- Klausur Nr. 2004 (Klausurenkurs)



- Methodische Vermittlung des notwendigen Wissens
- Assoziatives Lernen am großen Fall
- Klausurtypische Musterlösung
- Verständnis durch richtige Einordnung
- Motivation durch Spass am Lernen

GEWINNEN SIE MIT DER HEMMER-METHODE

examenstypisch ■ anspruchsvoll ■ umfassend

HEMMER-METHODE DIE GEBRAUCHSANWEISUNG FÜR IHRE EXAMEN!



*Liebe Kursteilnehmerinnen,
liebe Kursteilnehmer,*

von wem, was und wie Sie lernen, ist maßgeblich für Ihren Erfolg im Examen! Seit 1976 bereitet das Juristische Repetitorium hemmer Studierende auf ihr Juristisches Staatsexamen vor. Wer von den Besten lernt, wird selbst erfolgreich.

Fördern durch Fordern!

Orientieren Sie sich nach oben. Es gilt: Lernen Sie, was Sie im Examen erwartet. In unseren Kursen wird die Examenstypik erklärt. Konstellationen wiederholen sich im Examen. Wer am großen Fall unter professioneller Anleitung trainiert, geht sicher ins Examen!

Unsere Kursteilnehmerinnen und Kursteilnehmer bestätigen, dass sie bei hemmer durch problemorientierten Unterricht gelernt haben, wie man an eine Examensklausur herangeht, die Thematik erkennt und schließlich erfolgreich löst.

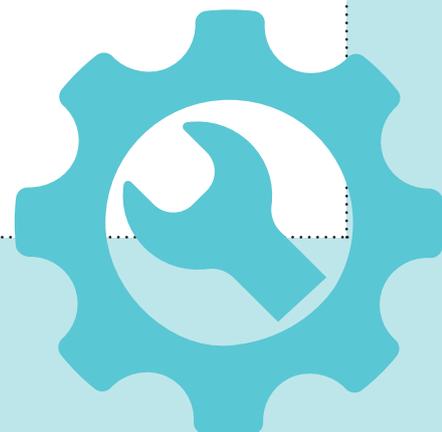
Wir erleichtern es Ihnen, sich in die juristische Denk- und Sprachwelt einzuleben! Das Examen wird dann zur Fortsetzung des vorher Eingebübten.

Lernen Sie mit den Besten!

Lassen Sie sich von Juristinnen und Juristen mit besten Ergebnissen in ihren Staatsexamen motivieren. Informieren Sie sich, wer Sie unterrichtet! Nur an einem anspruchsvollen Niveau können auch Sie wachsen.

Ihr
Karl-Edmund Hemmer und Achim Wüst

Karl-Edmund Hemmer Achim Wüst



„Richtiges Lernen macht das Examen einfach!“



#hemmermethode

„Ziel unserer Juristinnen- und Juristenausbildung ist die optimale Vorbereitung auf das Examen!“



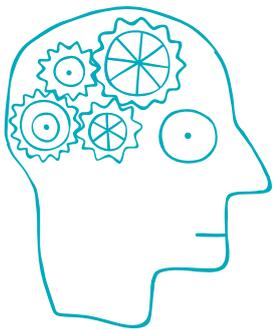
Für das Klausurexamen muss im Vordergrund die Schulung auf dieses stehen. So wie sich die Schülerin oder der Schüler auf die Lehrkraft einzustellen hat, so muss sich der Studierende am Klausurerstellenden orientieren. Sie bzw. er gibt die Lösung vor, an dieser wird die Klausur gemessen.

Da der bzw. die Ersteller*in anonym bleibt, ist nach der Typik von Examensfällen zu fragen. Denn nur wer sich über die typischen Merkmale eines Examensfalles im Klaren ist, schreibt eine gute Klausur! Dieselben Grundsätze gelten selbstverständlich auch für die Hausarbeit, die dem Grunde nach eine umfangreiche und anspruchsvolle Klausur ist.

1

ANALYSE EXAMENSTYPISCHER FALLKONSTELLATIONEN

Examensklausuren haben eine eigene Struktur. Der bzw. die Ersteller*in konstruiert Sachverhalt und Lösung nach bestimmten Regeln, die es zu erfassen gilt: Die Klausur beinhaltet objektive und subjektive Merkmale. **Objektiv** muss die Klausur aufgrund der notwendigen Notendifferenzierung



- anspruchsvoll, aber lösbar sein,
- eine Vielzahl von Problemen und
- unterschiedliche Gewichtungen beinhalten
- sowie bei der Lösung ein einheitliches Ganzes ergeben.

Subjektives Merkmal ist, wie der bzw. die Ersteller*in die objektiven Merkmale angeordnet hat.

2

ERFASSEN DES IDEENGBÄUDES DES ERSTELLENDEN

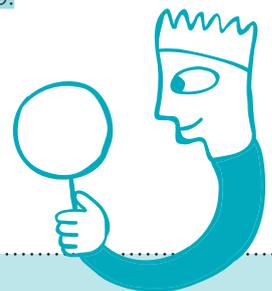
Wir fragen immer mit der **HEMMER-METHODE**:

- Was will der Verfasser bzw. die Verfasserin der Klausur?
- Welcher „rote Faden“ liegt der Klausur zugrunde?
- Welche kritischen Grenzfälle hat er/sie im Auge?
- Welche „Fallen“ gilt es zu erkennen?

Stellen Sie sich den bzw. die Verfasser*in der Klausur als imaginäre*n „Gegner*in“ vor! Nur wer die in der Klausur angelegten Ideen und Stolpersteine erfasst, schreibt eine gute Klausur.

HEMMER-METHODE heißt also:

Die **innere objektive Logik**, die dem Fall zugrunde liegt, **aufzudecken** und sich in die **Gedankengänge des Klausurerstellenden** hineinzusetzen.



„Nur wer sich über die typischen Merkmale eines Examensfalles im Klaren ist, schreibt die gute Klausur!“



TRAINING AM EXAMENSTYPISCHEM FALLMATERIAL

- Es gilt die reale Problemsituation des Exams bestmöglich zu erfassen. Bei der Erstellung von Examensfällen spielen festgelegte sowie examens-typische Traditionen und institutionelle Ausformun-gen eine entscheidende Rolle!
- Examensklausuren sind vielschichtig: Sie beinhalten wegen der **erforderlichen Notendifferenzierung viele Problemfelder**. Sie sind keine Standard-, Grund- oder Normalfälle. In der Regel ist gerade der strittige Grenzfall, der zur Argumentation oder Auseinandersetzung zwingt, examens-typisch!

Gelernt wird aber oft nur an sogenannten Schulfällen (z.B. „Trierer Weinversteigerungsfall“). Diese nehmen zwar als psychologischer Aspekt die Angst vor dem Fall, jedoch entbehren die einfachen, stereotypischen Fälle der Examensrealität.

Da sie isoliert und nur auf ein Problem zugeschnitten sind, suggerieren sie eine Einfachheit, die im Examen nicht besteht. Sie enthalten keine Lösungsstrategie für den komplexen Examensfall: Jeder muss sich folglich die notwendige Falltechnik selbst aneignen. Sie sollten das Training an examens-typischem Fallmaterial nicht in die letzte Phase der Ausbildung verschieben! Vermeiden Sie die dann zwangsläufig aufkommende Angst und Panik vor dem Examen.

Beginnen Sie rechtzeitig, sich auf die Anfor-derungen des Exams einzustellen:

Je eher Sie an examens-typischem Material üben, desto leichter fällt Ihnen dann das Examen!



PROBLEMORIENTIERTES LERNEN

Anders als im wirklichen Leben gilt für Klausuren und Hausarbeiten: Probleme schaffen, nicht wegschaffen! Nur wer gelernt hat, die in einer Klausur oder Hausarbeit angelegten Probleme zu erkennen, kann eine gute Klausur bzw. Hausarbeit schreiben. Im Vorder-ground der Ausbildung mit der HEMMER-METHODE steht problemorientiertes Lernen.

- Wer nur Wissen anhäuft, also nach dem sog. „Kübelprinzip“ lernt, verkennt die Anforderungen des Exams!
- Wer nur in Schulstreitigkeiten denkt, erfasst i.d.R. die reale Problemstellung in Klausur und Hausarbeit nicht.

Es besteht die Gefahr, dass die Offenheit und Flexibilität des Denkens verloren geht.

HEMMER-METHODE heißt daher möglichst präzise Be-schreibung, wie man bei einer Examensklausur vorgeht.

Die Gebrauchsanweisung mit der HEMMER-METHODE erstreckt sich sowohl auf die äußere Aufbereitung (z.B. Aufbau, Obersatzbildung, Sprache, Form, Sachverhalts-beziehung) als auch auf die inneren wiederkehrenden Argumentationsfiguren (z.B. schlagende Argumente, a maiore ad minus, wenn-dann-Komplexe, links-rechts-Mitte Argumentation - h.M. oft die sog. „aristotelische Mitte“). Wir erarbeiten im Kurs gemeinsam, wie Argumente entstehen. Auch die sog. herrschende Meinung „fällt nicht vom Himmel!“

Für die HEMMER-METHODE sprechen die Ergebnisse unserer Kursteilnehmenden. Das relevante Gütezeichen einer Theorie der juristischen Ausbildung kann nur der Erfolg sein! Wenn bisher häufig Examensfälle in unseren Kursen vorher besprochen wurden, spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit auch für Treffer in der Zukunft!





LERNEN, SPIELERISCH MIT DER JURISTEREI UMZUGEHEN

Das erlernte Spiel wird im Examen dann als bekanntes Spiel fortgesetzt. Verdrängen Sie die bestehende Schwierigkeit des Examens nicht, indem Sie nur an Standard-, Grund- oder Normalfällen lernen. Mit der HEMMER-METHODE befinden Sie sich im Examen nicht auf "Neuland".

Die HEMMER-METHODE führt dazu, dass die Ausbildung nahtlos und ohne Bruch in das Examen übergeht. Konfrontieren Sie sich also frühzeitig mit den für Examensklausuren geltenden Spielregeln. Nur so gehen Sie mit dem sicheren Gefühl in das Examen, sich richtig vorbereitet zu haben: Mit der HEMMER-METHODE lernen Sie unter ständiger, routinierter Anleitung, wie Examensklausuren zu lösen sind.

HEMMER-METHODE heißt also, durch dauerndes Training den Blick für das Examenstypische zu schärfen. Wir verweisen Sie nicht nur auf das bloße Schreiben von Examensklausuren, bei uns lernen Sie, den jeweiligen roten Faden der Klausur zu erfassen.

Die HEMMER-METHODE geht über die normale Prüfung „Wer verlangt von wem, was, woraus“ hinaus! Sie gibt die Erklärung, warum in der Klausur an dieser Stelle was, wie und in welchem Umfang geprüft wird. Die juristische Idealsprache, z.B. Anfechtungserklärung, Angabe des Anfechtungsgrundes etc., findet sich selten im Text der Examensklausur. Aufgabe der Juristin bzw. des Juristen ist es daher, den Sachverhalt zu entschlüsseln, also das Chaos des Lebens in eine juristische Sprache zu kleiden.



INZIDENTE VERMITTLUNG DES FÜR DAS EXAMEN NOTWENDIGEN WISSENS

Sie können Ihr Wissen nur dann richtig verwerten, wenn Sie gelernt haben, an welcher Stelle in einer Arbeit das Erlernte seine Bedeutung hat.

HEMMER-METHODE heißt deshalb: inzidente Vermittlung der wichtigsten Schlüsselbegriffe, eingebettet in die examenstypische Fallkonstellation.

Die Examenstypik gibt vor, welches Wissen überhaupt für das Examen von Bedeutung ist. Diesem Gesichtspunkt trägt unser Fallmaterial Rechnung:

- Die schriftlichen Lösungen vermitteln das klausur-relevante Wissen.
- Die Wiederholungsfragen kontrollieren den Wissensstand.
- Die Vertiefungsfragen schulen das Verständnis.



Konzentrieren Sie Ihre Energie auf das Wesentliche, denn „weniger ist häufig mehr“. Die HEMMER-METHODE setzt richtungweisende Maßstäbe. Der Erfolg gibt ihr Recht.



OPTIMALE INNERE EINSTELLUNG AUF DIE PERSÖNLICHE HERAUS- FORDERUNG DES EXAMENS

Gehen Sie auch von der psychischen Einstellung offen an das Examen heran! Fragen Sie sich zuerst, welche Wünsche, Vorstellungen und Zwecke Sie verfolgen („Was will ich?“). Im Vordergrund der Erwägung sollte ein akzeptables Examen als Ziel stehen.

- Unterscheiden Sie zwischen kurzfristigem und langfristigem Gewinn bei der Erfassung juristischer Zusammenhänge. Fragen Sie sich immer: „Entspricht das, was ich mir aneigne, dem Examensniveau?“ Achten Sie beim Lernen immer auf das Verständnis der Zusammenhänge. Vermeiden Sie die häufig nur zur Gewissenberuhigung vorkommende „Seitenfreserie“!
- Seien Sie beim Lernen nett zu sich! Gönnen Sie sich Pausen und seien Sie nicht zu perfekt mit den Ansprüchen an sich selbst. Vieles löst sich mit der Zeit. Erst der größere Überblick schafft optimale Voraussetzungen für besseres Einordnen!
- Entmotivieren Sie sich nicht durch Sätze wie „Es ist alles zu schwer für mich“; „Ich muss zu viel lernen“; „Das schaffe ich nie“; „Die anderen sind viel besser“: Es besteht die Gefahr der „selbsterfüllenden Prophezeiung“. Vermeiden Sie Katastrophendenken sowie ein Umfeld, das dieses verbreitet! **Stellen Sie sich stattdessen den Herausforderungen!** Besser sind für Sie in der Vorbereitung sogenannte „zwar-aber-Sätze“: „Zwar habe ich viel zu tun, aber ich habe ein Ziel, nämlich ein akzeptables Examen!“
- Von der Amöbe bis zu Einstein wird gelernt durch Versuch und Irrtum („trial and error“). Erarbeiten Sie sich eine optimistische Grundeinstellung! Überlegen Sie sich, was ist unangenehmer: Prüfungsangst zu haben, oder an ihr zu arbeiten?

Denken Sie beim Bearbeiten anspruchsvoller Fälle daran, dass Sie sich kontinuierlich steigern und **im Laufe der Zeit besser werden!**

Das hemmer-Team wünscht Ihnen viel Erfolg!

Fall 14

Der 14-jährige Klaus sieht auf dem Schreibtisch seines Vaters Viktor, der gerade von einer Geschäftsreise aus den USA zurückgekehrt ist, eine 100-Dollar-Banknote liegen. Kurz entschlossen nimmt Klaus den Geldschein an sich.

Wenig später trifft er den 17-jährigen Nachbarsjungen Norbert, dem er stolz den 100-Dollar-Schein zeigt, wobei er behauptet, er habe diesen von einer Tante aus Amerika zum Geburtstag geschenkt bekommen, was Norbert auch glaubt. Als Klaus Norbert fragt, wie viel 100 Dollar überhaupt wert seien, wittert Norbert die Gelegenheit zu einem guten Geschäft. Obwohl er täglich den Wirtschaftsteil der Zeitung liest und daher über die aktuellen Wechselkurse bestens informiert ist, erklärt er bewusst wahrheitswidrig, ein US-Dollar sei nach dramatischen Kursverlusten derzeit nur noch 0,50 € wert, ein weiteres Absinken sei nicht unwahrscheinlich. Zufällig benötige er - Norbert - gerade US-Dollars, da er in Kürze mit seinen Eltern für 14 Tage nach Florida in Urlaub fahren werde. Er sei daher bereit, den 100-Dollar-Schein in 50,- € einzutauschen.

Klaus, der den Angaben des Norbert vertraut, ist einverstanden. Er übergibt Norbert den 100-Dollar-Schein und erhält dafür einen 50-€-Schein, den Norbert am Tag zuvor von seinen Eltern als Taschengeld bekommen hatte.

Norbert begibt sich daraufhin sofort zur nächstgelegenen Sparkassenfiliale, wo er am Sortenschalter von der Bankangestellten Angelika entsprechend dem aktuellen Wechselkurs 100,- € ausbezahlt erhält.

Norberts Freude über den schnellen Gewinn ist jedoch nur von kurzer Dauer. Zu Hause angekommen muss er nämlich feststellen, dass er unterwegs seine Briefftasche mit dem gesamten Geld verloren hat.

Als Viktor am Abend das Verschwinden seines 100-Dollar-Scheines bemerkt, stellt er Klaus zur Rede. Dieser gesteht reumütig, das Geld entwendet und bei Norbert umgetauscht zu haben.

Daraufhin begibt sich Viktor mit Klaus zu Norbert und dessen Eltern, wo der restliche Sachverhalt aufgeklärt wird. Empört darüber, dass Norbert die Naivität seines Sohnes ausgenutzt hat, erklärt Viktor gegenüber Norbert und dessen Eltern, er sei mit dem zwischen Klaus und Norbert erfolgten Umtauschgeschäft in keinem Fall einverstanden und fechte dieses im Namen des Klaus an.

Norberts Eltern erwidern, auch sie seien mit diesem Geschäft nicht einverstanden, Klaus müsse daher den als einzigen Schein noch in seinem Besitz befindlichen 50-€-Schein an Norbert herausgeben.

Vermerk für die Bearbeitung:

In einem Gutachten sind folgende Fragen in der vorgegebenen Reihenfolge zu beantworten:

1. Welche Ansprüche stehen dem Viktor

a) gegen Klaus bzw.

b) gegen Norbert zu?

2. Hat Norbert gegen Klaus einen Anspruch auf Herausgabe des sich noch im Besitz des Klaus befindlichen 50-€-Scheins? Auf etwaige Gegenansprüche des K gegen N ist nicht einzugehen.

Fall 14 - Lösung:

ÜBERSICHT FALL 14

FRAGE 1a): Ansprüche des V gegen K

- I. Anspruch aus § 687 II S. 1 i.V.m. § 678 BGB (100,- € bzw. §§ 681 S. 2, 667 BGB (50,- €)
⇒ (-), da K minderjährig, vgl. § 682 BGB
 - II. Anspruch aus §§ 985, 285 (50,- €)
⇒ § 985 BGB (-), da 100 \$-Note nicht mehr im Besitz des K ist
⇒ § 285 BGB ist aber auf § 985 BGB nicht anwendbar, da bei Unmöglichkeit § 989 BGB „lex specialis“
 - III. Anspruch aus §§ 989, 990 BGB (100,- €)
 1. EBV im Ztpkt. der Verletzungshandlung (+)
 2. Bösgläubigkeit, § 990 I BGB (+)
⇒ wegen Deliktsähnlichkeit gilt nach h.M. § 828 III BGB analog, K hatte Einsichtsfähigkeit
 3. Unmöglichkeit der Herausgabe i.S.d. § 989 BGB
⇒ (+), da Eigentumsverlust des V in jedem Fall durch Veräußerung des Geldscheins an die Bank, spätestens gem. §§ 948 I, 947 II BGB
 4. Verschulden (+), § 276; §§ 276 I S. 2, 828 III BGB
 5. Schaden
⇒ aktueller Wechselkurs (100,- €)
 - IV. Anspruch aus §§ 992, 823 I; II BGB, 242 StGB
⇒ (+), da verbotene Eigenmacht des K (§ 858 BGB) bzw. Diebstahl (§§ 242 StGB, 828 III BGB)
 - V. §§ 826, 828 III BGB (+), da Schädigungsvorsatz d. K
 - VI. Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB (50,- €)
 1. § 816 BGB neben §§ 989, 990 BGB anwendbar
 2. K war Nichtberechtigter
3. Wirksame Verfügung gem. §§ 929, 932 I, II BGB?
 - a) Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB
⇒ (+), da sog. neutrales R.geschäft des Mj.
 - teleologische Reduktion des § 107 BGB bzw.
 - § 165 BGB analog
 - b) Übergabe an N (+)
 - c) Guter Glaube des N an das Eigentum des K gem. § 932 II BGB (+)
 - d) § 935 I BGB wegen § 935 II BGB unbeachtlich
 - e) Kritik der Lit.: Gutgläubiger Erwerb sei mit Sinn und Zweck der Redlichkeitsvorschriften nicht vereinbar
 - f) Streit kann hier offenbleiben, da ex-tunc-Nichtigkeit der dingl. Einigung gem. § 142 I BGB
⇒ auch dingl. Einigung von V wirksam angefochten, §§ 123 I, 142 I BGB (sog. Fehleridentität)
⇒ Erklärung durch gesetzlichen Vertreter V
⇒ Zugang gem. § 131 II S. 1 BGB (+)
Ergebnis: Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB mangels Verfügung (-)
 - VII. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB bzgl. der 50,- €
⇒ (-), da subsidiär gegenüber der Leistungsbeziehung zwischen N und K (K hat die 50,- € von N geleistet bekommen)
Bzgl. des Diebstahls der 100-Dollar-Note:
Nur Besitz erlangt, sog. Besitzkondition Herausgabe unmöglich
⇒ deshalb Wertersatz gem. § 818 II BGB?
BGH: (-)
⇒ nicht als Ersatz des Substanzwertes, weil dieser nicht den Besitz, sondern das Eigentum repräsentiere
⇒ nicht als Gebrauchswert, weil dieser nach § 818 I BGB nur in Gestalt tatsächlich gezogener Nutzungen abgeschöpft werde, was hier ausscheidet.
Literatur (-):
⇒ Wert des nichtberechtigten Besitzes gleich Null, da Herausgabepflicht

BGB-AT

Fall 14 - Lösung - Seite 2

FRAGE 1b): Ansprüche des V gegen N

- I. Anspruch aus § 687 II S. 1 BGB i.V.m. § 678 bzw. §§ 681 S. 2, 667 BGB
⇒ (-), da N minderjährig, vgl. § 682
- II. Anspruch aus §§ 985, 285 BGB
⇒ (-); § 989 BGB lex specialis
- III. Anspruch aus §§ 989, 990 BGB
 1. EBV z.Zt. der Verletzungshandlung (spätestens Weitergabe des Geldes an Bank)
⇒ (+), da V jedenfalls wegen Anfechtung gem. §§ 123, 142 I BGB (s.o.) noch Eigentümer
 2. Bösgläubigkeit, §§ 990, 932 II BGB analog
⇒ (+), vgl. § 142 II BGB i.V.m. § 828 III BGB analog
 3. Verschulden (+), §§ 276 I S. 2, 828 III BGB
 4. Schaden
⇒ aktueller Wechselkurs (100,- €)
- IV. Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB
 1. N war wegen Anfechtung Nichtberechtigter
 2. Dingliche Einigung als neutrales Geschäft wirksam (s.o.)
 3. Gutgläubigkeit der Bank, § 932 II BGB?
⇒ (+), abzustellen auf Bankangestellte A als Vertreterin der Bank, § 166 I BGB
 4. § 935 I BGB (-) wegen § 935 II BGB
 5. Entreicherung des N gem. § 818 III BGB wegen Verlust des Wechselgeldes?
⇒ Entreicherung grds. (+); N kann sich aber wegen seiner verschärften Haftung gem. §§ 142 II, 819 I, 818 IV, 292 I, 989 BGB bzw. § 276 BGB (str.) nicht auf § 818 III BGB berufen ⇒ Kenntnis des N ist entscheidend (§ 828 III BGB analog), da § 816 I BGB Spezialfall der Eingriffskond.
Ergebnis: Anspruch des V gegen N auf Zahlung von 100,- € aus § 816 I S. 1 BGB (+)
- V. §§ 992 i.V.m. 823 I; II BGB; 263 StGB
⇒ § 992 BGB (-), da Vss'en des Dreiecksbetruges (§§ 823 II BGB, 263 StGB) nicht vorliegen:
⇒ Näheverhältnis zwischen Verfügendem und Geschädigtem (-); sog. Lager- bzw. Befugnistheorie
- VI. § 826 BGB ⇒ sittenwidrige Schädigung (+)

FRAGE 2: Anspruch des N gegen K auf Herausgabe des 50,- € Scheines

1. Anspruch aus § 985 BGB
 - a) Geldschein laut SV noch konkret im Besitz des K vorhanden
 - b) Problem: Eigentumsverlust an K?
 - aa) Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB?
 - (1) Für K lediglich vorteilhaft ⇒ § 107 BGB
 - (2) Für N rechtlich nachteilig, aber evtl. § 110 BGB
⇒ § 110 BGB ist gesetzliche konkludente Einwilligung, die nur i.R.d. Vernünftigen gilt
⇒ Auslegung ergibt, dass Betrug des N von ihr nicht erfasst wird, d.h. § 110 BGB greift nicht ein (a.A. vertretbar)
 - c) K hat auch kein RzB, § 986 BGB
⇒ §§ 107, 108 BGB und Anfechtung auch des Kausalgeschäfts, § 142 I BGB
Ergebnis: Anspruch aus § 985 BGB (+)
2. Anspruch N gegen K aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB
 - a) Voraussetzungen des § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB?
 - aa) Leistung des Besitzes ohne Rechtsgrund (+), da Tauschvertrag gem. §§ 107, 108 BGB und durch Anfechtung gem. § 142 I BGB von Anfang an nichtig (Lehre von der Doppelnichtigkeit)
 - bb) Problem:
Ausschluss gem. §§ 814, 142 II BGB?
 - Kenntnis von Einwendungen steht Kenntnis der Nichtschuld gleich,
 - dies gilt dann auch für § 142 II BGB, wenn Kenntnis des Leistenden, dass er selbst anfechten kann und er sich so aus eigenem Entschluss seiner Pflicht entziehen kann⇒ hier kann aber nur der Leistungsempfänger K anfechten, vor erfolgter Anfechtung ist N zur Leistung verpflichtet, ohne auf diese Pflicht einwirken zu können
Ergebnis:
Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB (+)

LÖSUNG Fall 14

Frage 1a): Ansprüche V gegen K

I. Ansprüche aus §§ 687 II S. 1, 678 BGB; bzw. §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 BGB

V könnte einen Anspruch gegen K auf Schadensersatz bzw. Herausgabe des Erlangten aus angemaßter Eigengeschäftsführung haben.

Zwar führt K, als er den 100- $\text{\$}$ -Schein des V an den N weitergibt, ein fremdes Geschäft unbefugt als eigenes. Ein Anspruch gem. §§ 687 II S. 1, 678 BGB bzw. §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 BGB gegen K besteht jedoch nicht, da K beschränkt geschäftsfähig ist und Ansprüche aus GoA gegen ihn gem. § 682 BGB ausscheiden.

Dies gebietet der Minderjährigenschutz, der einen Minderjährigen selbst vor Ansprüchen aus § 687 II S. 1 BGB schützen soll.¹

II. Anspruch aus §§ 985, 285 BGB

Ein Anspruch des V gegen K auf Herausgabe der 100- $\text{\$}$ -Banknote gem. § 985 BGB entfällt, da K infolge der Weggabe keinen Besitz mehr an der Banknote hat.

Es könnte ein Anspruch aus § 985 BGB i.V.m. § 285 BGB auf Herausgabe des Surrogats bestehen. Die Anwendung von § 285 BGB auf § 985 BGB wird aber von der ganz h.M. abgelehnt, da § 989 BGB bei Unmöglichkeit der Herausgabe „lex specialis“ ist.

III. Anspruch aus §§ 989, 990 I BGB

V könnte jedoch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen K gem. §§ 989, 990 I BGB haben.

1. Die Anwendbarkeit der §§ 989 f. BGB setzt zunächst das Bestehen einer **sog. Vindikationslage im Zeitpunkt der Verletzungshandlung**, hier der Weitergabe der 100-Dollar-Note, voraus.

Durch den Diebstahl des Geldscheins vom Schreibtisch des V wird K zum unberechtigten Besitzer i.S.d. §§ 985, 986 BGB gegenüber dem Eigentümer V.

Im Zeitpunkt der Verletzungshandlung (= Weiterveräußerung) liegt damit ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vor.

2. § 989 BGB könnte hier über § 990 I BGB anwendbar sein.

Dies ist der Fall, wenn K bei Besitzerwerb bösgläubig i.S.d. § 990 I S. 1 BGB war. Für die Beurteilung der **Bösgläubigkeit** ist im Rahmen des § 990 I S. 1 BGB der gute Glaube hinsichtlich der Besitzberechtigung entscheidend, wobei § 932 II BGB analog angewendet wird.²

Fraglich ist aber, wessen Kenntnis hinsichtlich der Bösgläubigkeit **beim Handeln eines beschränkt Geschäftsfähigen** maßgeblich ist.

a) Stellt man im Hinblick auf § 166 I BGB auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters des K, dessen Eltern, §§ 1626, 1629 BGB, ab, so ist die Bösgläubigkeit zu verneinen. Da es sich bei dem Besitzbegründungswillen nicht um eine Willenserklärung handelt, wendet die Mindermeinung³ § 166 I BGB analog an.

b) Stellt man dagegen auf ihn selbst ab und korrigiert **entsprechend § 828 III BGB** über die **Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen**, so ist Bösgläubigkeit des K zu bejahen:

Dem 14-jährigen K ist sehr wohl bewusst, dass er zum Besitz des Geldscheins nicht berechtigt ist.

Auch ist seine Einsichtsfähigkeit i.S.d. § 828 III BGB anzunehmen.

Zurechnungsfähigkeit gem. § 828 III BGB ist gegeben, wenn er die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Die Einsichtsfähigkeit wird widerleglich vermutet, Anhaltspunkte, dass dem K der Gegenbeweis gelingen wird, liegen nicht vor.

c) Für die analoge Anwendung des § 166 I BGB spricht der umfassende Minderjährigenschutz.

Dieser Schutz ist jedoch nicht unbegrenzt. Wie § 828 III BGB belegt, sind im Bereich deliktischer Haftung Ansprüche gegen einen Minderjährigen nicht ausgeschlossen. Wegen der Deliktsähnlichkeit der §§ 989, 990 BGB ist die Wertung des § 828 III BGB auch im vorliegenden Fall treffender.

Die Bösgläubigkeit des K gem. §§ 989, 990 BGB ist damit zu bejahen. Das mangelnde Besitzrecht an dem gestohlenen Dollar-schein war ihm bekannt und er war auch einsichtsfähig.

¹ Grüneberg, § 687 Rn. 3.

² BGH, NJW 1977, 34 = jurisbyhemmer; Grüneberg, § 990 Rn. 4.

³ Metzler, NJW 1971, 690.

Anmerkung: Lernen Sie durch Redundanzen (= überfließend) in unterschiedlichen Konstellationen, sog. multimodales Lernen.

So lernen Sie den Anwendungsbereich des sog. Dritten in der Klausur bei uns kennen: Grundsätzlich gilt § 166 I BGB, d.h. die Kenntnis bzw. Kennenmüssen des Vertreters ist maßgeblich. Es wird auch auf seine Person abgestellt, wenn er sich geirrt hat.

Hat er dann noch die entsprechende Vertretungsmacht (z.B. Prokura), dann kann er auch anfechten. Auch z.B. bei der Bösgläubigkeit i.S.d. § 932 II BGB und § 892 BGB gilt § 166 I BGB. Anwendbar ist § 166 I BGB auch bei § 122 II BGB. Fraglich kann die Anwendung des § 166 BGB auch beim Überbau (§ 912 BGB: Architekt vertreterähnlich, Bauunternehmer nicht), bei §§ 989, 990 BGB und § 819 I BGB sein. **Vermeiden Sie Übervereinfachungen beim Lernen!**

3. Dem K ist hier die Herausgabe des Geldscheins wegen der Weitergabe auf Dauer schuldhaft unmöglich (Unvermögen), § 989 BGB.

4. Die vorsätzliche Weitergabe war auch schuldhaft, §§ 276 I, 276 I S. 2, 828 III BGB.

5. Durch die Weitergabe des Dollarscheins ist dem V ein Schaden entstanden. Für den Schaden reicht es bereits aus, dass der V keinen Zugriff mehr auf seinen Geldschein hat.

V kann daher von K Schadensersatz gem. §§ 990 I, 989 BGB i.V.m. § 249 I BGB verlangen (= aktueller Wechselkurs).

IV. Ansprüche aus § 992 BGB i.V.m. §§ 823 I, bzw. 823 II i.V.m. § 242 StGB (§ 858 BGB)

K könnte über § 992 BGB auch nach Deliktsrecht auf Schadensersatz haften, da er den Besitz an der 100-€-Note durch eine Straftat (§ 242 StGB) und durch verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) erlangt hat.

Der Deliktstatbestand des § 823 I BGB ist wegen der Eigentumsverletzung und Besitzentziehung der 100-€-Note erfüllt. Ebenso ist der Tatbestand des § 823 II BGB i.V.m. § 242 StGB bzw. § 858 BGB verwirklicht. Beide Normen sind Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB.

K besitzt die notwendige Einsichtsfähigkeit i.S.d. § 828 III BGB.

Auch im Rahmen von § 242 StGB kommt es für die Strafbarkeit nicht auf § 19 StGB oder das JGG, sondern auf § 828 BGB an.

V. Anspruch aus § 826 BGB

Wegen der vorsätzlichen Schädigung ist auch ein Anspruch aus § 826 BGB i.V.m. § 828 III BGB gegeben. Dieser Anspruch wird vom EBV nach allgemeiner Meinung nicht verdrängt, ist also auch ohne die Voraussetzungen des § 992 BGB immer anwendbar.

VI. Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB

Dem V könnte gegen K aufgrund der Verfügung des K als Nichtberechtigter ein Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB auf Herausgabe der erlangten 50,- € zustehen.

1. Die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, § 993 I HS 2 BGB, schließt einen Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB nicht aus.

Die §§ 987 ff. BGB sind nur für Schadensersatz und Nutzungen abschließend.⁴

§ 816 I S. 1 BGB zielt aber auf die Herausgabe des Erlangten, des Veräußerungserlöses (absolut h.M.). Die Sperrwirkung kann nur so weit reichen, wie der Anwendungsbereich des EBV geht.

Anmerkung: Die Anwendung des § 816 BGB neben dem EBV ist unstreitig. §§ 987 ff. BGB sind nur für den Anspruch auf Schadensersatz und Nutzungsersatz abschließend!

Zum „Background“: In § 993 I BGB findet sich letztlich die folgende Stufenfolge wieder: Für einfache Nutzungen haftet der gutgläubige unverklagte Besitzer nicht, § 993 I HS 2 BGB. Die sog. Übermaßfrüchte hat er gem. § 993 I HS 1 BGB herauszugeben. Verbraucht oder veräußert er die Sache, so muss diese Herausgabepflicht erst recht bestehen.

2. § 816 I S. 1 BGB setzt eine Verfügung eines Nichtberechtigten voraus, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist.

a) Problematisch ist hier bereits, ob überhaupt eine **Verfügung** vorliegt. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, belastet, aufgehoben oder inhaltlich verändert wird.⁵

Anmerkung: Der Begriff der Verfügung ist so wichtig, dass Sie ihn, wenn Sie nachts von Ihrem Freund / Ihrer Freundin geweckt werden, sofort herunterspulen können müssen.

⁴ Zur Sperrwirkung des EBV vgl. Hemmer/Wüst, Sachenrecht I, Rn. 350 ff.

⁵ BGHZ 101, 26 = jurisbyhemmer; Grüneberg, Überbl. vor § 104 Rn. 16.

Wir sind keine Begriffsjuristen, gleichwohl gibt es einige wenige Begriffe, die man kennen muss, darunter den der Verfügung.

In Betracht kommt die Übereignung der 100- $\text{\$}$ -Note durch K an N.

Die Verfügung über das Eigentum nach § 929 S. 1 BGB setzt die dingliche Einigung und die Übergabe des Geldscheins voraus.

- aa) Für den 17-jährigen N ist die auf den Eigentumserwerb zielende dingliche Einigung rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB.

Die Willenserklärung des N ist damit ohne die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter wirksam.

Anmerkung: Die Eigentumsübertragung ist zugunsten des Minderjährigen - da rechtlich vorteilhaft - wirksam. Die schuldrechtliche causa - da i.d.R. rechtlich nachteilig - ist schwebend unwirksam. Der Minderjährige ist damit klassisch für die Erklärung des Abstraktionsprinzips und die Rückabwicklung über Bereicherungsrecht.

- bb) Fraglich ist aber, ob die Willenserklärung des K ohne die Zustimmung der Eltern gem. §§ 107 f. BGB i.V.m. §§ 1626, 1629 I S. 1 BGB wirksam ist. Dies wäre der Fall, wenn die Willenserklärung dem beschränkt Geschäftsfähigen einen **lediglich rechtlichen Vorteil** i.S.d. § 107 BGB brächte.

Grundsätzlich stellt der Verlust des Eigentums einen rechtlichen Nachteil dar. Im Fall handelt es sich jedoch nicht um Eigentum des K, sondern um einen Geldschein des Vaters V. Man spricht von einem **sog. rechtlich neutralen Geschäft**.

Die h.M.⁶ hält eine solche Willenserklärung ohne Zustimmung für wirksam.

Sie beruft sich dabei **auf § 165 BGB**: Wenn der Minderjährige schon Vertreter sein kann, dann muss er auch neutrale Geschäfte tätigen können.

Bei rechtlich neutralen Geschäften geht es materiellrechtlich nicht um Minderjährigenschutz, sie bringen dem Minderjährigen weder rechtliche Vor- noch Nachteile. Man könnte daher auch mit einer **teleologischen Reduktion des § 107 BGB** argumentieren.

Nach Einigung und Übergabe der 100- $\text{\$}$ -Note liegt eine Verfügung gem. § 929 S. 1 BGB vor.

- b) Nach h.M.⁷ ist diese **Verfügung** auch gem. §§ 929 S. 1, 932 I S. 1, 932 II, 935 II BGB gegenüber dem V **wirksam**. N, der von der wahren Herkunft des Geldscheins nichts weiß oder wissen musste, ist gutgläubig i.S.d. § 932 II BGB.

Anmerkung: Verstehen Sie den Ersteller der Klausur als Ihren imaginären Gegner und erfassen Sie sein Ideengebäude! N ist gutgläubig i.S.d. § 932 II BGB bezüglich des Geldscheins, obwohl er den K getäuscht hat. Im Rahmen des § 932 II BGB kommt es nur auf den guten Glauben hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers an Bösgläubigkeit wird aber dann angenommen, wenn z.B. ein Minderjähriger mit 800 € bezahlt und nicht nachgefragt wird.

- c) Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten K ist wegen § 935 II BGB nicht ausgeschlossen. Die Anwendbarkeit des § 935 I BGB stünde der Umlauffähigkeit des Geldes (natürlich auch in fremder Währung) entgegen.

Anmerkung: Bei Sammlermünzen, die zum Umlauf im Zahlungsverkehr weder bestimmt noch geeignet sind, handelt es sich auch dann nicht um Geld im Sinne von § 935 II BGB, wenn sie als offizielles Zahlungsmittel zugelassen sind. So sind z.B. die südafrikanischen Krügerrand Münzen offizielles Zahlungsmittel in Südafrika. Sie sind aber für ein gängiges Zahlungsmittel nicht geeignet, da sie keinen Nennwert, sondern lediglich ihren Feingoldgehalt ausweisen. Damit tritt die Funktion als Zahlungsmittel nahezu vollständig zurück. Lesen Sie dazu **BGH, Life&LAW 10/2013, 730 ff. = jurisbyhemmer**.

- d) Nach einer **Ansicht**⁸ soll bei einem rechtlich neutralen Geschäft ein **gutgläubiger Erwerb** gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB aber im Wege einer teleologischen Reduktion **ausgeschlossen** sein. Sinn und Zweck der Redlichkeitsvorschriften sei es, den Erwerber so zu stellen, wie er bei der Richtigkeit seiner Vorstellung stünde. Der Erwerber sei letztlich bei einem rechtlich neutralen Geschäft nicht schutzwürdig: Geht der Erwerber davon aus, es handele sich um eine Sache des Minderjährigen, so wäre der Erwerb durch §§ 107 ff. BGB verhindert.

⁶ Grüneberg, § 107 Rn. 7.

⁷ Grüneberg, § 107 Rn. 7.

⁸ Medicus/Petersen, BR, Rn. 540 ff.

Nimmt er aber an, die Sache gehöre dem Minderjährigen nicht, es liege also ein rechtlich neutrales Geschäft vor, so schließt § 932 II BGB den gutgläubigen Erwerb aus. Die §§ 932 ff. BGB sind nach dieser Ansicht teleologisch zu reduzieren, ein wirksamer Erwerb vom Nichtberechtigten sei ausgeschlossen.⁹

Anmerkung: Wenn Sie mit dem „Medicus/Petersen“ lernen, dann hauptsächlich, um die herrschende Meinung besser zu verstehen. Die (häufig) von ihm vertretene Mindermeinung kann in bestimmten Fallkonstellationen gefährlich werden. Zur Ergänzung und zum besseren Verständnis raten wir, vertiefend und damit problemorientiert unsere Skripten und Karteikarten zugrunde zu legen, vgl. **HEMMER/WÜST, BGB-AT I, Rn. 123.**

Medicus/Petersen (Rn. 542) wollen ausdrücklich nicht § 107 BGB ausweiten. Die Willenserklärung bezüglich eines rechtlich neutralen Geschäfts hält auch er für wirksam, ohne dass es einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Medicus/Petersen reduzieren vielmehr die Gutgläubensvorschriften der §§ 932 ff. BGB und wendet sie nicht auf den Fall des rechtlich neutralen Geschäfts an.

- e) Die **h.M. bejaht** hingegen einen **gutgläubigen Erwerb vom nichtberechtigten Minderjährigen**.

Diese Ansicht ist aus folgendem Grund vorzugswürdig:

Die Gutgläubensvorschrift des § 932 II BGB stellt bewusst nur auf den guten Glauben hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers ab, nicht auf den guten Glauben an die Wirksamkeit der Übereignung. Für die h.M. spricht zudem: Soweit es sich nicht um Sachen des Minderjährigen handelt, greift kein Minderjährigenschutz ein. Dann muss aber über diese fremde Sache wirksam verfügt werden können.

- f) Der Streit braucht aber nicht entschieden zu werden, wenn beide Ansichten im konkreten Fall zu dem gleichen Ergebnis kommen.

Die **dingliche Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB zwischen K und N könnte gem. **§ 142 I BGB durch wirksame Anfechtung ex tunc entfallen sein**.

Anmerkung: Gehen Sie spielerisch an den Fall heran! Zeigen Sie, dass Meinungsstreitigkeiten oft nur akademischer Natur sind.

Wenn Meinungsstreitigkeiten für das Ergebnis bedeutungslos sind, kann man sie auch offenlassen.

Gleichwohl rät es sich, kurz (da für das Ergebnis nicht von Bedeutung) eine Bewertung des Rechtsstreits vorzunehmen und so zu punkten.

- aa) Es müsste eine **Anfechtungserklärung des K gem. § 143 I BGB** vorliegen.

Hier erklärte V in Vertretung für K die Anfechtung, §§ 164 I S. 1, 1626, 1629 BGB. Zwar haben die Eltern die Vertretung des Kindes gem. § 1629 I S. 2 BGB gemeinsam zu führen. Bei **Angelegenheiten von minderer Bedeutung**¹⁰ ist jedoch regelmäßig von einer stillschweigenden Ermächtigung zur Einzelvertretung auszugehen.

Die Anfechtungserklärung wird dem N gegenüber mit **Zugang an den gesetzlichen Vertreter des N, die Eltern als Gesamtvertreter, wirksam, § 131 II S. 1 BGB**, da mit dem Eigentumsverlust infolge der Anfechtung für den Minderjährigen ein rechtlicher Nachteil entsteht.

V hat erklärt, er fechte das „**Umtauschgeschäft**“ an. Wie eine Auslegung der Willenserklärung gem. **§§ 133, 157 BGB** ergibt, bezieht sich die Anfechtungserklärung auch auf die dingliche Einigung gem. § 929 S. 1 BGB. Eine **laiengünstige Auslegung** hat zu berücksichtigen, dass dem Rechtsunkundigen die rechtliche Trennung zwischen dem Tauschvertrag gem. § 480 BGB (= causa), und der Übereignung nach §§ 929 BGB (= Verfügung) selten bekannt sein wird.

Seine Formulierung bringt zum Ausdruck, dass V alle rechtlichen Geschäfte des K mit dem N **hinsichtlich der 100-€-Note** rückgängig machen will.

Anmerkung: Im Sachverhalt finden Sie keine juristische Idealsprache! So erklärt der Laie nicht „ich fechte die dingliche Einigung an“. Denn ihm ist das Abstraktionsprinzip – wie leider vielen Studenten auch – fremd.

⁹ Medicus/Petersen, BR, Rn. 542.

¹⁰ Vgl. Grüneberg, § 1629 Rn. 5f; 1626, Rn. 3.

Die Kunst der Hermeneutik (= das richtige Verstehen, das Auslegen) besteht darin, den Sachverhalt richtig zu interpretieren und die Alltagssprache in die juristische Idealsprache zu übersetzen. Der Ersteller der Klausur hat sich bei dem Wort „Umtauschgeschäft“ sicher etwas gedacht. Dem Wort haftet auch eine sachenrechtliche Bedeutung an. Schulen Sie frühzeitig ihre Aufmerksamkeit im Erfassen von Sachverhalten.

Auch Professoren haben erkannt: „Die Arbeit am Sachverhalt wird im Studium zu wenig trainiert“, vgl. K. SCHMIDT, JuS 2003, 403.

bb) Es müsste ein **Anfechtungsgrund** vorliegen.

Hier kommt die arglistige Täuschung durch den N in Betracht, § 123 I BGB. N erklärte bewusst wahrheitswidrig, dass ein US-Dollar nur noch 0,50,- € wert sei. Eine arglistige Täuschung gem. § 123 I BGB liegt vor.

Der Anfechtungsgrund muss sich jedoch gerade auf die anzufechtende dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB, beziehen. Ansonsten entfällt der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Willenserklärung.

Grundsätzlich ist das Verfügungsgeschäft in seiner rechtlichen Beurteilung unabhängig von dem zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft (**Abstraktionsprinzip**).¹¹

Allerdings könnte hier ein Fall der **sog. Fehleridentität** eingreifen: Sind sowohl Kausal- als auch Erfüllungsgeschäft mit demselben Fehler behaftet, so sind beide anfechtbar.

Anmerkung: Bei der Fehleridentität liegt keine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips vor.

Das Verfügungsgeschäft ist selbst mit einem (Nichtigkeits-)Mangel behaftet; der Mangel ist nur der gleiche wie der Mangel des Verpflichtungsgeschäftes.

Wenn sowohl schuldrechtliches als auch dingliches Rechtsgeschäft unwirksam sind, bestehen Ansprüche aus §§ 985 ff. BGB und §§ 812 ff. BGB. Die Doppelunwirksamkeit führt damit zu mehr Anspruchsgrundlagen.

Anders als im wirklichen Leben gilt für Klausuren: „Probleme schaffen, nicht weg-schaffen!“

Im Fall des § 123 I BGB wirkt sich die arglistige Täuschung nach h.M.¹² regelmäßig auf die dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB aus.

So auch im vorliegenden Fall: N erhält die Täuschungslage aufrecht, um die Transaktionen durchzuführen. Gerade die Willenserklärung i.R.d. dinglichen Einigung erklärt K deswegen, weil er sich weiterhin im täuschungsbedingten Irrtum über den Devisenkurs befindet. Somit besteht hier ein Fall der Fehleridentität. Ein Anfechtungsgrund gem. § 123 I BGB hinsichtlich der dinglichen Einigung liegt vor.

cc) Die Anfechtung der dinglichen Einigung ist auch nicht ausgeschlossen.

Da die Anfechtungsfrist des § 124 I BGB (ein Jahr) einschlägig ist, erfolgte die Anfechtung rechtzeitig.

dd) Mit der wirksamen Anfechtung entfällt die dingliche Einigung rückwirkend, § 142 I BGB.

Da die Verfügung im Sinne des § 929 BGB sowohl die dingliche Einigung als auch die Übergabe voraussetzt, liegt wegen fehlender dinglicher Einigung von Anfang an **keine Verfügung** im Sinne des § 816 I S. 1 BGB vor.

Ergebnis: Unabhängig davon, welche Ansicht man hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs bei einem rechtlich neutralen Geschäft vorzieht, scheidet ein Anspruch des V gegen K gem. § 816 I S. 1 BGB aus.

Anmerkung: Merken Sie: Das Lernen in unterschiedlichen Zusammenhängen schult das Denken. Durch das Training am großen Fall lernen Sie auch den „unbekannten Fall“ zu meistern! Wer dagegen nur in festen Schemata gelernt hat und Rechtsprechungsfälle auswendig herunterspult, dem fehlen die Flexibilität und damit das Gefühl für Nuancierungen. In der Regel erkennt er die im Sachverhalt angelegten Probleme nicht.

Ergebnis: Ein Anspruch des V gegen K gem. § 816 I S. 1 BGB besteht nicht.

VII. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

1. Ein Anspruch auf **Herausgabe der 50,- €** gem. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB scheidet an der vorrangigen Leistungsbeziehung zwischen N und K (sog. Subsidiarität der Nichtleistungskondition).

¹¹ Zu den „Durchbrechungen“ des Abstraktionsprinzips vgl. Hemmer/Wüst, Sachenrecht I, Rn. 32 ff.

¹² Grüneberg, Überbl. vor § 104 Rn. 23a; BGH, DB 1966, 818 = jurisbyhemmer; OLG Hamm, VersR 1975, 814 = jurisbyhemmer.

Die allgemeine Eingriffskondition kommt dann nicht in Betracht, wenn der Gegenstand, hier die 50,- €, durch eine (vorrangige) Leistung erlangt wurde. Den 50,- € Schein hat aber N an K geleistet.

2. Allerdings kommt ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB wegen des Diebstahls der 100-€-Note in Betracht (sog. Eingriffskondition, Besitzkondition).
 - a) Durch den Diebstahl hat der K den Besitz an der 100-€-Note erlangt. Dies in sonstiger Weise auf Kosten des V und auch ohne Rechtsgrund. Damit bestand ein Herausgabeananspruch des V gegen den K aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.
 - b) Allerdings hat der K die 100-€-Note nicht mehr in seinem Besitz, da er sie an den N weitergegeben hat. Gem. § 818 II BGB ist bei Unmöglichkeit der Herausgabe Wertersatz zu leisten.

Allerdings steht der BGH¹³ auf dem Standpunkt, dass jemand, der rechtsgrundlos den Besitz an einer Sache erlangt hat und diese nicht mehr herausgeben kann, überhaupt keinen Wertersatz schuldet – nicht als Ersatz des Substanzwertes, weil dieser nicht den Besitz, sondern das Eigentum repräsentiere; nicht als Gebrauchswert, weil dieser nach § 818 I BGB nur in Gestalt tatsächlich gezogener Nutzungen abgeschöpft werde, was hier ausscheidet.

In der Literatur¹⁴ wird z.T. vertreten, der Wert des nichtberechtigten Besitzes sei gleich Null, da der Empfänger diesen sogleich an den Eigentümer zu übertragen verpflichtet gewesen sei.

3. **Ergebnis:** Ein Anspruch gem. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB scheidet damit aus.

Frage 1b): Ansprüche V gegen N

I. Anspruch aus § 687 II i.V.m. § 678 bzw. i.V.m. §§ 681, 667 BGB

Der 17-jährige N ist gem. §§ 2, 106 BGB beschränkt geschäftsfähig. Ein Anspruch gegen ihn aus angemaßter Eigengeschäftsführung, § 687 II BGB scheidet wegen § 682 BGB aus (s.o.).

II. Anspruch aus §§ 985, 285 BGB

Auch ein Anspruch aus § 985 BGB scheidet, da N keinen Besitz mehr an den 100 US-\$ hat. Ein Anspruch aus § 985 BGB i.V.m. § 285 BGB wird von der ganz h.M. generell abgelehnt (s.o.).

III. Anspruch aus §§ 989, 990 I S. 1 BGB

V könnte gegen N einen Anspruch auf Ersatz des Schadens in Höhe von 100,- € haben.

1. Die Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB setzt zunächst das Vorliegen einer **Vindikationslage i.S.d. §§ 985, 986 BGB im Zeitpunkt der Verletzungshandlung** voraus.

Die Verletzungshandlung liegt hier in der Weitergabe des 100-€-Scheines an die Bank.

V blieb hier bis zum maßgeblichen Zeitpunkt Eigentümer des Geldes. Zwar ist ein gutgläubiger Erwerb der 100-€-Note wegen § 935 II BGB grds. möglich. Es fehlt jedoch wegen der ex-tunc-Wirkung der Anfechtung, § 142 I BGB (s.o.), an einer wirksamen Verfügung über den Geldschein. V war im Zeitpunkt der Verletzungshandlung weiterhin Eigentümer der 100-€-Note.

Dem N steht auch kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB zu. Etwa bestehende Besitzrechte des N gegenüber dem K bleiben wegen der **Relativität der Schuldverhältnisse** von vornherein außer Betracht. Die Vindikationslage ist gegeben.

2. § 989 BGB ist über **§ 990 I S. 1 BGB** anwendbar, wenn N im vorliegenden Fall **bei dem Erwerb des Besitzes bösgläubig** war. Maßgeblich ist der gute Glaube hinsichtlich der Besitzberechtigung.

N ist als 17-Jähriger beschränkt geschäftsfähig.

Entscheidend für die Bösgläubigkeit ist seine Einsichtsfähigkeit, § 828 III BGB analog (s.o.).

¹³ BGHZ 198, 381 Rn. 12 ff. = NJW 2014, 1095 ff. = jurisbyhemmer; zustimmend Jansen/Rademacher JuS 2015, 1017 (1020); differenzierend: MüKo-BGB/Schwab, § 818, Rn. 112.

¹⁴ Sosnitzer, Besitz und Besitzschutz, 2003, 222.

BGB-AT

Fall 14 - Lösung - Seite 9

Hier wusste N zwar nichts davon, dass K den \$-Schein von seinem Vater gestohlen hatte, allerdings kannte N infolge seiner eigenen Täuschungshandlung die Anfechtbarkeit der dinglichen Einigung und des zugrunde liegenden Tauschs gem. § 123 I BGB.

Wer aber die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kennt, wird, wenn die Anfechtung auch erfolgt, gem. **§ 142 II BGB** so behandelt, als wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hat. Dies führt dazu, dass N im Zeitpunkt des Besitzererwerbs gem. § 990 I S. 1 BGB i.V.m. §§ 142 II, 828 III BGB bösgläubig war.

Auch wenn man mit Medicus/Petersen bereits von der Unwirksamkeit der Verfügung ausgeht (s.o.), ist die Anfechtung des Rechtsgeschäfts nach der Kipp'schen Lehre von der Doppelwirkung im Recht („Doppelnichtigkeit“) möglich.¹⁵ Danach kann ein Rechtsgeschäft aus mehreren Gründen nichtig oder unwirksam sein.

3. Da dem N durch die Weitergabe des 100-\$-Scheines an die Bank dessen Herausgabe unmöglich wurde, hat V gegen N einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 989, 990 I S. 1 BGB.

IV. Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB

V könnte gegen N einen Anspruch auf die Herausgabe des Veräußerungserlöses (100 €) aus § 816 I S. 1 BGB haben. § 816 I S. 1 BGB ist neben den Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, §§ 987 ff. BGB, anwendbar (s.o.).

1. N müsste als Nichtberechtigter eine Verfügung vorgenommen haben.

Durch die Rückwirkung der Anfechtung, § 142 I BGB, wurde N Nichtberechtigter i.S.d. § 816 I S. 1 BGB. Da es sich somit nicht um sein Geld handelte, ist die dingliche Einigung für ihn ein rechtlich neutrales Geschäft.

Die Willenserklärung des N gegenüber der Bank ist nach h.M. bereits ohne die Zustimmung seiner Eltern gem. § 107 BGB wirksam.

Anmerkung: Der Ersteller der Klausur - Ihr „imaginärer Gegner“ - erwartet von Ihnen Konsequenz.

Lernen Sie, von der Rechtsfolge eines Rechtsinstituts – hier der Anfechtung – an den Fall heranzugehen. Damit Sie das frühzeitig einüben, ist unser gesamtes Skriptenprogramm als „großer Fall“ gedacht. Sie trainieren auf diese Weise, wie Sie in der Prüfung vorzugehen haben.

Bleiben Sie „hart am Fall“. Prüfen Sie sich nicht frühzeitig selbst aus der Klausur heraus: Wer hier nicht sieht, dass die Anfechtung das Rechtsgeschäft rückwirkend zum rechtlich neutralen Geschäft macht, fällt bei § 816 I S. 1 BGB aus der Prüfung.

2. Die **Verfügung** des N müsste dem **V gegenüber wirksam** sein: Die Bank hat wegen der Gutgläubigkeit ihrer Angestellten A das Eigentum an dem 100-\$-Schein vom Nichtberechtigten N gem. §§ 929 S. 1, 932 I S. 1, 935 II, 932 II BGB i.V.m. § 166 I BGB erworben.

Anmerkung: An dieser Stelle kommt es nun auf die Entscheidung des bereits auf Seite 5/6 dargestellten Meinungsstreits an. Wenn man mit der M.M. den gutgläubigen Erwerb vom als Nichtberechtigten verfügenden Minderjährigen verneint, würde ein Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB entfallen.

Stattdessen käme ein Anspruch aus §§ 951 I S. 1, 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB von V gegen die Sparkasse in Betracht, nach welchem aber nicht gefragt war. Klausurtaktisch war es hier daher günstiger, der h.M. zu folgen.

3. Grundsätzlich hat der Nichtberechtigte gem. § 816 I S. 1 BGB das Erlangte herauszugeben, hier also 100,- €.

Da dies auch dem aktuellen Wechselkurs des US-\$ entsprach, kann der Streit dahinstehen, ob das „Erlangte“ auch den Mehrerlös umfasst, oder auf den obj. Wert beschränkt ist.¹⁶

N ist jedoch durch den Verlust der Brieftasche auf dem Rückweg **entreichert, § 818 III BGB**. § 818 III BGB findet auch auf die Eingriffskonklusion des § 816 I S. 1 BGB Anwendung.¹⁷

Anmerkung: Nur wenn der Minderjährige **entreichert** ist, kommt man zum Problem der verschärften Haftung. Häufig hat der Minderjährige Luxusauswendungen getätigt (z.B. Disko-besuch) oder verliert – wie hier – das Geld.

¹⁵ Kipp in Festschrift für Martitz, 1911, S. 211 ff.; Grüneberg, Überbl. vor § 104 Rn. 35; vgl. auch Hemmer/Wüst, BGB-AT I, Rn. 428 ff.; Schmelz, JA 2006, 21 ff.

¹⁶ Vgl. Hemmer/Wüst, Bereicherungsrecht, Rn. 382 ff.

¹⁷ Grüneberg, § 818 Rn. 27.

Denken Sie in den Kategorien: Minderjährigerecht – Unwirksamkeit – Entreicherung – verschärfte Haftung.

Allerdings kommt im vorliegenden Fall eine **verschärfte Haftung gem. § 819 I BGB** in Betracht. Kennt der Empfänger i.R.d. § 816 I S. 1 BGB seine eigene Nichtberechtigung, so weiß er, dass er den Erlös nicht behalten darf. Daher greift in diesem Fall die verschärfte Haftung des §§ 819 I, 818 IV BGB ein.

Erneut ist fraglich, auf wessen Kenntnis abzustellen ist, da N beschränkt geschäftsfähig ist. Für die **Leistungskondition** ist anerkannt, dass die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters gem. **§ 166 I BGB** maßgeblich ist.

Sonst träfe den Minderjährigen häufig die gleiche Haftung, wie aus dem unwirksamen Vertrag.

Bei der **Eingriffskondition** greifen diese Überlegungen hingegen nicht; wegen der Deliktsähnlichkeit der Eingriffskondition stellt die h.M.¹⁸ auf die Kenntnis des beschränkt Geschäftsfähigen **analog § 828 III BGB** ab.

N kannte hier zum einen die Minderjährigkeit des K und zum anderen den Anfechtungsgrund. Über § 142 II BGB i.V.m. § 819 I BGB trifft ihn damit die verschärfte Haftung des § 818 IV BGB.

Zu prüfen bleibt, ob bei Geld die verschuldensunabhängige Haftung des § 276 BGB eingreift, oder ob den N ein Verschulden an dem Verlust des Geldes gem. §§ 292 I, 989 BGB treffen muss.

- a) Nach dem **BGH¹⁹ war § 279 BGB a.F., der die Beschaffungspflicht bei der Gattungsschuld regelte, von der Verweisung des § 818 IV BGB** erfasst. § 279 BGB a.F. wurde mit Wirkung zum 01.01.2002 durch § 276 I S. 1 BGB n.F. ersetzt.

Nach wie vor gilt der Grundsatz, dass Gattungsschulden Beschaffungsschulden sind.

Eine verschuldensunabhängige Haftung ergibt sich nach der Neufassung des § 276 I S. 1 a.E. BGB aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses oder der Natur der Schuld. Unter den „allgemeinen Vorschriften“

i.S.d. § 818 IV BGB sind nicht nur die § 291 und § 292 BGB mit dem Verweis auf die Vorschriften des EBV zu verstehen, sondern auch § 276 BGB.

Durch die Schuldrechtsreform sollte die Geldschuld nicht in ihrem Charakter geändert werden. Zur Begründung führte der BGH an: Die Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften hat den Zweck dem verschärft haftenden Bereicherungsschuldner, die ihm nach Bereicherungsrecht zugutekommenden Vergünstigungen zu nehmen, und ihn den Schuldern aus anderen Rechtsgründen gleichzustellen.

- b) Die **Gegenansicht in der Literatur²⁰** kritisiert die Schlechterstellung des Geldschuldners gegenüber sonstigen Bereicherungsschuldnern. Denn bei gegenständlichem Erwerb bleibt bei unverschuldetem Untergang § 818 III BGB erhalten.

Oder anders ausgedrückt: Nur wenn der Bereicherungsschuldner schuldhaft den Verlust verursacht hat, haftet er nach §§ 292 I, 989 BGB auf Schadensersatz.

Zudem sei der Satz „*Geld hat man zu haben*“ nur auf eine sog. echte Geldschuld (= Geldwertschuld, z.B. § 433 II BGB) anwendbar, nicht dagegen auf eine sog. unechte Geldschuld (= Geldherausgabeschuld), die sich auf individualisierte Geldscheine bezieht. Dabei handele es sich um eine Stückschuld. Der Fall sei vielmehr nur über §§ 292, 989 BGB zu lösen.

- c) Beide Ansichten setzen die Schwerpunkte unterschiedlich und sind aus sich heraus schlüssig.

Letztlich braucht der Streit aber nicht entschieden zu werden, da der N den Verlust des Geldes zumindest fahrlässig herbeigeführt und damit i.S.d. § 989 BGB (i.V.m. § 828 III BGB) verschuldet hat.

Anmerkung: Ausführlich hierzu **TYROLLER, Die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners - Teil 3, Life&LAW 05/2007, 346 ff.**

Ergebnis: Insgesamt kann sich N somit nicht auf eine Entreicherung berufen. Er hat daher 100,- € an V zu zahlen.

¹⁸ Grüneberg, § 819 Rn. 4; BGHZ 55, 128 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁹ BGHZ, 83, 293 ff. = NJW 1982, 1585 = jurisbyhemmer.

²⁰ Medicus, JuS 1983, 897 ff.; Larenz/Canaris, SchuldR II/2; Häsemeyer, JuS 1984, 176 ff.

BGB-AT

Fall 14 - Lösung - Seite 11

V. Anspruch aus §§ 992, 823 I, II BGB i.V.m. § 263 I StGB

Es könnte ein Anspruch des V gegen N aus §§ 992, 823 I bzw. § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB bzw. aus § 826 BGB bestehen.

Eine Haftung nach Deliktsrecht ist gem. § 992 BGB eröffnet, wenn N durch eine Straftat in Besitz der Sache gekommen ist.

Möglicherweise kommt ein Betrug gem. § 263 StGB des N zu Lasten des V in Betracht.

Problematisch i.R.d. § 263 I StGB ist das Tatbestandsmerkmal der **Vermögensverfügung**. § 263 StGB erfordert die hier gegebene Identität zwischen Getäuschem und Verfügendem, nicht zwischen Getäuschem und Geschädigtem.

Im Fall des **sog. Dreiecksbetrugs** liegt eine Verfügung i.S.d. § 263 StGB aber nur dann vor, wenn ein spezielles Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Geschädigten besteht.

Da hier eine rechtliche Befugnis des K fehlt, greift die **sog. Befugnistheorie** nicht ein.

Aber auch nach der **sog. Lagertheorie** wird man eine zurechenbare Vermögensverfügung verneinen müssen. Durch die eigenmächtige Wegnahme des 100- $\text{\$}$ -Scheins steht K nicht mehr im Lager des V.

Ein vollendeter Betrug zu Lasten des V scheidet aus. Einen Betrug hat N lediglich gegenüber dem K verwirklicht. Damit entfällt ein Anspruch des V gegen N aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB.

Anmerkung: In der Klausur können Sie sich hier kürzer fassen. Letztlich handelt es sich um eine zivilrechtliche Klausur. Zeigen Sie: Der Klassiker „Dreiecksbetrug“ ist Ihnen bekannt.

VI. Anspruch aus § 826 BGB

Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.d. **§ 826 BGB** ist aber zu bejahen.

Insbesondere ist es unschädlich, dass der N den eigentlich Geschädigten V gar nicht kannte.

**Ergebnis Frage 1:
Haftung als Gesamtschuldner**

Fraglich ist, wie K und N gegenüber dem V haften. Es kommt eine gesamtschuldnerische Haftung, §§ 421 ff. BGB, in Betracht.

Anmerkung: Runden Sie Ihre Klausur mit Ausführungen zur Gesamtschuld ab! Denken Sie an das allgemeine Prüfungsschema: Wer verlangt von wem was woraus.

Denken Sie auch daran: Wer lernt **von wem** was woraus? Wie genau wird der juristische Denkprozess beschrieben? Die **hemmer-Methode** hilft Ihnen, sich in den Horizont des Erstellers einzuleben.

Die **Mindestvoraussetzungen der Gesamtschuld** liegen vor: Sowohl N als auch K haften aus §§ 989, 990 BGB. Sie schulden also eine auf dasselbe Leistungsinteresse zielende Verbindlichkeit, die sogar auf demselben Entstehungsgrund beruht.

Die darüber hinaus erforderliche **innere Verbundenheit**, die mit der h.M. bei Gleichstufigkeit der Verpflichtungen gegeben ist²¹, wird vom Gesetz in den Fällen des § 840 I BGB fingiert. Die deliktsähnliche Haftung aus §§ 989, 990 BGB ist insofern nicht anders zu behandeln. Nach dem Rechtsgedanken des § 840 BGB liegt auch bei einer Haftung aus §§ 989, 990 BGB ein Gesamtschuldverhältnis vor.

Anmerkung: Die Rechtsfolgen der Gesamtschuld, insbesondere § 426 I S. 1 BGB und die *cessio legis* des § 426 II BGB sind hier auch sachgerecht, da sich im Innenverhältnis die letztendlich zu tragenden Anteile nach dem Maß der Verursachung analog § 254 BGB ergibt.

²¹ Vgl. zur Gesamtschuld **Tyroller**, Der Dritte in der Klausur (Teil 5), **Life&LAW 04/2016, 280 ff.**

Frage 2: Herausgabeanspruch des N gegen K

I. Anspruch aus § 985 BGB

Dem N könnte ein Anspruch gegen K auf die Herausgabe des sich noch im Besitz des Klaus befindlichen 50-€-Scheins aus § 985 BGB zustehen.

1. Dazu müsste N noch Eigentümer des 50-€-Scheins sein. Ursprünglich war N Eigentümer des Geldscheins. Ihm wurde der Schein von seinen Eltern in einem lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäft gem. §§ 929 S. 1, 107 BGB übereignet. Er könnte das Eigentum aber durch die Übereignung an K verloren haben.

Bereits die dingliche Einigung, § 929 S.1 BGB, zwischen N und K könnte jedoch unwirksam sein. Da es sich auch bei diesem Rechtsgeschäft um ein rechtlich nachteiliges Geschäft i.S.d. § 107 BGB handelt, bedarf es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, §§ 107, 108 I BGB.

Eine explizite Einwilligung der gesetzlichen Vertreter fehlt hier. Es kommt aber **§ 110 BGB**, der sog. „Taschengeldparagraph“, in Betracht, da die Eltern dem N die 50,- € zur freien Verfügung überlassen haben.

Der Tatbestand des § 110 BGB ist hier zwar nach dem Wortlaut erfüllt, jedoch ist § 110 BGB nach seinem Sinn und Zweck nicht anwendbar: Beim sog. Taschengeldparagraphen handelt es sich um einen **beschränkten Generalkonsens**.²² Die Einwilligung der Eltern ist nicht grenzenlos. Von dem Generalkonsens sind keinesfalls strafbaren Handlungen des beschränkt Geschäftsfähigen umfasst. Hier geschah die dingliche Einigung im Zusammenhang mit einem Betrug(-versuch). § 110 BGB ist hier nicht anwendbar.

Die dingliche Einigung war somit schwebend unwirksam, § 108 I BGB. Mit der Verweigerung der **Genehmigung** durch die Eltern gem. §§ 184, 182, 108 BGB wurde die dingliche Einigung endgültig unwirksam §§ 107, 108 BGB.

N ist somit Eigentümer des 50-€-Scheins geblieben.

2. K ist **Besitzer** des 50-€-Scheins.

3. Ihm steht kein Recht zum Besitz aus dem der (gescheiterten) Übereignung zugrunde liegenden Tauschvertrag (§ 480 BGB) bzw. Kauf der ausländischen Währung (§ 433 BGB) zu.

Die diesbezügliche Willenserklärung des N ist – wie die des K – gem. §§ 107, 108 BGB unwirksam.

Die Eltern des N haben die Genehmigung dieses Geschäfts verweigert.

Zudem hat K diesen Vertrag vertreten durch seinen Vater V wirksam angefochten.

Merken Sie: In diesem Problemfeld gibt es immer drei Verträge: Einen schuldrechtlichen Vertrag, der in der Regel wegen §§ 107 ff. BGB unwirksam ist, und zwei dingliche Verträge.

Ergebnis: Da das Geld als solches noch vorhanden ist, kann N von K die Herausgabe des 50-€-Scheins gem. § 985 BGB verlangen. Insofern kommt es nicht auf die vereinzelt vertretene Geldwertvindikation an.

II. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB

1. N könnte gegen K auch einen Herausgabeanspruch aus Leistungskondiktion, § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB haben.

Hier hat K den Besitz an den 50,- € durch Leistung erlangt. Die causa, der Tauschvertrag, war von vornherein gem. § 108 I BGB schwebend und mit Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam.

Zudem wurde der Vertrag im Zuge der Anfechtung des dinglichen Vertrages auf Übereignung der 100-€-Note wirksam angefochten.

Nach der „**Kipp'schen Lehre von der Doppelwirkung im Recht (kurz: Doppelnichtigkeit)**“²³ ist eine Anfechtung *nicht* durch eine bereits bestehende Unwirksamkeit ausgeschlossen.

K hat den Besitz an den 50,- € also ohne rechtlichen Grund erlangt.

2. Der Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB könnte jedoch durch **§ 814 BGB ausgeschlossen** sein.

²² Grüneberg, § 110 Rn. 2; MüKo-BGB, § 110 Rn. 16 f.; vgl. hierzu auch Hemmer/Wüst, BGB-AT I, Rn. 129 ff.

²³ Kipp in Festschrift für Martitz, 1911, S. 211 ff.; Hemmer/Wüst, BGB-AT III, Rn. 309 ff.

BGB-AT

Fall 14 - Lösung - Seite 13

§ 814 BGB setzt positive Kenntnis der Nichtschuld im Zeitpunkt der Leistung voraus und ist bereits nach seinem Wortlaut („... zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit ...“) ausschließlich auf die Leistungskondition des § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB anwendbar.²⁴

N hat hier gewusst, dass der K minderjährig war. Möglicherweise hatte er schon damit positive Kenntnis von der Unwirksamkeit des Tauschvertrages.

Darüber hinaus hat N hier K arglistig getäuscht. Wegen § 142 II BGB wird der arglistig Täuschende im Rahmen von § 814 BGB so behandelt, als habe er seine Nichtschuld gekannt.²⁵

Jedoch ist fraglich, ob überhaupt die Kenntnis des N entscheidend ist.

Immer wenn ein Minderjähriger tätig ist, stellt sich die maßgebliche Frage: Ist bezüglich der Kenntnis auf ihn oder die Eltern abzustellen?

Bei der Leistungskondition ist aus Gründen des Minderjährigenschutzes anerkannt, dass im Rahmen des § 819 I BGB grundsätzlich nicht die Kenntnis des Minderjährigen entscheidend ist, sondern Kenntnis der Eltern, § 166 I BGB. Die Eltern von N wussten aber von dessen Täuschung nichts.

Fraglich ist aber, ob dasselbe bei § 814 BGB gilt. Würde man analog § 828 III BGB auf die Kenntnis des Minderjährigen abstellen, so wäre hier eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht ausgeschlossen.

Der Minderjährige wird dann so behandelt, als wäre der Vertrag wirksam. Dagegen sprechen aber essentielle Gründe des Minderjährigenschutzes.

Diese Frage kann jedoch dahinstehen, da nach ganz h.M. die §§ 814, 142 II BGB der Kondition nicht entgegenstehen, **wenn nur der Empfänger der Leistung zur Anfechtung berechtigt ist**. Denn der Täuschende selbst ist bis zur Anfechtung zur Leistung verpflichtet. Demnach fehlt es an der Kenntnis der Nichtschuld. Eine Rückforderung stellt daher kein von § 814 Alt. 1 BGB gefordertes widersprüchliches Verhalten dar.²⁶

Der Anspruch ist damit nicht durch § 814 BGB ausgeschlossen.

Ein Anspruch auf Herausgabe des 50-€-Scheins gem. § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB ist gegeben.

Anmerkung: *Kein Korrektor erwartet von Ihnen im Examen eine so ausführliche Klausurlösung. Gleichwohl ist es für Sie wichtig, Klausuren mit einer gewissen Tiefe gesehen und durchgearbeitet zu haben. Die typischen Problemfelder im Examen wiederholen sich! Wir fördern Sie, indem wir Sie fordern. Nur so haben Sie das sichere Gefühl, sich richtig für das Examen vorbereitet zu haben.*

Exkurs: *Nach dem Bearbeitungsvermerk war auf etwaige Gegenansprüche des K gegen N nicht einzugehen.*

*In Betracht käme hier allenfalls ein Gegenanspruch aus **§ 812 I S. 1 Alt. 1 BGB** auf Herausgabe der 100-€-Note gegen N.*

*1. N hat den **Besitz** an dem 100-€-Schein erlangt. Das **Eigentum** hingegen ging wegen der erfolgten Anfechtung nicht auf ihn über (s.o.).*

*Den Besitz hat N auch **durch Leistung** des K erlangt.*

*2. N erlangt den Besitz am Geldschein auch **ohne rechtlichen Grund**.*

Der zugrunde liegende Tauschvertrag ist unwirksam, zudem erfolgte eine wirksame Anfechtung.

3. Grundsätzlich ist der Anspruch auf Herausgabe des Besitzes am 100-€-Scheins gerichtet.

Die Herausgabe ist jedoch wegen der Weiterveräußerung an die Bank gem. § 818 I BGB nicht möglich. N hat insofern gem. § 818 II BGB Wertersatz zu leisten.

Dies wäre bei der Kondition des Besitzes lediglich die zeitweilige Nutzungsmöglichkeit der 100 €, aber nicht der Gegenwert in €. Da N aber keine konkreten Nutzungen gezogen hat, schuldet N insoweit auch keinen Wertersatz.

Ergebnis: *Damit stünde dem K gegen N kein aufrechenbarer Gegenanspruch zu.*

²⁴ Grüneberg, § 814 Rn. 2; Hemmer/Wüst, Bereicherungsrecht, Rn. 430

²⁵ Grüneberg, § 814 Rn. 4

²⁶ Vgl. **BGH, Life&LAW 06/2008, 359 ff.** = NJW 2008, 1878 ff. = jurisbyhemmer.

Anmerkung: Dieses Ergebnis ist auch wertungsmäßig überzeugend. Es kann nicht sein, dass N an V Wertersatz in Höhe von 100,- € zahlen muss und auch an K Wertersatz für die 100,- \$ zahlen muss.

In der „Musterlösung“ dieses Examensfalles wurden etwaige Gegenansprüche des K gegen N gar nicht angesprochen. Wenn in einer Klausur Gegenansprüche zu prüfen sind, wird dies – außer bei Anwendbarkeit der Saldotheorie – im Sachverhalt auch deutlich angelegt sein.

Im vorliegenden Fall hat K aber zum einen die Aufrechnung nicht erklärt. Zum anderen wäre eine automatische Saldierung nach den Grundsätzen der Saldotheorie zu Lasten Minderjähriger nicht zulässig.

Lösen Sie folgenden abschließenden Vertiefungsfall zum Minderjährigenrecht:

Arm ist Alleininhaber aller Gesellschaftsanteile der A-GmbH. Diese ist ihrerseits wiederum alleinige Komplementärin der X-KG. Die Geschäftsführung obliegt dem A. Der P ist als Prokurist der GmbH angestellt.

Arm ist weiter Mitgesellschafter bei der Y-OHG, wo er zusammen mit dem Gesellschafter B Gesamtvertretungsmacht hat.

Im Jahre 2004 trat der V, Bruder des P, an P heran, da er dringend ein der A-GmbH gehörendes Grundstück (Wert 80.000,- €) zu Bauzwecken benötigte und dieses erwerben wollte. P war mit der Veräußerung einverstanden, vor dem Notar erfolgten Abschluss des Kaufvertrages und Auflassung durch V und P, wobei P als Vertreter der A-GmbH auftrat. V wurde im Grundbuch als neuer Eigentümer eingetragen.

Da sich die Baupläne des V zerschlugen, beschloss dieser im Jahr 2005, das erworbene Grundstück seinem 16-jährigen Sohn S im Wege vorweggenommener Erbfolge zu übertragen. Bei den dazu erforderlichen Rechtsgeschäften, die formgemäß abgeschlossen wurden, handelte V mit Ermächtigung seiner Ehefrau als Vertreter des S. Im Herbst 2005 wurde S als Eigentümer des Grundstückes im Grundbuch eingetragen.

Als S Anfang 2006 von seinem „Reichtum“ erfuhr, beschloss er, das Grundstück „zu Geld zu machen“. Zufällig kam es im Mai 2006 mit A zu Verkaufsverhandlungen, der ein entsprechendes Grundstück für die KG suchte, um damit das Anlagevermögen der KG aufzubessern. A hielt den S für volljährig und es erfolgten formgemäß Kauf sowie die Auflassung. Im Juni 2006 wurde die KG im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen.

Im April 2007 schließlich wurde das Grundstück durch A an die OHG veräußert, wobei A einverständlich auf Weisung des B handelte. Bei den abgeschlossenen Verträgen trat A als Vertreter beider Gesellschaften auf. Zur Alleinvertretung wurde er von B ermächtigt. B hatte dabei Kenntnis von den Vorgängen um das Grundstück, insbesondere wusste er von der Minderjährigkeit des S bei dem Verkauf an die KG.

Als sich Zweifel am Eigentum der OHG ergaben, wendet sie sich an den Rechtsanwalt R und bittet ihn zu prüfen, wie die Eigentumslage am Grundstück sei.

Fall 2 Teil I

Arnold ist Alleinerbe der verstorbenen Fabrikantin Fatzke. Er bricht deshalb sein Studium ab, zieht mit seiner Freundin Sybille, die er kurz darauf heiratet, in das ebenfalls ererbte Haus und widmet sich dem Unternehmertum. Den der Familie schon lange treu dienenden Butler Balduin beschäftigt er weiter.

Butler Balduin verliebt sich bald in die liebevolle Sybille, sieht aber keine Chance, von ihr erhört zu werden, solange ihm Arnold im Wege steht. Daher beschließt er, Arnold zu töten. Hierzu besorgt er sich Gift, welches er eines Abends in den Rest des gemahlten Kaffees mischt, der sich noch in der Kaffeedose befindet. Arnold trinkt nämlich zum Frühstück abschließend Kaffee, während Sybille stets Tee zu trinken pflegt. Da ihm Arnold für den nächsten Vormittag frei gegeben hat, begibt er sich gut gelaunt zur Nachtruhe. Am nächsten Morgen hört Balduin beim Betreten der Küche, wie Arnold und Sybille über starke Übelkeit und Kreislaufbeschwerden klagen. Balduin nimmt an, dass beide vom vergifteten Kaffee getrunken haben und stürzt daraufhin zum Telefon, um den Arzt zu benachrichtigen, da er auf keinen Fall will, dass Sybille stirbt. Dabei hat er die Vorstellung, dass der Arzt auch versuchen wird, dem Arnold zu helfen. Gerade als Balduin feststellt, dass das Telefon nicht funktioniert, kommt Sybille zu ihm und erklärt, dass die Übelkeit von einer Feier herrührt, von der sie nachts heimgekommen waren und wo sie wohl schlechten Kaviar gegessen hätten. Erst in diesem Augenblick stellt Balduin auch fest, dass der Kaffee gar nicht angerührt worden ist. Entnervt und in der Vorstellung, dass Arnold heute keinen Kaffee mehr zu sich nimmt, vernichtet er den vergifteten Kaffee und sieht von der weiteren Verfolgung seines Planes ab. Die Gefühle, die Balduin heimlich für Sybille hegt, lodern jedoch weiter. Als er schließlich zu dem Schluss kommt, dass er Sybille gleichgültig ist und diese bedingungslos den Arnold liebt, ist ihm alles egal. Er will dem verhassten Rivalen für dessen Anziehungskraft auf das weibliche Geschlecht und insbesondere auf Sybille nur noch einen kräftigen Denkkettel verpassen. Als die Sybille eines Abends außer Haus ist, begibt sich Balduin mit einem Messer bewaffnet in das Arbeitszimmer zu Arnold und stürzt sich mit den Worten „Du Schleimer sollst immer daran denken, welches Leid ich wegen Dir auszustehen habe!“ auf den verdutzten Arnold, wobei er sogar billigend in Kauf nimmt, dass Arnold dabei zu Tode kommt. In seiner Wut ist er dabei jedoch so ungeschickt, dass sein erster Stich ins Leere geht. Bei seinem zweiten Stich-Versuch kann der Arnold durch eine schnelle Bewegung ausweichen, wodurch der heftige Messerhieb des Balduin auf der Schreibtischplatte des Arnold endet. Durch die Wucht des Hiebes bricht die Messerklinge ab. Sich seines ursprünglichen Tatplanes beraubt sehend, ergreift Balduin einen auf dem Schreibtisch befindlichen großen und scharfkantigen Brieföffner aus Messing und geht damit auf Arnold los. Diesmal hat Arnold weniger Glück. Er sinkt – von seinem eigenen Brieföffner getroffen – mit einer stark blutenden, aber keinesfalls lebensgefährlichen Stichwunde zu Boden. Balduin erkennt, dass Arnold nicht gefährlich verletzt ist. Der Anblick des vor ihm knienden Arnold befriedigt ihn jedoch hinreichend. Daher dreht er sich mit den Worten „Das wird Dir wohl Denkkettel genug sein“ um und verlässt das Zimmer. Arnold gelingt es, die Blutung zu stoppen und einen Arzt herbeizurufen. Er erholt sich von der Stichverletzung innerhalb kurzer Zeit.

Wie hat Balduin sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Fall 2 Teil II

Nach dem gemeinsamen Besuch der Diskothek „Dance Club“ versammelten sich X, Y und Z zusammen mit acht weiteren Freunden gegen 2.30 Uhr in der Nähe der Diskothek und beschlossen, den Ausländer J zu suchen und zu ergreifen, weil dieser zuvor einen gemeinsamen Freund angegriffen und dabei verletzt hatte. Dabei befanden sich X, Y und Z in erregter Stimmung gegenüber dem Ausländer J und gegenüber Ausländern im Allgemeinen. Allen war bewusst, dass es zur Anwendung von Gewalt und zu Verletzungshandlungen kommen würde, wenn man die Person fände. Gegen 4.40 Uhr stieß die gesamte Gruppe, nachdem sie den J nicht hatte finden können, mit ihren drei Fahrzeugen, auf die drei Ausländer L, C und F, die nach dem Besuch des „Dance Clubs“ auf dem Heimweg waren und bremste auf deren Höhe angekommen die Fahrzeuge scharf ab. X, Y, Z und die weiteren Mitglieder der Gruppe stürmten mit Bomberjacken und Springerstiefeln bekleidet und laut ausländerfeindliche Parolen skandierend auf L, C und F zu. Diese ergriffen daraufhin angstvoll die Flucht zurück in Richtung Diskothek. Mittels der Pkws, in die X, Y, Z und die anderen Mitglieder der Gruppe wieder eingestiegen waren, setzten sie die Verfolgung fort. Nach ca. 50 bis 100 Metern überholten sie die Flüchtenden und bremsten die Wagen direkt vor Ihnen ab, um ihnen den Weg zur Diskothek zu verstellen. L, C und F sahen, dass wiederum X, Y und Z, sowie weitere Mitglieder der Gruppe aus den Wagen sprangen und auf sie zuliefen. Sie ergriffen daraufhin neuerlich die Flucht. Ihre Verfolger mussten indes die Verfolgung nach einigen Metern abbrechen, weil sie die drei aus den Augen verloren hatten und ihnen deren Vorsprung mittlerweile zu groß erschien. Währenddessen wähten L, C und F allerdings in Angst und Panik versetzt die Verfolger immer noch hinter sich. Sie liefen zu einem etwa 200 Meter vom letzten Haltepunkt der PKW entfernten Mehrfamilienhaus. Da F die Haustüre nicht öffnen konnte, trat er in Todesangst die untere Glasscheibe der Türe ein. Dabei oder beim anschließenden Durchsteigen verletzte er sich an den im Türrahmen verbliebenen Glasresten; er zog sich eine 8,5 cm tiefe Wunde am rechten Bein, sowie eine Verletzung der Schlagader zu, an der er binnen kurzer Zeit verblutete.

Wie haben sich X, Y und Z nach dem 17. Abschnitt des StGB strafbar gemacht? Auf eine mögliche Strafbarkeit gemäß §§ 229, 231 StGB ist nicht einzugehen.

Lösung Fall 2

ÜBERSICHT FALL 2

Teil I:

Strafbarkeit des B(alduin)

TK 1: Das Vergiften des Kaffees

I. §§ 212 I, 211, 22, 23 I

1. Nichtvollendung, Versuchsstrafbarkeit (+)
2. Tatentschluss
 - a) Vorsatz bzgl. Tötung des A (+)
 - b) Vorsatz bzgl. obj. Mordmerkmale:
 - aa) Heimtücke: auch nach h. Lit. (+), da wegen Vertrauensstellung als Butler verwerflicher Vertrauensbruch
 - bb) Grausam (-)
 - c) Subj. Mordmerkmale
aus sonstigen niedrigen Beweggründen (+)
3. Unmittelbares Ansetzen

(P): Erforderliche Mitwirkung des Opfers A

- e.A.: Mitwirkungshandlung = wesentlicher Zwischenschritt ⇒ Ansetzen (-)
- h.M.: (+), Täter hat Geschehensablauf aus der Hand gegeben

4. RW, Schuld (+)

5. Kein Rücktritt, § 24 I

a) Durch (versuchtes) **Herbeirufen des Arztes?**

aa) Versuch **fehlgeschlagen?**

Zu diesem Zeitpunkt
Erfolgseintritt subj. noch möglich ⇒ (-)

bb) **Rücktritt nur nach § 24 I S. 2:**

Versuch obj. untauglich

(1) Ernsthaftes Bemühen: Telefonieren (+)

(2) **(P): Freiwillig** = aus autonomen Motiven?

Handeln aus Sorge um Wohl der S als innerer Zwang ⇒ bzgl. Tötung des A fremdbestimmte Motive ⇒ (-)

b) Durch **Vernichten des Kaffeepulvers?**

(-), Versuch jetzt fehlgeschlagen (a.A. vertretbar)

⇒ §§ 212 I, 211, 22, 23 I (+)

II. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 und 5, II, 22, 23 I

1. Nichtvollendung (+);
Versuchsstrafbar.: § 224 II
2. Tatentschluss
 - a) bzgl. KV (+), Einheitstheorie!
 - b) bzgl. § 224 I Nr. 1 (+),
 - c) bzgl. § 224 I Nr. 5 (+)
3. Unmittelbares Ansetzen (+), wie oben
4. RW, Schuld (+)
5. **Kein Rücktritt, § 24 I**
 - a) Telefonieren: (-), da B glaubte, dass Körperverletzung bereits vollendet (a.A.: tätige Reue analog, aber Freiwilligkeit [-])
 - b) Wegschütten (-), Versuch fehlgeschlagen, s.o.
⇒ §§ 224 I Nr. 1, Nr. 5, II, 22, 23 I (+)

III. § 303 I, Sachbeschädigung am Kaffee (+)

IV. Konkurrenzen

Versuchter Mord verdrängt versuchte gefährliche Körperverletzung

TK 2: Der "Denkzettel"

I. §§ 212 I, 211, 22, 23 I

1. Nichtvollendung + Versuchsstrafbarkeit (+)
2. Tatentschluss
 - a) bzgl. Tötung (+), dolus eventualis
 - b) bzgl. Heimtücke (-)
 - c) Niedrige Beweggründe (+): Rache
3. Unmittelbares Ansetzen (+), Einstechen auf A
4. RW, Schuld (+)
5. **Kein Rücktritt, § 24 I**
 - a) **(P): Fehlgeschlagener Versuch?**
 - aa) Einzelaktstheorie: (+)
 - bb) Gesamtbetrachtungslehre:
Im ZP des letzten Teilakts Vollendung subj. noch möglich ⇒ (-)
 - b) **(P): Beendeter oder unbeendeter Versuch?**
BGH: (korrigierter) Rücktrittshorizont, d.h. Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung maßgeblich; B erkannte, dass noch nicht alles Erforderliche getan (auch hier unter Berücksichtigung des unmittelbaren zeitlich/räumlichen Zusammenhangs)
⇒ Versuch unbeendet; ⇒ § 24 I S. 1

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 2

- c) **(P): Außertatbestandl. Ziel ("Denkzettel") schon erreicht**
noch Rücktritt mögl.?
e.A. (-), keine honorierbare Verzichtleistung
a.A. (+), Täter muss "Tat" aufgeben, d.h. die Tötung, nicht den Denkzettel (letzteres kein TBM!)

- d) **Freiwilligkeit (+)**,
Keine ethisch hochstehenden Motive nötig
⇒ **§ 24 I (+) ⇒ Strafbarkeit (-)**

- II. **§§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 (+)**, diesbzgl. kein Rücktritt, da vollendet

III. Aussetzung, § 221 I

Obj. TB

- a) "hilflose Lage" i.S.v. Nr. 1/Nr. 2 fraglich
b) Jedenfalls aber konkrete Gefahr des Todes bzw. einer schw. Gesundheitsschädigung (-)
⇒ **§ 221 I (-)**

IV. Unterlassene Hilfeleistung, § 323c I

- Wegen geringer Verletzungen schon Erforderlichkeit (-)
⇒ **§ 323c I (-)**

V. Beleidigung, § 185 (+); Antragserfordernis gem. § 194 I

Teil II:

Strafbarkeit von X, Y und Z

I. **§§ 223, 224 I Nr. 4, 25 II**

1. Tatbestand
(1.) Schnittverletzungen des F: jedenfalls sicher kein Vorsatz
(2.) Angst- und Panikgefühle bei L, C und F?
⇒ pathologischer Zustand erforderlich; hierfür im Sachverhalt nichts dafür ersichtlich
2. Erg.: Vollendete gefährliche Körperverletzung (-)

II. **§§ 223, 224 I Nr. 4, II, 22, 23 I, 25 II**

1. Tatentschluss
Bei X, Y, Z hinsichtlich der Anwendung körperlicher Gewalt (+)
⇒ Tatentschluss hinsichtl. körperl. Misshandlung und Gesundheitsschädigung (+)
⇒ auch hinsichtl. § 224 I Nr. 4 (+)

2. Unmittelbares Ansetzen
Jedenfalls beim zweiten Abbremsen mit den Pkws und der anschließenden Verfolgung (+)
3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)
4. Kein Rücktritt, § 24 II: aus Sicht von X, Y und Z ein fehlgeschlagener Versuch
5. Ergebnis: §§ 223, 224 I Nr. 4, 22, 23 I, 25 II (+)

III. **§§ 227, 22, 23 I, 25 II**

1. Verwirklichung des Grunddelikts (+), s.o.
Mittäterschaft (+), da Mittäterschaft bezüglich Grunddelikt
2. Eintritt des Todeserfolges: Tod des F (+)
3. (P) Unmittelbarkeitszusammenhang?
Spezifische Gefahr der Körperverletzung muss sich gerade verwirklicht haben; sonst ist die hohe Strafandrohung nicht schuldangemessen
Bei jedem erfolgsqualifizierten Delikt ist selbstständig zu ermitteln, worin die spezifische Gefahr liegt (BGH)
Bei § 227?
e.A.: Spezifische Gefahr bei §§ 223 ff. liegt gerade im Körperverletzungserfolg (Letalitätstheorie)
Wortlautarg.: „Tod der verletzten Person“
a.A.: Spezifische Gefahr bei den §§ 223 ff. kann auch schon in der Körperverletzungshandlung liegen (BGH)
Wortlautarg.: Klammerzusatz „§§ 223 bis 226“; damit auch Versuchsbereich mit erfasst, vgl. §§ 223 II, 224 II, 225 II

Kriminalpolitisch dem BGH zu folgen (a.A. vertretbar)

- Danach Anknüpfung an Tathandlung möglich; erfolgsqualifizierter Versuch bei § 227 möglich
4. Unmittelbarkeit im konkreten Fall zu bejahen?
(P) (-), wegen eigenverantwortlichem selbstschädigendem Opferverhalten des F?
⇒ Hier Unmittelbarkeit (+), da F nicht Herr seines Entschlusses und die Todesangst und Panik von X, Y und Z zurechenbar verursacht wurde
5. Subjektive Fahrlässigkeit
X, Y und Z handelten jeweils fahrlässig
6. **Ergebnis:** §§ 227, 22, 23 I, 25 II (+)

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 3

Lösung

Teil I:

Strafbarkeit des (B)alduin

Tatkomplex 1: Das Vergiften des Kaffees

I. Versuchter Mord, §§ 212 I, 211, 22, 23 I

1. A ist nicht tot, sodass der Mord **nicht vollendet** ist.
2. Die **Strafbarkeit des Versuchs** ergibt sich aus §§ 23 I, 12 I.
3. Tatentschluss
 - a) B wollte, dass A den vergifteten Kaffee trinkt und daran stirbt. Er hatte demnach Tötungsvorsatz.

Anmerkung: Gut möglich ist es, schon an dieser Stelle auf eine mögliche Zurechnung des Opferhandelns als „Werkzeug gegen sich selbst“ gem. § 25 I Alt. 2 einzugehen. Vorliegend wurde die Problematik beim unmittelbaren Ansetzen (s.u.) thematisiert.

- b) Weiterhin könnte er Tatentschluss hinsichtlich der Verwirklichung eines Mordmerkmals i.S.d. § 211 II Gruppe 2 gehabt haben.

- aa) In Betracht kommt zunächst das Mordmerkmal der Heimtücke. Diese liegt nach Ansicht der Rspr. vor, wenn der Täter in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers zur Tötung ausnutzt.

B wollte, dass A den vergifteten Kaffee trinkt, ohne dass dieser um die Vergiftung wusste, sodass er sich keines Angriffs des B versah. Somit richtete sich der Vorsatz des B darauf, den A unter Ausnutzung von dessen Arglosigkeit und der daraus resultierenden eingeschränkten Abwehrbereitschaft und -fähigkeit zu töten.

Über diese Definition der Rechtsprechung hinaus bzw. anstelle der feindlichen Willensrichtung fordern Teile der Literatur einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch.

Aufgrund der Vertrauensstellung des B als Butler ist diese Voraussetzung ebenfalls erfüllt. Damit hat B nach beiden Auffassungen heimtückisch töten wollen.

- bb) Es könnte weiterhin den Tatentschluss gehabt haben, den A grausam zu töten.

Grausam tötet, wer seinem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.¹

Hier fehlt es an entsprechenden Sachverhaltsangaben über die Wirkung des Giftes, sodass der Tatentschluss zur grausamen Tötung abzulehnen ist.

- cc) Weiterhin könnte B "sonst aus niedrigen Beweggründen" den A töten wollen.

Sonstige Beweggründe sind niedrig i.d.S., wenn sie als Motive einer Tötung nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen.²

Bei Motiven wie Eifersucht kommt es darauf an, ob sie ihrerseits auf niedriger Gesinnung beruhen.³ Vorliegend enthält der Sachverhalt keinerlei Angaben für eine nachvollziehbare Eifersucht des Butlers B auf A. Daher besteht ein krasses Missverhältnis im Konflikt zwischen den Interessen des B und dem Rechtsgut Leben des A, so dass B aus einem sonstigen niedrigen Beweggrund handelte.

Anmerkung: Angesichts der geforderten restriktiven Handhabung der Mordmerkmale wäre es vorliegend aufgrund der fehlenden Angaben im Sachverhalt zu den genauen Motiven des B auch möglich gewesen, den Tatentschluss im Hinblick auf dieses Merkmal abzulehnen.

4. Unmittelbares Ansetzen

Bei der Frage nach dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung besteht inzwischen weitgehend Einigkeit darüber, dass sowohl die rein objektive als auch die rein subjektive Theorie überholt und daher nicht mehr anwendbar sind, weil dem der Wortlaut des § 22 entgegensteht.⁴

Nach h.M. ist vielmehr die gemischt subjektiv-objektive Theorie zugrunde zu legen. Nach dieser setzt der Täter unmittelbar zur Tat an, wenn er nach seiner Vorstellung eine Ursachenkette in Gang setzt, die bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte ungehindert in die Tatbestandsverwirklichung einmündet, sodass das Opfer bereits konkret gefährdet erscheint, und der Täter dabei subjektiv die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschreitet.

¹ Fischer, § 211, Rn. 56 ff.

² Fischer, § 211, Rn. 14 ff.

³ Fischer, § 211, Rn. 19, 23.

⁴ Vgl. Jescheck, AT, S. 518 f.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 4

Diesbezüglich ist vorliegend jedoch problematisch, dass B selbst zwar bereits alles getan hat, was nach seiner Ansicht erforderlich war, um den Erfolgseintritt zu bewirken, jedoch die ebenfalls erforderliche Mitwirkungshandlung des Opfers (A) nicht vorgenommen worden ist.

Diese Fälle weisen eine der mittelbaren Täterschaft verwandte Struktur auf, bei dem das Opfer zum Werkzeug seiner eigenen Tötung gemacht wird. Ein vollständiger Rückgriff auf die mittelbare Täterschaft ist vorliegend entbehrlich, da B eigenhändig eine Handlung vornimmt und somit unmittelbarer Täter ist.

Nach h.M. ist allerdings in diesen Grenzfällen für das unmittelbare Ansetzen auf die Kriterien zurückzugreifen, die beim unmittelbaren Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft gelten.⁵

Es wird danach entschieden, ob der Täter nach seinem Tatplan bereits alles Erforderliche getan hat, insbesondere, ob er den Geschehensablauf bereits aus den Händen gegeben hat. Vor diesem Zeitpunkt, also immer dann, wenn der Täter den Geschehensablauf noch in Händen hält, liegt lediglich eine Vorbereitungshandlung vor.

Über dieses Entlassen des Tatmittlers aus dem eigenen Herrschaftsbereich hinaus wird jedoch nach ganz h.M. gefordert, dass aus Tätersicht bereits eine unmittelbare Gefährdung des Opfers vorliegen müsse. Dies wird in der Regel zu bejahen sein, wenn der Täter seine Einwirkung auf das Werkzeug abgeschlossen und dieses aus seinem Herrschaftsbereich entlassen und auf den Weg gebracht hat. Es kann aber fehlen, wenn nach der Vorstellung des Täters sich das Opfer der Falle räumlich und zeitlich noch nicht genähert hat.⁶

Hier hat sich B schlafen gelegt und ging dabei davon aus, dass A sich, bevor B erwacht, am nächsten Morgen mit dem Kaffeepulver vergiften würde. Damit war die Gefährdung des Opfers nach der Vorstellung des B spätestens am nächsten Morgen gegeben.

Ein unmittelbares Ansetzen des B ist damit zu bejahen.⁷

5. Die Tat war **rechtswidrig** und B handelte auch **schuldhaft**.

6. Kein Rücktritt, § 24 I

Es könnte jedoch der persönliche Strafaufhebungsgrund des Rücktritts gemäß § 24 I eingreifen.

a) In Betracht kommt hier als Rücktrittshandlung zunächst das Herbeirufen des Arztes.

aa) Ein Rücktritt würde jedoch von vornherein ausscheiden, wenn der Versuch **fehlgeschlagen** wäre, d.h. wenn **nach Vorstellung des Täters** der tatbestandliche Erfolg nicht mehr eintreten kann.

Anmerkung: Ob dabei i.S.d. Gesamtbetrachtungslehre der unmittelbare räumliche oder zeitliche Zusammenhang mit den dem Täter zur Verfügung stehenden Mitteln mit zu berücksichtigen ist oder dies i.S.d. Einzelakts-theorie ausscheidet, spielt keine Rolle und muss auch nicht angesprochen werden, wenn – wie hier – aus Tätersicht mit der vorgenommenen Handlung der Erfolg noch eintreten kann.

Hier dachte B gerade, dass der Zustand von A und S auf dem Konsum des Kaffees beruhen würden, sodass aus seiner Sicht der Erfolgseintritt noch möglich erschien. Damit ist der Versuch noch nicht fehlgeschlagen.

bb) § 24 I unterscheidet zwischen beendetem und unbeendetem Versuch. Hierbei kommt es ebenfalls entscheidend auf die Vorstellung des Täters an.

Glaubt er, noch nicht alles zur Erfolgserreichung Nötige getan zu haben, ist der Versuch unbeendet; der Rücktritt richtet sich dann nach § 24 I S. 1 Alt. 1.

Glaubt der Täter dagegen, dass er bereits alles Erforderliche getan hat, so kann er nur nach § 24 I S. 1 Alt. 2 oder § 24 I S. 2 zurücktreten.

Da B vorliegend davon ausging, alles ihm Mögliche für die Erreichung der Tatbestandsverwirklichung getan zu haben, ist der Versuch beendet.

cc) Da die Nichtvollendung der Tat ohne sein Zutun zustande kam, ist § 24 I S. 2 einschlägig. Danach kommt es darauf an, ob B sich freiwillig und ernsthaft bemühte, die Vollendung der Tat zu verhindern.

⁵ BGH, NJW 1997, 3453 = **juris**byhemmer (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt ist, finden Sie die Entscheidung online unter „**juris by hemmer**“: www.hemmer.de).

⁶ Vgl. Herzberg, JuS 1985, 1 ff.; zur Problematik dieses Kriteriums vgl. Sch/Sch, § 22 Rn. 42; Wessels, AT, Rn. 603, 613 ff.; BGH 40, 257, 268 f.; 43, 177, 180 = **juris**byhemmer.

⁷ Instruktiv zur Vorbehaltlosigkeit des Tatentschlusses sowie dem unmittelbaren Ansetzen bei den sog. „Klingel-Fällen“ vgl. BGH, Beschluss vom 18.06.2013 – 2 StR

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 5

- (1) Für ein ernsthaftes Bemühen hätte B alle ihm bekannten Möglichkeiten, die nach seiner Vorstellung erforderlich zur Verhinderung der Vollendung gewesen wären, ausschöpfen müssen.⁸

Da B sofort zum Telefon stürzte und dabei die Vorstellung hatte, dass der Arzt auch A helfen würde, ist dies hier zu bejahen; dass das Telefon dann nicht funktionierte, ist unerheblich.

Zwar darf sich der Täter nicht mit offensichtlich untauglichen Bemühungen zufriedengeben,⁹ sodass man eigentlich verlangen müsste, dass B einen anderen Weg sucht, einen Arzt herbeizurufen, nachdem er festgestellt hat, dass das Telefon nicht funktioniert.

Hier war dies aber ausnahmsweise nicht erforderlich, da er im selben Moment durch Sybille darüber aufgeklärt wurde, dass die Vergiftung nicht vorliegt.

- (2) Diese Rücktrittshandlung des B müsste allerdings auch freiwillig gewesen sein. Für die Freiwilligkeit des Rücktritts kommt es dabei nicht darauf an, ob die Motive, aus denen der Täter zurücktritt, ethisch billigenswert sind oder nicht.¹⁰

Vielmehr beurteilt die h.M. die Freiwilligkeit des Rücktritts anhand einer wertenden Differenzierung zwischen autonomen und heteronomen Motiven.

Freiwillig ist demnach der Rücktritt, wenn er durch autonome Motive des Täters veranlasst worden ist. Dies ist der Fall, wenn ohne Veränderung der Sachlage der Täter sich nur aufgrund innerer, selbstbestimmter Überlegungen zum Rücktritt entschließt.

Unfreiwillig ist hingegen der Rücktritt, wenn der Täter durch heteronome Gründe zum Aufgeben bestimmt wurde. Dies ist insb. der Fall, wenn sich die Sachlage so wesentlich zu seinen Ungunsten ändert, dass ein Festhalten am bisherigen Tatplan aufgrund der damit verbundenen Risiken vernünftigerweise nicht mehr praktikabel erscheint.

Anmerkung: Machen Sie sich an dieser Stelle klar, dass es bei der Entscheidung Freiwilligkeit/Unfreiwilligkeit darauf ankommt, ob aus der Sicht des Täters noch ein Entscheidungsspielraum besteht oder nicht.

Hier wurde B nur durch Veränderung der Sachlage gegenüber seinem ursprünglichen Plan, nämlich durch die Annahme, auch S hätte von

dem vergifteten Kaffee getrunken, dazu gebracht, den Arzt anzurufen bzw. dies zu versuchen.

Damit stand aus seiner Sicht ein **zwingendes** Hindernis der weiteren Tatausführung entgegen. Seine Motivation zur Aufgabe der Tat bzw. zur Verhinderung der Vollendung wurde damit "von außen" - nämlich der Sorge um das Wohl der S - bestimmt, sodass das damit verbundene Risiko (für S) von ihm vernünftigerweise nicht mehr getragen werden konnte.

Mangels Freiwilligkeit i.S.d. § 24 I S. 2 scheidet daher ein strafbefreiender Rücktritt durch das Anrufen des Arztes aus.

Anmerkung: Vorliegend wird bei der Auslegung der „Freiwilligkeit“ dem psychologischen Ansatz der Rechtsprechung gefolgt. Nach anderer Ansicht setzt die Freiwilligkeit eine innere Distanzierung des Täters von der Straftat voraus (normativer Ansatz). Teilweise wird daraus abgeleitet, dass der Täter nur dann freiwillig handele, wenn er nach seiner Gesinnung zu rechtstreuem Verhalten zurückkehrt. Dies wäre vorliegend durchaus anzuzweifeln, da B seine Einstellung hinsichtlich der Tötung des A nicht geändert hat. Mit dieser Argumentation können Sie vorliegend auch die Freiwilligkeit verneinen.¹¹

- b) In Betracht käme weiterhin ein Rücktritt durch das Vernichten des vergifteten Kaffeepulvers.

Dazu dürfte der Versuch aber zu diesem Zeitpunkt nicht fehlgeschlagen sein. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt jedenfalls vor, wenn nach Vorstellung des Täters der Erfolgseintritt nicht einmal mehr in unmittelbar räumlichem oder zeitlichem Zusammenhang herbeigeführt werden kann.

Zum Zeitpunkt des Vernichtens des Kaffees hat B jedoch von S erfahren, dass die "Vergiftung" von A und S nicht auf dem Genuss des Kaffees beruhte.

Ihm war daher klar, dass die Vergiftung beim Frühstück, bei welchem lediglich A Kaffee trinkt, nicht aber S, nicht mehr zu bewirken war.

Aufgrund der Übelkeit des A war auch nicht davon auszugehen, dass A ohne gleichzeitige Gefährdung der S den Kaffee noch in einem engen räumlichen bzw. zeitlichen Zusammenhang konsumieren würde.

⁸ Vgl. Fischer, § 24, Rn. 36.

⁹ Sch/Sch, § 24, Rn. 71.

¹⁰ BGHSt 7, 296 = jurisbyhemmer.

¹¹ Näher zur Auslegung des Begriffs der Freiwilligkeit i.R.d. § 24: Fischer, § 24, Rn. 19 ff. sowie Roxin, AT II, Rn. 354 ff.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 6

Also ist der Versuch zu diesem Zeitpunkt fehlgeschlagen. Zwar hätte B den Kaffee stehen lassen können.

Dafür hätte er aber einen neuen Vorsatz fassen müssen, nämlich das Gift weiter stehen zu lassen. Da B vorliegend die Vorstellung hatte, „dass A heute keinen Kaffee mehr zu sich nimmt“, wäre dieser neue Tatentschluss wegen des fehlenden zeitlichen Zusammenhangs eine andere Tat gewesen.

Anmerkung: Letztlich ist für die Beurteilung der Frage, ob der Versuch zum Zeitpunkt des Vernichtens des Kaffees bereits fehlgeschlagen ist, die konkurrenzrechtliche Beurteilung des Sachverhalts (und damit der Tatbegriff) entscheidend. Überlegen Sie sich, wie der Fall zu entscheiden wäre, wenn A am Morgen das Gift nicht zu sich nimmt, B daraufhin das Gift stehen lässt und A sich am nächsten Morgen damit vergiftet?

Jedenfalls aufgrund der zeitlichen Distanz und aufgrund des neuen Entschlusses, das Gift stehen zu lassen, wäre dann wegen versuchtem und vollendetem Mord in Tatmehrheit zu bestrafen. Entsprechend ist im vorliegenden Fall der Versuch am ersten Morgen fehlgeschlagen, die Möglichkeit des Stehenlassens des Giftes bleibt außer Betracht. Bei einer soliden Auseinandersetzung mit der konkurrenzrechtlichen Problematik wäre aber auch eine andere Ansicht vertretbar.

Damit scheidet auch diesbezüglich ein Rücktritt des B aus.

Anmerkung: Nach BGH, NJW 2003, 1058 ff. = **jurisbyhemmer** setzt ein gemäß § 24 I S. 1 HS 2 strafbefreiender Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts nicht voraus, dass der Täter, der die Tat erfolgreich verhindert und dies auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder „optimale“ gewählt hat. Entscheidend ist allein, dass das auf Erfolgsabwendung gerichtete Verhalten tatsächlich erfolgreich und für die Verhinderung der Tatvollendung ursächlich ist.¹²

7. **Ergebnis:** B hat sich gemäß §§ 212 I, 211, 22, 23 I wegen versuchten Mordes hinsichtlich A strafbar gemacht.

II. Versuchte gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 1 u. 5, II, 22, 23 I

Anmerkung: Üblicherweise wäre im Anschluss an die Bejahung der versuchten Tötung bestenfalls sehr kurz auf die subsidiäre versuchte Körperverletzung einzugehen. Letztlich kommt es aber auf die jeweilige Klausur selbst an: Enthält diese relativ wenige Probleme und sind im Rahmen der Körperverletzungsdelikte ersichtlich noch Problem-schwerpunkte angelegt - wie im vorliegenden Fall - so empfiehlt sich trotz der Subsidiarität ein angemessenes Eingehen auf diese Probleme.

1. **Nichtvollendung** ist gegeben, da A den vergifteten Kaffee nicht getrunken hat.
2. Der **Versuch** ist **strafbar** gem. § 224 II.
3. Tatentschluss

B wollte, dass A das im Kaffee befindliche Gift zu sich nimmt. Beibringen i.S.d. § 224 I Nr. 1 ist ein solches Einführen der Stoffe in den Körper des anderen, dass sie ihre die Gesundheit zerstörende oder schädigende Eigenschaft zu entfalten in der Lage sind.¹³

Dabei kann der andere infolge Täuschung das Mittel sich selbst beibringen.¹⁴

Weiterhin wollte B hierdurch die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung i.S.d. § 224 I Nr. 5 erreichen; eine solche ist hier gegeben, da die Verwendung des Gifts zumindest abstrakt die objektive Eignung besitzt, eine Gefahr für das Leben zu begründen.

Der Körperverletzungsvorsatz ist dabei zu bejahen, auch wenn B keine Körperverletzung, sondern eine Tötung anstrebte; nach der herrschenden Einheitstheorie ist der Körperverletzungsvorsatz zwangsläufig im Tötungsvorsatz mit enthalten, da die Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsstadium der Tötung ist.

4. Unmittelbares Ansetzen
5. Die Tat war **rechtswidrig** und B handelte **schuldhaft**.
6. Rücktritt

Fraglich ist, ob B vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung gem. § 24 I zurückgetreten ist.

¹² Instruktiv zum Rücktritt beim Versuch mehrerer Tatbeteiligter vgl. BGH, Beschluss vom 27.02.2014 – 1 StR 367/13 = **Life&LAW 12/2014, 898 ff.** = **jurisbyhemmer** sowie BGH, Urteil vom 11.06.2013 – 1 StR 86/13 = **Life&LAW 03/2014, 196 ff.** = **jurisbyhemmer**.

¹³ Fischer, § 224, Rn. 3 ff.

¹⁴ Fischer, § 224, Rn. 8.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 7

- a) Bezüglich des Bebringens i.S.d. § 224 I Nr. 1 und damit auch hinsichtlich der durch das Bebringen begründeten lebensgefährdenden Behandlung i.S.d. § 224 I Nr. 5 hat sich B zum Zeitpunkt des Herbeirufens des Arztes jedoch vorgestellt, dass diese bereits vollendet sind, da er glaubte, A hätte das Gift schon zu sich genommen.

Damit ist B von Vollendungseintritt ausgegangen, sodass aus seiner Sicht weder ein Aufgeben (Abs. 1 S. 1 Alt. 1) noch eine Verhinderungsbemühung (Abs. 1 S. 2) vorliegt, sodass ein Rücktritt nicht mehr möglich ist.

- b) Ein Rücktritt zum Zeitpunkt des Vernichtens des Kaffees, in welchem der B nun wusste, dass er die betreffenden Delikte noch gar nicht versucht hat, scheidet wegen Fehlschlagens des Versuchs aus (s.o.).

Damit scheidet ein Rücktritt aus.

7. **Ergebnis:** Damit hat sich B wegen einer versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 und Nr. 5, II, 22, 23 I strafbar gemacht.

III. Sachbeschädigung am Kaffee, § 303 I

Indem B den Kaffee vergiftete, beeinträchtigte er dessen Brauchbarkeit erheblich. Ein Beschädigen liegt somit vor.

B handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. B hat sich insoweit einer Sachbeschädigung am Kaffee strafbar gemacht.

IV. Konkurrenzen

Gegenüber dem versuchten Mord tritt die versuchte gefährliche Körperverletzung als subsidiär zurück.

Die Sachbeschädigung am Kaffee steht dazu in Tateinheit.

Tatkomplex 2: Der "Denkzettel"

I. Versuchter Mord, §§ 212 I, 211, 22, 23 I

- Da A nicht tot ist, ist die Tat **nicht vollendet**.
- Der Versuch ist **strafbar** nach §§ 23 I, 12 I.
- B hatte **auch Tatentschluss** hinsichtlich einer Tötung, da er den Tod des A billigend in Kauf nahm und daher Eventualvorsatz hatte.

Indem B den A in seinem Arbeitszimmer überraschte und sich auf den verdutzten A stürzte, könnte er vorsätzlich hinsichtlich des Mordmerkmals der Heimtücke gehandelt haben.

B müsste dadurch in feindlicher Willensrichtung bewusst die Arg- und Wehrlosigkeit des A ausgenutzt haben. Arglos ist, wer sich bei Beginn des Tötungsversuchs gemäß § 22 keines tätlichen Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.¹⁵ B trat dem A vorliegend offen feindselig gegenüber, indem er ihn anrief, als er sich mit dem Messer auf ihn stürzte. A war daher zum Zeitpunkt des Beginns des Tötungsversuchs nicht arglos. Weiterhin könnte B Tatentschluss bzgl. eines Handelns "sonst aus niedrigen Beweggründen" gehabt haben.

Sonstige Beweggründe sind niedrig i.d.S., wenn sie als Motive einer Tötung nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen.¹⁶

Vorliegend ist dies zu bejahen, da es dem B letztlich nur noch um Rache gegenüber A ging.

- Durch das Einstechen auf A setzte B auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.
- Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.
- Rücktritt, § 24 I

Fraglich ist jedoch, ob B vom Versuch des Mordes gem. § 24 I zurückgetreten ist, indem er von A abließ und aus dem Raum ging.

- a) Der Rücktritt wäre zunächst ausgeschlossen, wenn ein **fehlgeschlagener Versuch** vorliegen würde.¹⁷

- aa) Nach der sog. Einzelaktstheorie ist für den jeweiligen Teilakt eine isolierte Betrachtung anzustellen, ob der Versuch fehlgeschlagen ist.

Hiernach ist jeder Ausführungsakt, den der Täter für erfolgsg geeignet hielt, gesondert zu beurteilen und im Falle eines Scheiterns als fehlgeschlagen zu behandeln.¹⁸

Vorliegend ist davon auszugehen, dass B alle drei Teilakte für erfolgsg geeignet hielt; für Gegenteiliges ist nichts ersichtlich.

Nach der Einzelaktslehre läge daher hierin jedenfalls **ein** fehlgeschlagener Versuch, von dem B nicht mehr zurücktreten könnte.

Der Einzelaktslehre begegnen jedoch gewichtige Bedenken.

¹⁵ BGHSt 32, 382; BGH, NJW 2003, 146, 147 = **juris**byhemmer; näher Küper, JuS 2000, 742 ff.

¹⁶ Fischer, § 211, Rn. 14.

¹⁷ Vgl. zur gesamten Problematik Fischer, § 24, Rn. 6 ff.

¹⁸ Sch/Sch, § 24, Rn. 20 f.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 8

Sie reißt in lebensferner Weise einheitliche Lebensvorgänge auseinander und führt zu einer unmäßigen Einengung der Rücktrittsmöglichkeit bzgl. eines "einheitlichen" Tatvorsatzes. Außerdem ist die Abgrenzung zwischen einzelnen Teilakten teilweise ohnehin praktisch kaum möglich, wie ein Blick auf den vorliegenden Fall zeigt: Ist der erste Messerhieb schon ein fehlgeschlagener Teilakt, da mit diesem fehlgegangenen Hieb der gewünschte Erfolg nicht mehr erreichbar ist, oder ist er noch erfolgtauglich, da dem B hier - im Gegensatz zum zweiten Hieb - seine Waffe und damit die von ihm vorgefasste Tötungsmöglichkeit verblieb?

- bb) Aufgrund der genannten Unzulänglichkeiten ist die Einzelaktstheorie abzulehnen.

Vielmehr ist der sog. Gesamtbetrachtungslehre zu folgen, die den Tatvorgang als einheitliches Ganzes betrachtet, sodass bzgl. des Fehlschlagens auf den gesamten Vorgang und damit auf die Vorstellung des Täters zum Zeitpunkt des letzten Teilaktes abzustellen ist, wenn und solange die Teilakte i.S.e. natürlichen Handlungseinheit einen einheitlichen Lebenssachverhalt darstellen.¹⁹

Dafür spricht letztlich auch, dass in der Begehung eines weiteren Teilaktes nur die Aufrechterhaltung bzw. Weiterführung des ursprünglichen Tatentschlusses liegt.

Nach der Gesamtbetrachtungslehre war aber die Tatbestandsverwirklichung jederzeit und insb. auch nach dem letzten Teilakt ("Brieföffner") noch möglich, da B den A ohne weiteres mit weiteren Stichen des dazu sicherlich geeigneten Brieföffners hätte töten können.

Damit liegt hier kein fehlgeschlagener Versuch vor.

Anmerkung: Nach der Rechtsprechung des BGH²⁰ hängen Gesamtbetrachtung bzw. Rücktrittshorizont und natürliche Handlungseinheit im Sinne der Konkurrenzlehre zusammen.

Die natürliche Handlungseinheit endet am Rücktrittshorizont, also an dem Zeitpunkt, in welchem z.B. von einem Fehlschlag des Versuchs auszugehen ist. Umgekehrt kann sich der Rücktrittshorizont bei zum Ende der Vorgänge erstrecken, die zueinander in natürlicher Handlungseinheit stehen, die also bei natürlicher Betrachtung einen einheitlichen und zusammengehörigen Lebenssachverhalt darstellen.

Zum Verhältnis Gesamtbetrachtung und Lehre vom Rücktrittshorizont: Die Lehre vom Rücktrittshorizont ist vom BGH in Ablösung der von ihr früher vertretenen Tatplantheorie zur Abgrenzungsfrage unbeendeter/beendeter Versuch entwickelt worden. Die Gesamtbetrachtungslehre ist von der Lehre zur Figur des fehlgeschlagenen Versuchs entwickelt worden, u.z. zu einer Zeit, als diese Figur von der Rspr. noch gar nicht anerkannt wurde. Nachdem auch die Rspr. die Figur des fehlgeschlagenen Versuchs anerkannt hat, qualifiziert der BGH den Versuch zunächst als unbeendeten und/oder fehlgeschlagenen Versuch in **einer** „Prüfung“ und zieht für beide Fragen dieselben Kriterien heran. Damit ist letztlich die Lehre vom Rücktrittshorizont „doppelt besetzt“, einmal für die alte Frage unbeendeter/beendeter Versuch und zum zweiten für die Frage des Fehlschlags. Da sie aber inhaltlich identisch ist mit der Gesamtbetrachtungslehre, ist es ausreichend, wenn Sie bei der Frage des Fehlschlags allein auf die Gesamtbetrachtung verweisen. Aber beachten Sie: Wenn Sie beim Fehlschlag der Gesamtbetrachtungslehre folgen, müssen Sie bei der Abgrenzung unbeendeter/beendeter Versuch auch der Lehre vom Rücktrittshorizont folgen.

- b) Fraglich ist weiterhin, ob ein **beendeter oder unbeendeter** Versuch vorliegt.

Hierfür ist entscheidend, ob der Täter aus seiner Sicht alles Erforderliche für den Erfolgseintritt getan hat ("beendet") oder nicht ("unbeendet"), s.o.

Problematisch ist, worauf diesbezüglich bei Vorliegen mehrerer Handlungsakte abzustellen ist.

Nach der Tatplantheorie ist dabei maßgeblich die Vorstellung des Täters bei Tatbeginn; hat er danach alle geplanten Handlungen vorgenommen ist der Versuch beendet. Demnach wäre hier mit dem Zustechen mit dem Messer der Versuch beendet gewesen. Da diese Betrachtung aber den Täter mit erhöhter krimineller Energie privilegiert, ist nach der heute ganz herrschend vertretenen Lehre vom Rücktrittshorizont maßgeblich die Vorstellung des Täters nach Abschluss des letzten Ausführungsaktes.

Anmerkung: Zum **korrigierten Rücktrittshorizont** vgl. BGH, NStZ-RR 1998, 134; NStZ 1998, 614 = **jurisbyhemmer**: Auch hier ist der sich unmittelbar anschließende Zeitraum mit zu berücksichtigen.

¹⁹ Vgl. Fn. 15.

²⁰ Z.B. Dagobert-Entscheidung, BGH, NStZ 1996, 429 = **jurisbyhemmer**.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 9

Stellt sich der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung vor, er habe noch nicht alles zur Erfolgsverwirklichung Notwendige getan, erkennt er aber dann in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang, dass sein Handeln sehr wohl zum Erfolg führt, wird aus dem ursprünglich unbeendeten ein beendeter Versuch.

Genauso gilt dieser korrigierte Rücktrittshorizont natürlich auch in der umgekehrten Variante. Im konkreten Fall musste hierauf aber nicht eingegangen werden, da keine Änderung in der Vorstellung des Täters eintrat.

Danach liegt hier ein unbeendeter Versuch vor, da B nach dem letzten Stich erkannte, dass A nicht lebensgefährlich oder gar tödlich verletzt ist, und er - B - somit nach seiner Vorstellung noch nicht alles Erforderliche zur Tötung des A getan hat.

Beim unbeendeten Versuch muss der Täter grds. nur Abstand von seiner Tat nehmen, also die weitere Tatausführung aufgeben, vgl. § 24 I S. 1 Alt. 1.

Um demgemäß strafbefreiend zurücktreten zu können, hätte nach dem Wortlaut des § 24 I S. 1 ein Nicht-Weiterhandeln - wie bei B gegeben - ausgereicht.

Gleichwohl wird diskutiert, ob in Fallkonstellationen wie der vorliegenden das bloße „Aufgeben“ des Täters genügen kann bzw. ob überhaupt noch ein Rücktritt möglich ist, wenn das ursprüngliche, mit dolus eventualis eingeplante Tatziel für den Täter gar keinen Sinn mehr hat, da er sein **außertatbestandliches Ziel**²¹ (hier: das Verpassen des Denkkzettels) erreicht hat.

Nach der Ansicht eines Strafsenates fehlte es in einer solchen Konstellation an einer honorierbaren Verzichtleistung des Täters.

Außerdem passe eine Rücktrittsmöglichkeit des Täters nicht mit der ratio legis des § 24 überein, der letztlich das Opfer vor weiteren Angriffen des Täters schützen soll. Derartige Angriffe sind jedoch von einem Täter, der bereits seine Ziele erreicht hat, nicht zu erwarten.²²

Gegen diese Auffassung wurde dann aber von einem anderen Strafsenat vorgebracht, dass sie zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des Täters mit direktem Tötungsvorsatz führen würde.

Denn selbst für den Täter mit direktem Tötungsvorsatz ("Denkkzettel" soll beispielsweise in der Tötung bestehen) müsste in einem solchen Fall ein unbeendeter Versuch angenommen werden; der mit bloß bedingtem Tötungsvorsatz Handelnde kann dann aber nicht schlechter stehen.²³

Letztgenannter Auffassung hat sich auch der **große Strafsenat** des BGH angeschlossen und diese Frage damit entschieden.²⁴ Er stützt sich hierbei auf den Wortlaut des § 24. "Tat" i.S.d. § 24 ist die in den Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Hierauf bezieht sich auch der strafwürdige Vorsatz des Täters.

Dementsprechend bezieht sich beim unbeendeten Versuch der Entschluss, die weitere Tatausführung aufzugeben, auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Weitergehende außertatbestandliche Beweggründe, Ansichten oder Ziele können daher keine Berücksichtigung finden. Dieses Ergebnis wird auch dadurch bestätigt, dass es auch bei der Freiwilligkeit keine ethische Bewertung der Rücktrittsmotive gibt, sodass dies umso weniger bei dem äußerlichen Akt der Aufgabe Berücksichtigung finden könne.

Insgesamt findet damit also die Forderung, vom Täter einen honorierbaren Verzicht zu verlangen, im Gesetz keine Stütze, sodass der Täter, hier also der B, trotz des Erreichens seiner außertatbestandlichen Ziele durch bloßes Nichtweiterhandeln zurücktreten konnte.

- d) Schließlich müsste diese Rücktrittshandlung auch freiwillig erfolgt sein. Es genügt hierzu, wenn der Täter noch Herr seiner Entschlüsse ist und aus autonomen, d.h. selbstbestimmten Gründen zurücktritt.

Vorliegend hat B aus eigenem Antrieb von der weiteren Tatbestandsverwirklichung abgesehen. Die Sachlage hat sich hier auch nicht so wesentlich zu seinen Ungunsten verändert, dass ein Weiterhandeln nach den Regeln der Verbrechervernunft als sinnlos anzusehen wäre.

Wie bereits ausgeführt, sind auch keine ethisch hochstehenden Motive erforderlich, sodass der Beweggrund "erreichte Denkkzettelverpassung" nicht beanstandet werden kann.

Nach alledem handelte B freiwillig i.S.d. § 24.

7. **Ergebnis:** Mithin ist B strafbefreiend vom versuchten Mord des A gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I zurückgetreten.

²¹ Vgl. Fischer, § 24, Rn. 9.

²² So BGH, NJW 1990, 522 = jurisbyhemmer.

²³ BGH, NJW 1990, 263 = jurisbyhemmer.

²⁴ BGH, NSZ 1993, 433 = jurisbyhemmer.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 10

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5

1. Objektiver Tatbestand

- a) Durch den Stich mit dem Brieföffner hat B dem A eine üble und unangemessene Behandlung zukommen lassen und ihn überdies in einen pathologischen Zustand gebracht.

Der objektive Tatbestand von § 223 I ist damit in beiden Alternativen erfüllt.

- b) Dies geschah auch mittels eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 I Nr. 2), da der Brieföffner objektiv und nach Art und Weise seiner konkreten Benutzung (Zustechen) geeignet war, erhebliche Verletzungen zuzufügen.

Weiterhin lag hierdurch nach h.M. eine das Leben gefährdende Behandlung (§ 224 I Nr. 5) vor, da das Zustechen mit einem scharfen, spitzen Gegenstand wie dem hiesigen Brieföffner zumindest abstrakt die objektive Eignung besitzt, eine Lebensgefährdung herbeizuführen - unerheblich ist, dass eine solche im konkreten Fall nicht eingetreten ist. (Wer dagegen eine konkrete Lebensgefährdung für erforderlich hält, muss Nr. 5 ablehnen.)

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte diesbezüglich vorsätzlich, da nach der herrschenden Einheitstheorie der Körperverletzungsvorsatz im Tötungsvorsatz mit enthalten ist (s.o.).

3. Die Tat war auch rechtswidrig und schuldhaft.
4. **Ergebnis: B hat sich damit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 strafbar gemacht.**

III. Aussetzung, § 221 I Nr. 2

Objektiver Tatbestand

Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes scheitert jedenfalls am Fehlen ausdrücklich normierten Erfordernisses einer Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung.

Mithin ist B nicht nach § 221 strafbar.

IV. Unterlassene Hilfeleistung, § 323c I

Indem B das Zimmer verließ und somit den stark blutenden A sich überließ, könnte er sich wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar gemacht haben, § 323c I. Dafür müsste überhaupt ein Unglücksfall zu bejahen sein.

Darunter ist ein plötzlich eintretendes Ereignis zu verstehen, welches eine erhebliche Gefahr für ein Individualrechtsgut mit sich bringt. Dies könnte zu verneinen sein, weil die Stichwunde keinesfalls lebensgefährlich war. Jedenfalls war eine Hilfe seitens des B schon nicht erforderlich, da A sich selbst helfen konnte. Eine Strafbarkeit wegen § 323c I scheidet aus.

V. Beleidigung, § 185

In der Aussage "Du Schleimer ..." liegt eine Kundgabe eigener Missachtung, die auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft geschah, sodass eine Strafbarkeit wegen Beleidigung ebenfalls gegeben ist. Allerdings ist für die Strafverfolgung nach § 194 I ein Strafantrag erforderlich.

Teil II:

Strafbarkeit von X, Y und Z

I. §§ 223, 224 I Nr. 4, 25 II

1. Tatbestand

X, Y und Z könnten sich wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft zum Nachteil von L, C und F strafbar gemacht haben, indem sie die Gruppe, in der sich F befand, verfolgten.

Voraussetzung hierfür ist der Eintritt eines Körperverletzungserfolges. In Betracht kämen die Stich- und Schnittverletzungen, die sich F bei der Flucht an den Glasstücken im Türrahmen zugezogen hat.

Allerdings erscheint es zumindest fraglich, ob es sich dabei wirklich um einen von X, Y und Z herbeigeführten, also ihnen zurechenbaren Körperverletzungserfolg handelte. Dies kann aber (hier noch) dahingestellt bleiben, wenn dieser jedenfalls von X, Y und Z nicht vorsätzlich herbeigeführt worden ist. Dafür spricht, dass nichts dafür ersichtlich ist, dass die drei davon ausgingen, bereits durch die Verfolgung einen derartigen Verletzungserfolg herbeizuführen. Angesichts der gesamten Tatumstände liegt insoweit eine wesentliche Abweichung zwischen vorgestelltem und tatsächlich eingetretenem Kausalverlauf vor.

Damit kann an dieser Stelle noch offenbleiben, ob eine Zurechnung des Erfolges überhaupt möglich wäre.

Anmerkung: Dieser vorstehend gewählte Lösungsweg ist sicherlich insofern nicht ganz „sauber“, als eigentlich der objektive Tatbestand erst bejaht worden sein müsste, um zum subjektiven Tatbestand zu gelangen. Auch erweist es sich von der Darstellung her nicht ganz einfach, den „Sprung“ vom objektiven in den subjektiven Tatbestand zu vermitteln. Andererseits zeichnet sich eine gute Bearbeitung dadurch aus, dass die Probleme an der Stelle erörtert werden, wo sie auch entscheidungserheblich sind.

Weiterhin könnten die bei L, C und F ausgelösten Angst- und Panikgefühle einen für die Vollendung eines Körperverletzungsdeliktes erforderlichen Verletzungserfolg darstellen. Insofern genügen rein psychische Empfindungen allerdings nicht. Dafür spricht neben dem Wortlaut der §§ 223, 224 auch ein Vergleich mit § 225 III Nr. 2, der zwischen der Gefahr einer erheblichen Schädigung der körperlichen und der seelischen Entwicklung ausdrücklich unterscheidet.

Eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223, 224 läge jedoch dann vor, wenn die psychischen Einwirkungen L, C und F in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzt hätten. Solche Störungen sind indes hier nicht aufgetreten.

2. Ergebnis

X, Y und Z haben sich nicht wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

II. §§ 223, 224 I Nr. 4, II, 22, 23 I, 25 II

X, Y und Z könnten sich aber wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft zum Nachteil von L, C und F strafbar gemacht haben.

1. Tatentschluss

X, Y, Z und die anderen Mitglieder der Gruppe hatten vor, den vor ihnen fliehenden L, C und F nachzueilen, sie zu stellen und sie sodann ihrem gemeinsamen Tatplan entsprechend in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken durch Anwendung von körperlicher Gewalt zu misshandeln und an der Gesundheit zu beschädigen. Sie handelten daher im Wissen und Willen der Begehung einer Körperverletzung.

Ferner umfasst der Tatentschluss von X, Y und Z den Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 4, da sie als Beteiligte (vgl. die Legaldefinition in § 28 II) am Tatort einverständlich zusammenwirken, die Tat also gemeinschaftlich begehen wollten.

2. Unmittelbares Ansetzen

X, Y und Z müssten unmittelbar zum Versuch angesetzt haben. Unmittelbares Ansetzen zum Versuch setzt voraus, dass der Täter entweder bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht oder aber zumindest Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und unmittelbar in die tatbestandliche Handlung einmünden sollen. Das Versuchsstadium erstreckt sich deshalb auch auf Handlungen, die in unmittelbarem Fortgang zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er aus seiner Sicht zur tatbestandlichen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht.

Im vorliegenden Fall kann offenbleiben, ob bereits beim ersten Bremsmanöver und dem nachfolgenden Hinausspringen aus den Fahrzeugen ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen ist. Denn spätestens mit dem zweiten Abbremsen der Pkws unmittelbar vor L, C und F und dem dadurch herbeigeführten Verstellen des Weges zur Diskothek, sowie mit der sich daran anschließenden Verfolgung der Flüchtenden zu Fuß haben X, Y und Z die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten; eines weiteren Willensimpulses oder Willensrucks zur Umsetzung ihrer vorgefassten Pläne bedurfte es nicht mehr. Ihrer Vorstellung nach sollte die Verfolgung der drei Ausländer in unmittelbarem Fortgang zu Körperverletzungshandlungen führen. Ein unmittelbares Ansetzen ist daher zu bejahen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

X, Y und Z handelten rechtswidrig und schuldhaft.

4. Rücktritt, § 24 II

Aus Sicht von X, Y und Z war es Ihnen nicht mehr möglich, L, C und F einzuholen. Damit lag ein fehlgeschlagener Versuch vor, ein Rücktritt scheidet damit aus.

5. Ergebnis

X, Y und Z haben sich gem. §§ 223, 224 I Nr. 4, 22, 23 I, 25 II zum Nachteil von L, C und F strafbar gemacht.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 12

III. §§ 227, 22, 23 I, 25 II

X, Y und Z könnten sich ferner der versuchten Körperverletzung mit Todesfolge in Mittäterschaft zum Nachteil des F strafbar gemacht haben.

1. Verwirklichung des Grunddelikts

Mit der versuchten gefährlichen Körperverletzung haben X, Y und Z ein Grunddelikt als Anknüpfungspunkt für den Qualifikationstatbestand verwirklicht.

X, Y und Z handelten hinsichtlich des Grunddelikts in Mittäterschaft, so dass auch bezüglich der Erfolgsqualifikation eine Mittäterschaft in Betracht kommt.

2. Eintritt des Todeserfolges

Der erfolgsqualifizierende Umstand, nämlich der Tod des F, ist eingetreten.

3. Unmittelbarkeitszusammenhang

Der bloße Eintritt des Todeserfolgs genügt allerdings für sich allein betrachtet noch nicht, um eine Strafbarkeit gem. § 227 zu begründen. Vielmehr setzt der Tatbestand voraus, dass der Tod der verletzten Person gerade durch die Körperverletzung verursacht worden ist.

Dabei reicht es nicht aus, dass zwischen der Körperverletzungshandlung und dem Todeserfolg überhaupt ein ursächlicher Zusammenhang im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel besteht, die Körperverletzung also nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass damit zugleich der Tod des Verletzten entfiel. Vielmehr soll § 227 allein der spezifisch mit der Körperverletzung verbundenen Gefahr des Eintritts der qualifizierenden Todesfolge entgegenwirken. Erfasst sind damit nur solche Körperverletzungen, denen die spezifische Gefahr anhaftet, zum Tode des Opfers zu führen. Gerade diese Gefahr muss sich im Tod des Opfers niedergeschlagen haben.

Umstritten ist aber, was dieses Erfordernis im Einzelnen bedeutet. Eine im Schrifttum verbreitete Ansicht (sog. Letalitätstheorie) verlangt, dass der tödliche Erfolg aus der vorsätzlich zugefügten Körperschädigung als solcher, also aus dem Körperverletzungserfolg hervorgehen muss.²⁵

Nach ihr wäre also z.B. dann aus § 227 zu bestrafen, wenn der Täter das Opfer ohne Tötungsvorsatz mit Messerstichen verletzt und dieses später an den erlittenen Stichverletzungen stirbt, nicht aber im vorliegenden Fall. Als Argument für diese Letalitätstheorie wird zunächst der Wortlaut des § 227 angeführt, der von „Körperverletzung“ spreche, für die der Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges eben konstitutiv sei. Zudem stelle die Fassung des Tatbestandes auf den „Tod der verletzten Person“ ab, was den Eintritt eines Verletzungserfolges impliziere. Schließlich müsse § 227 angesichts seiner hohen Strafdrohung restriktiv ausgelegt werden.

Demgegenüber argumentiert der BGH wie folgt: Eine deliktsspezifische Gefahr kann auch schon von der bloßen Körperverletzungshandlung ausgehen. Der Wortlaut des § 227 ist nicht zwingend im Sinne der Letalitätstheorie zu lesen, er steht einer Anknüpfung des tödlichen Erfolges bereits an die Körperverletzungshandlung nicht entgegen.²⁶

Vor allem aber ergibt sich ein entstehungsgeschichtliches Argument aus der Neufassung der Körperverletzungsdelikte im Rahmen des 6. Strafrechtsreformgesetzes. Der Gesetzgeber hat nämlich hier § 227 I durch den Klammerzusatz „(§§ 223 bis 226)“ ergänzt, ohne dabei – was im Sinne der Letalitätstheorie zwingend angezeigt gewesen wäre – die in §§ 223 II, 224 II, 225 II enthaltenen versuchten Delikte aus dem Anwendungsbereich des § 227 auszunehmen.

Schließlich sprechen auch kriminalpolitische Überlegungen für dieses Ergebnis: Verwirklicht sich die von der Körperverletzungshandlung ausgehende Gefahr und führt dies zum Tod des Opfers, so kann die Anwendbarkeit des § 227 nicht davon abhängen, ob darüber hinaus ein vorsätzlich herbeigeführter Körperverletzungserfolg eingetreten ist, da dieser für den Unrechtsgehalt der Tat allenfalls von untergeordneter Bedeutung sein kann.

Mithin ist der Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge auch in Form eines erfolgsqualifizierten Versuchs möglich.

Anmerkung: Von einem erfolgsqualifizierten Versuch spricht man also in Fällen, in denen der Täter eine qualifizierte Folge schon durch den strafbaren Versuch des Grunddeliktes herbeiführt und hinsichtlich der besonderen Folge wenigstens fahrlässig (§ 18) handelt.

²⁵ Lackner/Kühl, StGB, § 227, Rn. 2; Krey BT 1, Rn. 266 ff.

²⁶ Bereits BGHSt 14, 110, 112; Tröndle, GA 1962, 225, 238 = jurisbyhemmer.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 13

Ein strafrechtlich relevanter erfolgsqualifizierter Versuch ist denkbar, wenn der qualifizierende Erfolg bereits mit der Tathandlung verknüpft ist, wie etwa nach Ansicht des BGH hier bei § 227, oder wie bei § 251 oder bei § 306c, nicht dagegen, wenn die Erfolgsqualifikation auf dem Erfolg des Grunddeliktes aufbaut wie etwa bei § 313 II i.V.m. § 308 II. Von dieser Konstruktion ist der sog. Versuch der Erfolgsqualifikation zu unterscheiden. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter beim Versuch oder bei der Vollendung eines Grunddeliktes die qualifizierende Folge in seinen Vorsatz aufgenommen hat, deren Eintritt dann aber ausbleibt.

Ein solcher Versuch der Erfolgsqualifikation ist immer dann strafbar, wenn nicht nur die fahrlässige oder leichtfertige, sondern auch die (zumindest bedingt) vorsätzliche Herbeiführung der qualifizierenden Folge unter Strafe gestellt ist.

Im Rahmen des § 251 zum Beispiel hat der Gesetzgeber dies mittlerweile durch Einfügung des Wortes „wenigstens“ vor „leichtfertig“ klargestellt. Ansonsten kann auch § 18 als Argument für die grundsätzliche Möglichkeit herangezogen werden.

Eine im Rahmen der Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 erforderliche spezifische Gefahr ging hier von den Handlungen von X, Y und Z aus und führte zum Tod des F, da die Gefährlichkeit einer Körperverletzungshandlung nicht nur in dieser selbst besteht, sondern auch darin, dass durch diese Handlung das Opfer zu Sturz kommt, zum Ausweichen oder auch zur Flucht veranlasst wird.

4. Unmittelbarkeit im vorliegenden Fall

Es müsste sich genau die spezifische Gefahr der Verfolgung seitens X, Y und Z – also der versuchten Körperverletzung – in dem Tod des F verwirklicht haben. Problematisch ist dies insbesondere dann, wenn das selbstschädigende Opferverhalten vor allem zum Tod führt.

Hier starb F, weil er – von Angst und Panik vor seinen Verfolgern ergriffen – die Tür zu dem Mehrfamilienhaus eintrat und sich im Bereich der Schlagader an den zurückgebliebenen Glasteilen im Türrahmen verletzte.

Der Unmittelbarkeitszusammenhang ist jedoch dann nicht zu verneinen, wenn die Reaktion des F eine naheliegende und nachvollziehbare Reaktion auf den massiven Angriff von X, Y und Z gewesen ist.

Eine solche Flucht „Hals über Kopf“ ist für durch Gewalt und Drohung geprägte Straftaten geradezu deliktstypisch und entspringt dem elementaren Selbsterhaltungstrieb des Menschen.

Im vorliegenden Fall mussten L, C und F schon angesichts der Anzahl der Fahrzeuge, vor allem aber in Anbetracht der Anzahl und des aggressiven Auftretens der aus diesem überfallartig losstürmenden Angreifer damit rechnen, binnen kürzester Zeit heftig attackiert und misshandelt zu werden.

Dies veranlasste den in Todesangst versetzten F zur panischen Flucht in den Hauseingang. Um nicht am Haus noch von X, Y und Z und den anderen Mitgliedern der Gruppe ergriffen zu werden und um von den Bewohnern Beistand zu erlangen, sah F keine andere Möglichkeit als die Glastür einzutreten und in das Treppenhaus einzusteigen, wo er sich die tödlichen Verletzungen zuzog.

Anmerkung: Die Rechtsprechung zum Problembereich des selbstgefährdenden Opferverhaltens im Rahmen des § 227 ist nicht einheitlich: Im vielfach zitierten „Rötzel-Fall“ (BGH, NJW 1971, 152 = *jurisbyhemmer*), in dem das Opfer nach gewalttätigen Angriffen mit erheblichen Verletzungsfolgen vor den fortdauernden Angriffen des Täters durch ein Fenster auf einen Balkon floh und von dort tödlich abstürzte, hat der BGH noch eine Strafbarkeit nach § 227 mit der Begründung verneint, die Verletzungshandlung des Täters sei hier nicht unmittelbar todesursächlich gewesen. Dieses vom BGH aufgestellte Unmittelbarkeitserfordernis wurde im Schrifttum vielfach als zu eng kritisiert (vgl. Rengier BT II, § 16, Rn. 6 ff.) und vom BGH selbst in der Entscheidung BGH, NJW 1992, 1708 f. = *jurisbyhemmer* zumindest de facto aufgegeben:

Hier hatte das Opfer, nachdem es ebenfalls durch Faustschläge, Tritte und Schläge mit einem Besenstiel und einem Baseballschläger gegen Kopf und Körper misshandelt worden war, in stark benommenem Zustand die Täter darum gebeten, kurz Luft schnappen zu dürfen, und sich daraufhin aus einem geöffneten Fenster aus einer Höhe von 27 Metern in den Tod fallen lassen. Der BGH hat in diesem Fall die Reaktion des Opfers als naheliegende, spezifische Folge einer Paniksituation angesehen, die durch die konkrete Misshandlung körperlich und psychisch hervorgerufen worden sei. Damit habe ein eigenverantwortliches Handeln des Verletzten als dazwischentreten- de selbständige Ursache für die Todesfolge nicht vorgelegen.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 14

Im Schrifttum wird in Anlehnung an diese Entscheidung vorgeschlagen, i.R.d. § 227 in solchen Fällen generell das als zu eng angesehene Unmittelbarkeitskriterium durch das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit zu ersetzen (vgl. Wessels/Hettinger BT 1, Rn. 300 ff.; Rengier BT II, § 16, Rn. 8; ferner T/F, StGB, § 227, Rn. 5).

Im Ergebnis liegt im selbstgefährdenden und selbstverletzenden Verhalten des F damit hier keine relevante Unterbrechung der Unmittelbarkeit dar, da F aufgrund der zurechenbar verursachten Panik nicht „eigenverantwortlich“ handelte.

5. Objektive Voraussehbarkeit

Der Eintritt des Todeserfolges muss ferner objektiv voraussehbar gewesen sein. Objektiv voraussehbar ist, was ein umsichtig handelnder Mensch unter den jeweils gegebenen Umständen auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung bedenken würde. Das Verhalten des F war situationsbedingt keineswegs völlig fernliegend und unvernünftig. Im Haus hätte F gute Möglichkeiten gehabt, sich vor den Angreifern zu verstecken und zu schützen. Dass er sich auf Grund seiner Panikgefühle beim Durchschlagen und Durchsteigen der Glastür tödliche Schnittverletzung zuzog, war ebenfalls keineswegs völlig unwahrscheinlich. Sein Tod war damit objektiv voraussehbar.

6. Subjektive Fahrlässigkeit

Gem. § 18 setzt eine Strafbarkeit nach § 227 weiter voraus, dass dem Täter subjektiv hinsichtlich des Todeserfolges und des spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhangs wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Die Prüfung der subjektiven Fahrlässigkeit beim erfolgsqualifizierten Delikt des § 227 ist auf die Vorhersehbarkeit der besonderen Tatfolge beschränkt, da die Sorgfaltspflichtverletzung und die Vermeidbarkeit regelmäßig bereits durch die Verwirklichung des Grunddeliktes indiziert sind.

X, Y und Z hätten auf Grund ihrer persönlichen Fähigkeiten und dem Maß ihres individuellen Könnens erkennen können, dass F bei seiner Flucht versuchen könnte, sich zu verstecken, und dass er sich dabei auch verletzen könnte, z.B. indem er - wie hier geschehen - die Glastür zum Haus einschlägt und dabei tödliche Schnittverletzungen erleidet. Der Erfolg darf dabei nur nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung liegen; alle konkreten Einzelheiten brauchen dabei nicht voraussehbar zu sein.

Anmerkung: Zu beachten ist, dass die subjektive Fahrlässigkeit für jeden Mittäter zu prüfen ist. Im Rahmen der (subjektiven) Fahrlässigkeit ist eine mittäterschaftliche Zurechnung nicht möglich!

8. Ergebnis

X, Y und Z haben sich damit gem. §§ 227, 22, 23 I, 25 II zum Nachteil von F strafbar gemacht.

Strafrecht

Fall 2 - Lösung - Seite 15

ZUR NACHBEREITUNG DES HAUPTKURSES:

Die nachfolgend unter A. aufgeführten Inhalte sind die Lernschwerpunkte des Falles und sollten von Ihnen gezielt nachgearbeitet und anschließend beherrscht werden. Die in der schriftlichen Falllösung aufgeführten Aufbauanleitungen sollten Sie auf Karteikarten vermerken.

Für die Nachbereitung des Hauptkurses ist außerdem die Bearbeitung der unter B. aufgeführten Wiederholungs- und Vertiefungsfragen unerlässlich. Sie sollten diese daher ebenfalls auf Karteikarten schriftlich beantworten.

Die regelmäßige und sorgfältige Beantwortung der Wiederholungs- und Vertiefungsfragen garantiert kontinuierliches und aktives Lernen und dient der ehrlichen Selbstkontrolle.

A. Lernschwerpunkte im Fall 2:

I. Allgemeiner Teil

1. Versuch:

Strafbarkeit des Versuchs, Tatentschluss, unmittelbares Ansetzen, Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt

2. Rücktritt vom Versuch nach § 24 I

II. Besonderer Teil

Mordmerkmale

B. Wiederholungs- und Vertiefungsfragen:

Lösen Sie die folgenden Wiederholungs- und Vertiefungsfragen:

I. Versuch

1. Wie grenzen Sie die straflose Vorbereitungshandlung vom Versuch ab?
2. Wann ist bei Unterlassungsdelikten der Versuchsbeginn anzunehmen?
3. Was ist ein untauglicher Versuch, was ist ein Wahndelikt. Wie werden sie behandelt?
4. Ist der Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts strafbar? Was ist ein erfolgsqualifizierter Versuch und welche Probleme stellen sich dort?

II. Rücktritt vom Versuch

1. Welche Rücktrittsfälle gibt es?
2. Welcher Zeitpunkt ist maßgeblich, wenn in einem mehraktigen Tatverlauf beurteilt werden muss, ob es sich um einen fehlgeschlagenen oder einen beendeten/unbeendeten Versuch handelt?
3. Wie unterscheiden Sie den Rücktritt vom unbeendeten von dem des beendeten Versuchs? Nach welchen Kriterien beurteilen Sie dies beim mehraktigen Geschehensablauf?
4. Ist in der Konstellation der sog. außertatbestandlichen Zielerreichung ein Rücktritt noch möglich?
5. Freiwilligkeit des Rücktritts - wie definieren Sie die "Freiwilligkeit" des Rücktritts i.S.d. § 24?
6. Welche Anforderungen stellt § 31 an einen strafbefreienden Rücktritt?

Fall 2

Dr. Dressler, Jahrgang 1952, studierte nach seinem Abitur zunächst in Münster Jura. Nachdem der kleine Ö-Recht-Schein sich aber als unüberwindliche Hürde darstellte und ihm multiple-choice Prüfungen schon seit der Grundschule lagen, begann er 1973 ein Medizinstudium. Nach erfolgreichem Abschluss eröffnete er 1982 eine eigene Praxis. Er ist gem. § 95 I, II SGB V als niedergelassener Arzt zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen, darf also Kassenpatienten behandeln. Mit dieser vertragsärztlichen Tätigkeit erzielt er 80 % seines Praxisumsatzes, die restlichen 20 % resultieren aus der Versorgung von Privatpatienten.

Im Rahmen der Diskussionen über die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung setzt sich im Bundestag die Ansicht durch, dass hierzu eine Beschränkung der Vertragsarztzahlen erforderlich sei. Damit diese nicht nur zu Lasten der jüngeren Ärzte geht, beschließt der Bundestag am 21.12.2018 nach ordnungsgemäßer Beteiligung des Bundesrates die Einführung des § 95 VII SGB V, wonach die Vertragsarztzulassung grundsätzlich mit Vollendung des 68. Lebensjahres erlischt. Mit dieser Regelung soll nach der Gesetzesbegründung zudem auch die Leistungsfähigkeit der Vertragsärzte sichergestellt werden. Die Regelung gilt ab 01.01.2024.

Dr. Dressler ist über dieses Gesetz in höchstem Maße entrüstet. Er hält sich trotz seines fortgeschrittenen Alters für topfit und ist gerne bereit, dies auch in einem Gesundheitstest unter Beweis zu stellen. Vor allen Dingen aber befürchtet er finanzielle Engpässe, wenn die Kassenpatienten tatsächlich wegfallen. Eine Gewinnerzielung ist allein mit den Privatpatienten nicht möglich. Da er mit seiner gesetzlichen Rente von 1.500,- € im Monat nicht überleben kann, wird er den Arztkittel wohl an den Nagel hängen und die Praxis verkaufen müssen, um mit dem Erlös seine Rente aufzubessern.

Aus diesen Gründen will Dr. Dressler das Gesetz nicht widerstandslos hinnehmen. Da ihm aus seinen sechs Semestern Jura die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde noch dunkel in Erinnerung ist, legt er am 11.02.2019 eine solche beim BVerfG in Karlsruhe ein. Er begründet sie damit, dass die gesetzliche Regelung ein in seinen Augen verfassungswidriges Berufsverbot darstelle. Zudem fühlt er sich durch den faktischen Verkaufszwang auch in seinem Eigentum verletzt.

Vermerk für die Bearbeitung:

In einem Gutachten ist zu untersuchen, wie das BVerfG entscheiden wird! Auf Fragen der Annahme der Verfassungsbeschwerde ist nicht einzugehen. Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist auszugehen.

Anlage: Auszug aus SGB V

§ 95 Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung

- (1) An der vertragsärztlichen Versorgung nehmen zugelassene und ermächtigte Ärzte teil.
- (2) Um die Zulassung als Vertragsarzt kann sich jeder Arzt bewerben, der seine Eintragung in ein Arzt- oder Zahnarztregister nachweist.
.....
- (7) Die Zulassung endet mit dem Tod, mit dem Wirksamwerden eines Verzichts oder mit dem Wegzug des Berechtigten aus dem Bezirk seines Kassenarztsitzes. Im Übrigen endet ab 01.01.2024 die Zulassung am Ende des Kalendervierteljahres, in dem der Vertragsarzt sein achtundsechzigstes Lebensjahr vollendet. War der Vertragsarzt
 1. zum Zeitpunkt der Vollendung des achtundsechzigsten Lebensjahres weniger als zwanzig Jahre als Vertragsarzt tätig und
 2. vor dem 01.01.2024 bereits als Vertragsarzt zugelassenverlängert der Zulassungsausschuss die Zulassung längstens bis zum Ablauf dieser Frist. ...

Lösung Fall 2

ÜBERSICHT

A) Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG

I. Beschwerdeberechtigung

II. Verfahrensfähigkeit

III. Prüfungsgegenstand

⇒ Akte aller drei Gewalten justitiabel

IV. Beschwerdebefugnis

1. selbst betroffen?

2. unmittelbar betroffen? (+), da kein Vollzugsakt nötig

3. gegenwärtig betroffen?

P.: Wirkung erst ab 01.01.24 ⇒ aber:

⇒ Gesetz bereits jetzt in Kraft, nur Übergangsfrist

⇒ D sicher und nicht nur eventuell betroffen

⇒ D bereits jetzt zu Dispositionen gezwungen

V. Frist

VI. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Grds.: VB als ultima ratio ⇒ aber:

⇒ kein Vollzugsakt, gegen den D vorgehen könnte

⇒ zudem Abwarten unzumutbar, da jetzt zu irreversiblen Dispositionen gezwungen

B) Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

I. Verstoß gegen Art. 12 I GG

1. Schutzbereich

a) ⇒ jede erlaubte, auf eine gewisse Dauer angelegte und daher nicht nur vorübergehende, der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit (+)

b) Berufsfreiheit umfasst Berufswahl- und Ausübungsfreiheit

2. Eingriff

3. Rechtfertigung

a) Schrankenvorbehalt = Gesetzesvorbehalt

Problem: nach Wortlaut Art. 12 I S. 1 GG schrankenlos, Art. 12 I S. 2 GG einfacher Gesetzesvorbehalt

aber: Berufswahl und Berufsausübung lassen sich nicht trennen

↳ Berufsausübung wiederholte Bestätigung der Berufswahl ⇒ einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit ⇒ Regelungsvorbehalt erstreckt sich auf das ganze Grundrecht

b) formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit

aa) formelle Verfassungsgemäßheit (+)

bb) materielle Verfassungsgemäßheit

c) Schranken-Schranken

⇒ Verhältnismäßigkeit der Schranke

BVerfG: „Drei-Stufen-Theorie“ =

bes. Ausformung der Verhältnismäßigkeit

aa) legitimer Zweck des Eingriffs:

Schutz der Patienten sowie Finanzierung der Sozialversicherung

bb) Geeignetheit (+)

cc) Erforderlichkeit

Prüfungspunkt 1 der „Drei-Stufen-Theorie“:

Eingriff auf niedriger Stufe ausreichend?

⇒ in welche Stufe wird eingegriffen?

Kassenarzt eine typische Berufsgruppe?

falls (-) ⇒ Berufsausübungsregelung; falls (+)

⇒ subj. (da in Person begründet) Berufswahlbeschränkung

hier: Beruf des Arztes im Allgemeinen betroffen (vgl. Ausbildung, allgemeines Tätigkeitsbild und Sprachgebrauch) ⇒ Berufsausübung

aber: Auswirkung de facto wie subj. Zulassungsbeschränkung ⇒ deren Maßstäbe anzuwenden ⇒ hier erforderlich, da kein milderes Mittel, insbesondere individuelle Prüfung der Leistungsfähigkeit zu aufwendig

dd) Verhältnismäßigkeit i.e.S. (+) ⇒ Gesundheit der Patienten wichtiges Rechtsgut, abstrakt gefährdet

⇒ Übergangszeitraum von sieben Jahren ausreichend, um Dispositionen zu treffen, 20-jährige Kassenarztstätigkeit sichergestellt, Möglichkeit, weiterhin Privatpatienten zu betreuen

II. Verstoß gegen Art. 14 GG

Schutzbereich: umfassender Schutz des Erworbenen als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn

hier: nur Erwerb, nicht auch das Erworbene betroffen

III. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Ungleichbehandlung zwischen Ärzten und sonstigen Freiberuflern (+)

aber: besondere Risiken und Anforderungen als sachlicher Grund

Verfassungsrecht / Bayern

Fall 2 - Lösung - Seite 2

Es handelt sich um eine Verfassungsbeschwerde, über die das BVerfG gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG entscheidet.

A) Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde¹

Anmerkung: Gemäß § 93a BVerfGG bedarf die Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung, die hier allerdings nach dem Bearbeitungsvermerk außer Acht zu lassen war.²

I. Beschwerdeberechtigung („jedermann“, Art. 93 I Nr. 4a GG)

Die Antragsberechtigung steht jedermann zu, soweit er Träger von Grundrechten ist im Sinne des § 90 I BVerfGG. Dr. D (D) ist als natürliche Person antragsberechtigt.

Anmerkung: Die Antragsberechtigung müssen Sie bei natürlichen Personen nicht weiter problematisieren. Anders ist dies bei juristischen Personen. Bei diesen müssten Sie bereits an dieser Stelle der Klausur deren Grundrechtsträgereigenschaft diskutieren, vgl. Art. 19 III GG. Wichtig ist dabei insbesondere die ungeschriebene Einschränkung des Art. 19 III GG, wonach nur juristischen Personen des Privatrechts und nicht solchen des öffentlichen Rechts der Grundrechtsschutz zusteht.³ Problematisch ist auch die Beschwerdeberechtigung juristischer Personen des Auslands. Diese können sich nach Art. 19 III GG nicht auf Grundrechte berufen. Eine Ausnahme macht das BVerfG für die Verfahrensgrundrechte der Art. 101 ff. GG. Auf diese kann sich jeder, auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Auslands, berufen. In diesem Zusammenhang müssen Sie wissen, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG juristische Personen aus EU-Mitgliedstaaten als inländisch behandelt werden, schon um eine Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV zu vermeiden. Anders allerdings die Rechtsprechung des BVerfG zu den Deutschengrundrechten.

Hier neigt das BVerfG dazu, diese Grundrechte wegen der Wortlautgrenze nicht anzuwenden, sondern stattdessen Art. 2 I GG heranzuziehen und diesen dann im Lichte der Deutschengrundrechte auszulegen.⁴ Dies gilt gleichermaßen bei juristischen wie natürlichen Personen.

II. Beschwerde- bzw. Verfahrensfähigkeit

Die Verfahrensfähigkeit betrifft die Frage, ob der Träger des Grundrechts die mögliche Verletzung des Grundrechts selbst oder durch einen Bevollmächtigten gerichtlich abwehren kann.⁵ Einigkeit herrscht darüber, dass derjenige den Schutz seiner Grundrechte selbstständig wahrnehmen kann, der die individuelle Einsichtsfähigkeit und Verantwortlichkeit besitzt, seine Rechte zu verteidigen. Verfahrensfähig ist somit, wer grundrechtsmündig ist. Das ist jedenfalls der Volljährige.

Anmerkung: Da dieses Ergebnis eindeutig ist, können Sie dies in einer Klausur noch kürzer darstellen. Streitig ist der Zeitpunkt der Grundrechtsmündigkeit bei einem Minderjährigen⁶, so dass hier ausführlichere Darstellungen geboten sind. Die Ansicht der starren Altersgrenze geht davon aus, dass der Gesetzgeber in den von ihm geregelten Fällen - vgl. etwa § 62 I Nr. 1 VwGO, § 51 I ZPO - die Grenze der Einsichts- und Entscheidungsfreiheit zutreffend geregelt hat. Es ist sinnvoll, auch im Verfassungsrecht die in den anderen Rechtsgebieten geltenden Altersgrenzen heranzuziehen. An dieser Ansicht ist problematisch, dass danach die Verfahrensfähigkeit bei der Geltendmachung einzelner Grundrechte unterschiedlich zu beurteilen wäre. Bei denjenigen Grundrechten, deren Ausübung an die Regeln der Geschäftsfähigkeit des BGB geknüpft ist (Art. 12, 14 GG), könnte z.B. ein Minderjähriger aufgrund des § 112 BGB geschäftsfähig sein und somit als grundrechtsmündig gelten. Von der Geltendmachung der elementaren Grundrechte aus Art. 2 GG und Art. 3 GG wäre ein Minderjähriger aber ausgeschlossen.⁷ Nach h.M. richtet sich die Grundrechtsmündigkeit eines Minderjährigen allein nach dessen **Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit**.⁸ Nicht abzustellen ist auf die verfahrensrechtliche Prozessfähigkeit i.S.d. § 51 I ZPO.

¹ Ein Prüfungsschema hierzu in **Life&LAW 07/2005, 479 = jurisbyhemmer**.

² Vgl. zu den Annahmeveraussetzungen **Life&LAW 01/1998, 39 = jurisbyhemmer** sowie BVerfG, NJW 1998, 443 = **jurisbyhemmer**.

³ Vgl. hierzu sowie zu den Ausnahmen m.w.N. BVerwG, NVwZ 2007, 1420 = **Life&LAW 02/2008, 117 = jurisbyhemmer**.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 04.11.2015, 2 BvR 282, 13 = **Life&LAW 03/2016, 198 = jurisbyhemmer**.

⁵ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1123.

⁶ Vgl. hierzu Walter, FamRZ 2001, 1.

⁷ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 124.

⁸ BVerfGE 28, 254 = **jurisbyhemmer**.

III. Prüfungsgegenstand („Akt öffentlicher Gewalt“, Art. 93 I Nr. 4a GG)

Prüfungsgegenstand ist jeder Akt öffentlicher Gewalt. Der Begriff der öffentlichen Gewalt ist hier weit auszulegen und erfasst jedes Handeln der öffentlichen Gewalt, also Akte der Exekutive, Judikative und auch der Legislative.

Der Umfang möglicher Beschwerdegegenstände deckt sich demnach mit dem Umfang der Grundrechtsbindung gem. Art. 1 III GG.⁹

Anmerkung: Beachten Sie den Unterschied zu Art. 19 IV GG, der nach allgemeiner Auffassung Akte der Rechtsprechung nicht erfasst und nach h.M. auch nicht auf Gesetzgebungsakte anwendbar ist.¹⁰

Das angegriffene Gesetz ist damit tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis („mit der Behauptung, verletzt zu sein“, Art. 93 I Nr. 4a GG)

D müsste möglicherweise in einem seiner Grundrechte bzw. grundrechtsgleichen Rechte verletzt sein. D kann hier die Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG, des Eigentumsgrundrechts nach Art. 14 GG und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 I GG behaupten.

D müsste aber auch geltend machen können, durch den Akt der öffentlichen Gewalt in zumindest einem dieser Grundrechte **selbst, unmittelbar** und **gegenwärtig** betroffen zu sein.¹¹

1. selbst betroffen?

Eine Selbstbetroffenheit liegt jedenfalls dann vor, wenn der Beschwerdeführer wie vorliegend Adressat der angegriffenen Norm ist.¹²

2. unmittelbar betroffen?

Eine unmittelbare Betroffenheit ist dann gegeben, wenn die angegriffene Vorschrift, ohne eines weiteren Vollzugsaktes zu bedürfen, selbst die Rechtsstellung des Betroffenen verändert.¹³

Hier tritt der Verlust der Kassenarztstellung ohne weiteren Vollzugsakt ein. Die unmittelbare Betroffenheit ist demnach zu bejahen.

Anmerkung: Eine unmittelbare Betroffenheit wird darüber hinaus auch dann angenommen, wenn die Norm ihren Adressaten bereits vor konkreten Vollzugsakten zu später nicht mehr korrigierbaren Dispositionen veranlasst und ein Abwarten aus diesem Grund nicht zumutbar ist.¹⁴

3. gegenwärtig betroffen?

Zweifelhaft ist aber auf den ersten Blick die Gegenwartigkeit der Betroffenheit, da D seine Kassenarztzulassung erst zum 01.01.2024 verliert, er die Verfassungsbeschwerde aber bereits 2019 eingeleitet hat.

Das BVerfG geht von einer gegenwärtigen Betroffenheit dann aus, wenn die Norm ihre Wirkung auf den Adressaten aktuell und nicht nur virtuell in der Zukunft entfaltet.¹⁵ Eine gegenwärtige Betroffenheit nimmt das BVerfG aber auch dann an, wenn das Gesetz die Normadressaten mit Blick auf seine künftig eintretende Wirkung zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen zwingt, oder wenn - wie im vorliegenden Fall - klar abzusehen ist, dass und wie der Beschwerdeführer in der Zukunft von der Regelung betroffen sein wird.¹⁶

Anmerkung: Diese Rechtsprechung des BVerfG ist im Hinblick auf die Jahresfrist des § 93 III BVerfGG zwingend. Jede andere Ansicht würde zu einem Verlust des Beschwerderechts führen. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes würde es an der Gegenwartigkeit fehlen, zum Zeitpunkt der Gegenwartigkeit wäre die Verfassungsbeschwerde verfristet.

⁹ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1125.

¹⁰ BVerfG, NJW 2003, 1924 = FamRZ 2003, 995 = jurisbyhemmer, Anm. Vosskuhle in NJW 2003, 2193; Hemmer/Wüst, Staatsrecht I, Rn. 29.

¹¹ Hieran fehlt es nach BayVerfGH, BayVBl. 1999, 435 = jurisbyhemmer, wenn nur die Rechtswidrigkeit eines angegriffenen Urteils gerügt wird.

¹² BVerfGE 74, 297; NJW 1998, 1385 = Life&LAW 06/1998, 399 = jurisbyhemmer (Verfassungsbeschwerde gegen das saarländische Pressegesetz); BVerfG NJW 2011, 366 ff. = Life&LAW 05/2011, 337 = jurisbyhemmer (Verfassungsbeschwerde eines Erblässers gegen das Erbschaftsteuergesetz).

¹³ BVerfG, NJW 1998, 1385 = Life&LAW 06/1998, 399 = JuS 1999, 77; NJW 1999, 858 = jurisbyhemmer.

¹⁴ BVerfG, NJW 1998, 1385 = Life&LAW 06/1998, 399 = JuS 1999, 77 = jurisbyhemmer; vgl. auch BVerfG, FamRZ 2003, 832 = jurisbyhemmer, nach dieser Entscheidung ist zusätzliche (und nicht alternative) Voraussetzung, dass der Behörde kein Ermessen zukommen darf.

¹⁵ BVerfG, NJW 1998, 809 = jurisbyhemmer (Verfassungsbeschwerde gegen das bayerische Schwangerenberatungsgesetz).

¹⁶ BVerfG, NJW 1998, 1385 = Life&LAW 06/1998, 399 = jurisbyhemmer.

Die Gegenwärtigkeit der Betroffenheit ist auch dann problematisch, wenn die angegriffene Maßnahme sich bereits erledigt hat.¹⁷ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine Verfassungsbeschwerde aber trotz dieser Erledigung zulässig, wenn der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an einer Sachentscheidung hat. Insoweit kann auf die von der Rechtsprechung zu § 113 I S. 4 VwGO entwickelten Fallgruppen zurückgegriffen werden.¹⁸

V. Frist, § 93 III BVerfGG

Die Frist von einem Jahr ist von D eingehalten.

VI. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

Gegen Parlamentsgesetze steht dem D von vornherein kein Rechtsweg offen.

VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Der Verfassungsbeschwerde des D könnte aber der Grundsatz der Subsidiarität entgegenstehen. Diese zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung leitet das BVerfG ebenfalls aus § 90 II BVerfGG ab.

Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde erfordert, dass der Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus auch sonstige prozessuale Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.¹⁹

Anmerkung: Der Subsidiaritätsgrundsatz wurde gerade für Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze entwickelt, da gegen diese kein Rechtsweg offensteht. Damit soll eine ausreichende Prüfung des Sachverhalts durch die Fachgerichte sowie eine Entlastung des BVerfG bewirkt werden, damit sich das Verfassungsgericht auf seine eigentliche Aufgabe des Verfassungsschutzes konzentrieren kann.

Danach ist eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze grundsätzlich nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer alle ihm

zur Verfügung stehenden und zumutbaren verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung der Grundrechtsverletzung ergriffen hat.²⁰ Er muss demnach gegebenenfalls eine Einzelfallanwendung abwarten oder gar erst erwirken, diese angreifen und so die Rechtsnorm inzident bereits durch die Fachgerichte überprüfen lassen.²¹

Vorliegend ist allerdings die Besonderheit zu beachten, dass es keine Vollzugsakte gibt. Der Verlust der Zulassung tritt vielmehr automatisch ein, dem Beschwerdeführer steht keine Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes vor den Fachgerichten offen, da das Gesetz auch keine Ausnahmenvorschriften für den Fall des D vorsieht.²² Vor allen Dingen aber findet der Subsidiaritätsgrundsatz seine Grenze in der Zumutbarkeit, vgl. den Rechtsgedanken des § 90 II S. 2 BVerfGG.²³

Hier ist es dem D unzumutbar, bis zum Jahre 2024 abzuwarten und dann den Rechtsweg gegen den Verlust der Zulassung zu beschreiten, da er bereits jetzt zu Dispositionen im Hinblick auf die Praxisübergabe und seine Altersvorsorge gezwungen wird, die nach dem Erreichen der Altersgrenze nicht mehr rückgängig gemacht werden können.²⁴

Die Verfassungsbeschwerde ist demnach zulässig. Eine anwaltliche Vertretung ist nicht erforderlich. Von der Einhaltung der Formvorschriften des § 23 BVerfGG ist auszugehen.

B) Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der D als Beschwerdeführer in einem der Rechte des § 90 I BVerfGG verletzt ist.

I. Verstoß gegen Art. 12 I GG

§ 95 VII SGB V könnte gegen Art. 12 I GG verstoßen.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 03.07.2015, BvR 2405/11 = **Life&LAW 10/2015, 753** = jurisbyhemmer.

¹⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.03.2011 = **Life&LAW 07/2011, 507** = jurisbyhemmer; BVerfG, Beschluss vom 20.03.2013, 2 BvR 67/11 = **Life&LAW 10/2013, 758** = jurisbyhemmer.

¹⁹ Vgl. BVerfG, NVwZ 1989, 855; BVerfG, NJW 1999, 2031 = jurisbyhemmer.

²⁰ BVerfG, NJW 1998, 1385 = **Life&LAW 06/1998, 399** = jurisbyhemmer.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 25.06.2015, 1 BvR 37/15 sowie BVerfG, Beschluss vom 24.06.2015, 1 BvR 1360/15 = beide **Life&LAW 10/2015, 753** = jurisbyhemmer.

²² Besteht die Möglichkeit, eine Ausnahme zu beantragen, muss dies vorrangig getan werden, BVerfG, NJW 2001, 2009 = jurisbyhemmer.

²³ Allgemein zum Grundsatz der Subsidiarität Hemmer/Wüst, Staatsrecht I, Rn 58 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1157 ff.; vgl. auch BVerfG, NJW 2004, 1650 = jurisbyhemmer, wonach die Subsidiarität einer Verfassungsbeschwerde sogar dann entgegensteht, wenn Argumente erstmalig im verfassungsgerichtlichen Verfahren vorgetragen werden; allgemein zu den Einschränkungen der Verfassungsbeschwerde Kloepfer, DVBl. 2004, 676.

²⁴ BVerfG, NJW 1998, 1776 = jurisbyhemmer (Kassenarzentscheidung).

Verfassungsrecht / Bayern

Fall 2 - Lösung - Seite 5

1. Schutzbereich

Art. 12 I GG schützt die Berufsfreiheit. Neben der Berufswahl und der Berufsausübungsfreiheit ist auch das Recht der freien Arbeitsplatzwahl²⁵ und der freien Wahl der Ausbildungsstätte geschützt.²⁶

- a) Der Begriff des Berufes ist im Grundgesetz nicht definiert. Maßgeblich ist der zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes geltende Berufsbegriff des Handels- und Gewerberechts:

Beruf ist jede erlaubte, auf eine gewisse Dauer angelegte und daher nicht nur vorübergehende, der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit.

- b) Diese Voraussetzungen sind bei D erfüllt. Er verdient mit seiner Praxis seinen Lebensunterhalt.

Die Praxis schafft die Lebensgrundlage des D. Da D Deutscher i.S.d. Art. 116 GG ist, kann er sich auch auf das Bürgerrecht des Art. 12 I GG berufen.

Anmerkung: Ausländische Mitbürger können sich jedenfalls auf Art. 2 I GG berufen, wobei das BVerfG mittlerweile i.R.d. Art. 2 I GG die Wertungen des Art. 12 GG nahezu vollständig berücksichtigt.²⁷ Inwieweit sich eine GmbH, die vollständig aus „Nichtdeutschen“ besteht, auf Art. 19 III, 12 I GG berufen kann, hat das BVerfG offengelassen.²⁸

Die Tätigkeit des D ist von der Berufsfreiheit erfasst. Der Schutzbereich des Art. 12 I GG ist eröffnet.

2. Eingriff

Dem D wird eine freibestimmte Tätigkeit, die weitere Tätigkeit als Kassenarzt, untersagt. Es besteht ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff ist gerechtfertigt, d.h. § 95 VII SGB V ist eine Schranke der Berufsfreiheit, wenn sich das angegriffene Gesetz auf einen Schranken- bzw. Regelungsvorbehalt stützen

lässt sowie formell und materiell i.Ü. verfassungsgemäß ist und die „Schranken-Schranke“ der Verhältnismäßigkeit beachtet wurde.²⁹

a) Schrankenvorbehalt = Gesetzesvorbehalt

Nach dem Wortlaut des Art. 12 I S. 2 GG gilt der Regelungsvorbehalt lediglich für die Berufsausübung. Der Grundgesetzgeber wollte in Anknüpfung an die Unterscheidung im Gewerbebereich nach der Zulassung und Ausübung eines Gewerbes auch die Berufswahl und die Ausübung unterscheiden.

Die Berufsaufnahme ist jedoch sowohl eine Äußerung der Berufswahl als auch bereits ein erster Akt der Berufsausübung. **Wahl und Ausübung des Berufes lassen sich nicht trennen.** Sie stellen vielmehr nur ineinandergreifende, sich berührende Phasen der beruflichen Betätigung dar. Art. 12 I GG ist daher so zu interpretieren, dass er nicht zwei selbstständige Grundrechte verbürgt, sondern nur ein **einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit** (Berufswahl / Berufsausübung / Wahl des Arbeitsplatzes / Wahl der Ausbildungsstätte).

Der **Regelungsvorbehalt** in Art. 12 I S. 2 GG beschränkt sich nicht 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.³⁰

§ 95 VII SGB V wird dem Gesetzesvorbehalt gerecht.

b) formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit

Voraussetzung dafür, dass § 95 VII SGB V eine taugliche Schranke des Art. 12 I GG sein kann, ist allerdings die formelle und materielle Verfassungsgemäßheit des Gesetzes.

- aa) Von der formellen Verfassungsgemäßheit des Gesetzes ist nach dem Bearbeitungsvermerk auszugehen.

²⁵ BVerfGE 7, 402 = jurisbyhemmer.

²⁶ BVerfGE 33, 329 = jurisbyhemmer.

²⁷ BVerfG, NJW 2002, 663 = DVBl. 2002, 328 mit interessanter Anmerkung Volkman = **Life&LAW 05/2002, 333** = BayVBl. 2002, 300 = jurisbyhemmer; für EU-Bürger ist dies aufgrund von Art. 18 AEUV zwingend, vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.11.2015, 2 BvR 282/13 = **Life&LAW 03/2016, 198** = jurisbyhemmer, wobei in diesem Fall auch eine direkte Anwendung von Art. 12 I GG vertretbar ist.

²⁸ BVerfG, NJW 2002, 1485 = jurisbyhemmer.

²⁹ Vgl. zu dieser Terminologie Hemmer/Wüst, Staatsrecht I, Rn. 114 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 252 ff.

³⁰ BVerfGE 7, 377 = jurisbyhemmer; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 GG, Rn. 9; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 12 GG, Rn. 10.

Anmerkung: Der Bund ist für die Regelung des Sozialversicherungsrechts nach Art. 74 I Nr. 12 GG zuständig. Zum Sozialversicherungsrecht i.d.S. gehört auch das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung.³¹ Die Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 72 II GG entfällt im vorliegenden Fall, da Art. 74 I Nr. 12 GG dort nicht genannt ist.

Zur formellen Verfassungsgemäßheit gehört die Einhaltung des **Zitiergebots** nach Art. 19 I S. 2 GG, dessen Verletzung ggf. zur Nichtigkeit führt.³²

Das Zitiergebot dient zur Sicherung derjenigen Grundrechte, die aufgrund eines speziellen, vom Grundgesetz vorgesehenen Gesetzesvorbehalts über die im Grundrecht selbst angelegten Grenzen hinaus eingeschränkt werden können.³³

Der Gesetzgeber soll sich über die Auswirkungen seiner Regelungen für die betroffenen Grundrechte Klarheit verschaffen (Warn- und Besinnungsfunktion). Zu unterscheiden sind jedoch Grundrechtseinschränkungen im Sinne von Art. 19 I S. 2 GG von grundrechtsrelevanten Regelungen. Grundrechtsrelevante Regelungen hat der Gesetzgeber aufgrund der im Grundrecht vorgesehenen Regelungsaufträge als Inhaltsbestimmungen oder Schrankenziehungen vorgesehen. Berufsregelnde Gesetze sind keine Einschränkungen im Sinne von Art. 19 I S. 2 GG. Durch die bewusste Verwendung des Wortes „regeln“ in Art. 12 I GG hat der Grundgesetzgeber klargestellt, dass es sich dabei um einen Regelungsauftrag für den Gesetzgeber handelt.

Eine Ausgestaltung des Verfassungsgeberwillens stellt keinen Eingriff dar. Das Zitiergebot des Art. 19 I GG ist im Rahmen des Art. 12 I GG deshalb – wie insbesondere auch bei Art. 2 I und 14 I GG – nicht anwendbar.³⁴

bb) In materieller Hinsicht könnte allenfalls ein Problem im Hinblick auf die Rückwirkung des Gesetzes bestehen, da mit dem Gesetz eine Tätigkeit neu geregelt wird, die die Betroffenen bereits ausüben. Da die Regelungen aber rein zukunftsgerichtet sind, liegt allenfalls eine unechte Rückwirkung vor, die aufgrund der sehr langen Übergangsfrist von über sieben Jahren unbedenklich ist.³⁵

c) Schranken-Schranken, insbes. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Die Regelungsbefugnis in Art. 12 I S. 2 GG bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber einen weiteren Ermessensspielraum hätte als beim sonstigen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Insbesondere kann durch den Gesetzgeber nicht das ganze Gebiet des Berufsrechts umfassend geordnet und dabei der Inhalt des Grundrechts erst konstitutiv bestimmt werden. Bei einer solchen Auslegung des Begriffes „regeln“ würde das Grundrecht entwertet.

Der Inhalt des Grundrechts kann nicht frei bestimmt werden. Bei Eingriffen gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Im Rahmen des Art. 12 GG gilt eine speziell ausgeformte Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

Das BVerfG entwickelte im sog. Apothekenurteil³⁶ die **Stufenlehre** mit den drei Stufen zunehmender Eingriffsintensität:

- (1) Regelungen der Berufsausübung
- (2) subjektive Berufswahlvoraussetzungen
- (3) objektive Berufswahlvoraussetzungen

Mit der Zunahme der Eingriffsintensität geht die Abnahme gesetzgeberischen Gestaltungsfreiraums einher.

Die Prüfung gemäß der Stufentheorie des BVerfG erfolgt in zwei Teilen: Zunächst wird im Rahmen allgemeiner Grundsätze der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs geprüft, ob der Eingriffsakt einen legitimen Zweck verfolgt und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet ist. Der zweite Teil der Prüfung ist die Stufenprüfung, als Prüfung der Erforderlichkeit und spezielle Ausformung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Exkurs: Die Drei-Stufen-Prüfung zu Art. 12 I GG³⁷

Das BVerfG hat mit der sogenannten Apotheker-Entscheidung zum Regelungsvorbehalt bzgl. der Berufsfreiheit einen Dreischritt gesetzlichen Eingreifens entwickelt. Dabei wird differenziert nach dem Schutz des jeweiligen Rechtsgutes und dem Eingriffsobjekt der Regelung.

³¹ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 74 GG, Rn. 120 ff.

³² Vgl. BVerfGE 5, 15 = jurisbyhemmer.

³³ BVerfGE 24, 367.

³⁴ Vgl. BVerfGE 13, 122 = jurisbyhemmer; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 19 GG, Rn. 8.

³⁵ Ausführlich hierzu Fall 12.

³⁶ BVerfGE 7, 377 = jurisbyhemmer.

³⁷ Zusammenfassend Hemmer/Wüst, Staatsrecht I, Rn. 270 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 846 ff.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 12 GG, Rn. 11 ff.

Stufe 1: Regelung der Berufsausübung³⁸

Sie betrifft das „Wie“, d.h. die Art und Weise beruflicher Tätigkeit.

Im Rahmen der Berufsausübung sind Eingriffe **verhältnismäßig**, wenn vernünftige Erwägungen zugunsten des **Allgemeinwohls** die Beschränkungen als zweckmäßig erscheinen lassen.³⁹

Stufe 2: Subjektive Voraussetzungen der Berufswahl

Diese Stufe stellt einen Fall des erweiterten, nicht direkt gesetzlich geregelten Gesetzesvorbehalts dar. Deshalb sind strenge Voraussetzungen an die Zulässigkeit zu stellen. Es handelt sich hierbei um in der Person des Grundrechtsträgers liegende Voraussetzungen, die in aller Regel von dessen Willen abhängig und deshalb von ihm beeinflussbar sind (vgl. z.B. § 4 GastG: Zuverlässigkeit und Eignung).

Eine solche Regelung ist dann zulässig, wenn sie dem **Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes vor abstrakten Gefahren** dient. Solche überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter sind z.B. die Volksgesundheit, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs u.Ä.

Stufe 3: Objektive Voraussetzungen der Berufswahl

Diese Stufe stellt den schärfsten Eingriff in die berufliche Tätigkeit dar. Die Eingriffsgründe liegen außerhalb der Person des Betroffenen. Der Berufswerber hat es von sich aus nicht in der Hand, den Rechtsnachteil abzuwenden. Daher werden an die Zulässigkeit einer die Berufswahl objektiv regelnden Norm die strengsten Voraussetzungen geknüpft. Nur die **Abwehr nachweisbarer oder höchst wahr-scheinlicher, also konkreter, Gefahren für ein überragendes Gemeinschaftsgut** mit Verfassungsrang kann eine Maßnahme auf dieser Stufe rechtfertigen.

Regelungen nach Art. 12 I S. 2 GG müssen stets auf derjenigen Stufe vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Berufsfreiheit zur Folge hat.

Die nächste Stufe darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn die befürchteten Gefahren mit verfassungsmäßigen Mitteln der vorausgehenden Stufe nicht wirksam bekämpft werden können. Zudem muss der Gesetzgeber auch auf der niedrigsten Stufe das mildeste von mehreren Mitteln wählen.

In manchen neueren Entscheidungen greift das BVerfG nicht mehr auf die Drei-Stufen-Theorie zurück und prüft „nur“ die Verhältnismäßigkeit. Dies gilt vor allen Dingen, wenn es sich ohnehin nur um eine Berufsausübungsregel handelt, also ein Eingriff auf der niedrigsten Stufe vorliegt. In diesem Fall hilft die Drei-Stufen-Theorie nicht viel weiter.⁴⁰

In einer Klausur sollten Sie dennoch immer die Drei-Stufen-Theorie heranziehen. Zum einen wird es der Korrektor regelmäßig von Ihnen erwarten, zum anderen geben Sie sich so selbst einen Leitfaden an die Hand, der eine saubere Prüfung garantiert.

aa) legitimer Zweck des Eingriffs

Die Einführung des § 95 VII SGB V soll zum einen die Leistungsfähigkeit der Kassenärzte sicherstellen. Zum anderen soll sie einen Beitrag leisten zur Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung und sicherstellen, dass die Reduzierung der Anzahl der Kassenärzte nicht allein zu Lasten der jüngeren Ärzte geht.

Anmerkung: Im Originalfall lässt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien allein der letztgenannte Zweck entnehmen. Das BVerfG lässt offen, ob allein dieser Zweck für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ausreichen würde.

Das BVerfG nimmt für sich in Anspruch, eine Norm auch unter Berücksichtigung solcher Gesichtspunkte zu prüfen, die in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben.⁴¹

bb) Geeignetheit

Die Regelung ist geeignet, diesen Zweck zu erreichen.

cc) Erforderlichkeit

Der Eingriff durch das Gesetz müsste auf derjenigen Stufe vorgenommen werden, die die geringstmögliche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit mit sich bringt.

³⁸ Umfassend hierzu Manssen, BayVBl. 2001, 641, Berufsfreiheit bei der Berufsausübung.

³⁹ Vgl. hierzu z.B. BVerfG, NJW 1997, 2871 = jurisbyhemmer.

⁴⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409 = Life&LAW 09/2008, 619 = jurisbyhemmer (Rauchverbot); BVerfG, NJW 2006, 751 = Life&LAW 04/2006, 269 = jurisbyhemmer (Oddset).

⁴¹ BVerfG, NJW 1998, 1776 = jurisbyhemmer (Kassenarzentscheidung); die Entscheidung ist insoweit z.T. heftig kritisiert worden, vgl. m.w.N. Sodan, „Verfassungsrechtssprechung im Wandel – am Beispiel der Berufsfreiheit“, NJW 2003, 257; zum vergleichbaren Fall der Höchstaltersgrenze für Prüflingen BayVerfGH, Entscheidung vom 05.03.2013, Vf. 123-VI-11 = jurisbyhemmer.

Verfassungsrecht / Bayern

Fall 2 - Lösung - Seite 8

Zu klären ist, auf welcher Stufe in das Grundrecht des D aus Art. 12 I GG eingegriffen werden kann. Maßgeblich dafür ist die Bestimmung des von D ausgeübten Berufes. Ist als Beruf die Tätigkeit als Arzt anzusehen, handelt es sich um eine bloße Ausübungsregelung, da D grds. weiterhin als Arzt tätig sein, nur eben keine Kassenpatienten mehr betreuen darf. Geht man hingegen von einem eigenständigen Beruf des Kassenarztes aus, so liegt eine subjektive Zulassungsbeschränkung vor, da die weitere Tätigkeit von in der Person des D begründeten Umständen abhängig gemacht wird.

Anmerkung: Altersgrenzen als subjektive Zulassungsbeschränkungen einzustufen, entspricht der nahezu einhelligen Ansicht.⁴² Die herkömmliche Definition, die z.T. darauf abstellt, ob die Umstände vom Berufstätigen beeinflusst werden können, ist insoweit nicht genau.

Allerdings ist zu beachten, dass das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie keineswegs so schematisch anwendet, wie dies in manchem Lehrbuch vermittelt wird (s. auch unten). Die Grenzen zwischen den einzelnen Stufen sind fließend. Das Kriterium der Beeinflussbarkeit geht bei einer Einstufung als subjektive Zulassungsvoraussetzung nicht völlig unter, sondern ist i.R.d. Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

Ob eine Tätigkeit als eigenständiger Beruf zu werten ist, richtet sich nach dem funktionalen Zusammenhang und der allgemeinen Verkehrsanschauung.

Hier wird man wohl von einem Beruf des Arztes und damit von Berufsausübungsregelungen ausgehen müssen. Es gibt keine besondere Qualifikation zum Kassenarzt. Des Weiteren entspricht es dem typischen Bild des Arztes, sowohl Kassen- als auch Privatpatienten zu behandeln. Auch nach der Umgangssprache sucht man einen „Arzt“ und nicht einen „Kassenarzt“ auf.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist hier vertretbar, da die Praxis eines „normalen“ Kassenarztes in finanzieller Hinsicht ganz wesentlich durch Kassenpatienten geprägt ist.

Letztlich kann eine genaue Abgrenzung aber offenbleiben. Von ihren **Auswirkungen** her ist die Regelung als subjektive Zulassungsbeschränkung einzustufen.

Wenn D keine Kassenpatienten mehr betreuen darf, ist ihm ein weiterer Praxisbetrieb in finanziell sinnvoller Weise nicht mehr möglich. Für die Anwendung der Drei-Stufen-Theorie als besonderer Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss es aber maßgeblich auf die tatsächliche Auswirkung der gesetzlichen Regelung auf die Grundrechtsverwirklichung und nicht so sehr auf die theoretische Einordnung ankommen. Selbst wenn man hier also von einer bloßen Berufsausübungsregelung ausgeht, sind an diese die Anforderungen zu stellen, die üblicherweise für eine subjektive Zulassungsbeschränkung gelten.⁴³

Anmerkung: Hüten Sie sich vor einer allzu schematischen Anwendung der Drei-Stufen-Theorie! Die Abgrenzung zwischen den einzelnen Stufen ist in den Grenzbereichen schwierig und kaum sauber durchzuführen. Das BVerfG lässt häufig eine genaue Einordnung offen (s.o.) und fragt nach der konkreten Schwere des Grundrechtseingriffs, sodass die verschiedenen Stufen ineinander verschwimmen können.⁴⁴

Allerdings ist dieser Eingriff dennoch erforderlich, da ein geringeres, gleich effektives Mittel nicht ersichtlich ist. Der Gesetzgeber ist im Rahmen des ihm eingeräumten Gestaltungsspielraums nicht darauf beschränkt, jeweils im Einzelfall ab Vollendung des 68. Lebensjahres eine individuelle Prüfung der Leistungsfähigkeit zur Sicherstellung seiner Ziele vorzunehmen.

Er darf, gerade wenn es um den Schutz so hochrangiger Rechtsgüter wie der Gesundheit der Patienten geht, eine solche Einzelfallprüfung als zu aufwendig einstufen und auf der Grundlage von Erfahrungswerten eine generalisierende Lösung erlassen.⁴⁵

dd) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Subjektive Zulassungsbeschränkungen sind dann verhältnismäßig i.e.S., wenn sie dem **Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes vor abstrakten Gefahren** dient.

⁴² M.w.N. BVerfG, NJW 1998, 1776 = jurisbyhemmer (Kassenarzentscheidung).

⁴³ BVerfG, NJW 1998, 1776 = jurisbyhemmer (Kassenarzentscheidung); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 852 f.

⁴⁴ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 852.

⁴⁵ BVerfG, NJW 1998, 1776 = jurisbyhemmer (Kassenarzentscheidung).

Ein solches Gemeinschaftsgut ist die Gesundheit der Kassenpatienten, zumal diesen, anders als privat Versicherten, nicht die Möglichkeit der freien Arztwahl offensteht⁴⁶, sondern sie auf die Betreuung durch einen Kassenarzt angewiesen sind.

Für dieses Gemeinschaftsgut besteht hier auch eine zumindest abstrakte Gefahr. Die Tätigkeit als Kassenarzt stellt hohe Anforderungen an die volle körperliche und geistige Leistungsfähigkeit. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter größer wird. Hinzu kommt, dass auch die Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung ein Gemeinwohlbelang von großem Gewicht ist.⁴⁷

Bedenken bezüglich der Verhältnismäßigkeit bestehen von daher allenfalls hinsichtlich bereits zugelassener Vertragsärzte, die ihre Lebensplanung eventuell umstellen müssen, da sie den Verlust der Kassenarztzulassung nicht beeinflussen können.

Ärzte, die erst nach dem Erlass des Gesetzes ihre Praxis eröffnen, genießen kein schutzwürdiges Vertrauen, weil ihnen die Gesetzeslage von Anfang an bekannt ist. Dabei ist zu beachten, dass bereits tätigen Kassenärzten eine Übergangsfrist von mindestens sieben Jahren bis zum Verlust der Zulassung eingeräumt wurde. Dieser Übergangszeitraum sollte ausreichen, um die notwendigen Dispositionen treffen zu können und die Lebens- und Berufsplanung darauf abzustellen.

Des Weiteren spricht für die Angemessenheit der Regelung, dass § 95 VII S. 2 SGB V bereits zugelassenen Ärzten die Möglichkeit einräumt, wenigstens 20 Jahre lang eine vertragsärztliche Praxis zu betreiben. Der Gesetzgeber durfte in generalisierender Betrachtungsweise davon ausgehen, dass diese Zeitspanne ausreicht, getätigte Investitionen zu erwirtschaften und eine angemessene Altersversorgung zu erwirtschaften. Der Eingriff wird darüber hinaus dadurch abgemildert, dass der Vertragsarzt auch nach Vollendung des 68. Lebensjahres durch eine privatärztliche Tätigkeit - wenn auch nur in begrenztem Umfang - Einkünfte erzielen kann.⁴⁸

4. Zwischenergebnis

Das Gesetz erweist sich insoweit als verhältnismäßig. Der Eingriff in Art. 12 GG ist gerechtfertigt.

II. Verstoß gegen Art. 14 GG

Art. 14 I GG ist schon nicht in seinem Schutzbereich berührt. Zwar fällt das Eigentum an einer Praxis als eine Gesamtheit von Sacheigentum und Forderungen im zivilrechtlichen Sinne unter den Begriff des Eigentums i.S.d. Art. 14 I GG. Durch die angegriffenen gesetzlichen Regelungen wird dieses aber nicht betroffen. § 95 VII SGB V bezieht sich nur auf die berufliche Betätigung, also den **Erwerb**, und nicht auch auf das **Erworbene**.⁴⁹ Den Kassenärzten wird die Möglichkeit des Verkaufs oder der Übertragung der Praxis nicht genommen. Auch steht es ihnen offen, die Praxis als solche - z.B. für die Behandlung von Privatpatienten - weiterzubenutzen. Von einem Verkaufszwang kann also rechtlich betrachtet nicht die Rede sein.

III. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Art. 3 I GG verbietet es, **wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln**.⁵⁰

Hier könnte man an eine Ungleichbehandlung zwischen Ärzten und sonstigen Freiberuflern, bspw. Rechtsanwälten, denken, die keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen.

Was wesentlich gleiche oder ungleiche Sachverhalte sind, bestimmt **der Gesetzgeber** im Rahmen des **Willkürverbots**. Die Differenzierung im vorliegenden Fall ist jedenfalls nicht willkürlich, wenn es dafür einen **sachlichen Grund** gibt.

Dieser sachliche Grund ist hier in den besonderen Risiken und Anforderungen, die der Arztberuf mit sich bringt, zu sehen.⁵¹

Auch eine Verletzung von Art. 3 I GG scheidet damit aus.

⁴⁶ Diesen Punkt übersehen diejenigen, die die Entscheidung des BVerfG z.T. als Satire bezeichnen, vgl. Sodan, NJW 2003, 257.

⁴⁷ BVerfG, DVBl. 2002, 400 = **jurisbyhemmer**.

⁴⁸ BVerfG, NJW 1998, 1776 = **jurisbyhemmer** (Kassenarzentscheidung); vgl. auch BayVerfGH, Urteil vom 05.03.2013, Vf. 123-VI-11 = **Life&LAW 10/2014, 746** = **jurisbyhemmer** zur Altersgrenze bei Prüfingenieuren, so-

wie BGH, Beschluss vom 17.03.2014, NotZ 21/13 = **Life&LAW 10/2014, 746** = **jurisbyhemmer** zur Altersgrenze bei Notaren: Beide Entscheidungen bejahen die Verhältnismäßigkeit auch ohne die Möglichkeit, weiter in dem Beruf tätig sein zu können!

⁴⁹ BVerfG, NJW 1998, 1776 = **jurisbyhemmer** (Kassenarzentscheidung).

⁵⁰ Ausführlich zu Art. 3 GG die Fälle 8 und 9 Verfassungsrecht.

⁵¹ BVerfG, NJW 1998, 1776 = **jurisbyhemmer** (Kassenarzentscheidung).

IV. Ergebnis

Das angegriffene Gesetz verletzt keine Grundrechte. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

Arbeitshinweis:

Lesen Sie

- zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde BVerfG, Beschluss vom 25.06.2015, 1 BvR 37/15 = **Life&LAW 10/2015, 753** mit weiteren Entscheidungen auch zu dieser Frage im Background
- zum Zitiergebot Hemmer/Wüst, Staatsrecht I, Rn. 124
- zu Reichweite und Einschränkung der Berufsfreiheit Hemmer/Wüst, Staatsrecht I, Rn. 259 ff. Zur Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen für Bürgermeister vgl. BVerfG, **Life&LAW 01/1998, 42**. Zur Vereinbarkeit von untergesetzlichen Höchstaltersgrenzen mit dem AGG (Stichwort: Verbot der Altersdiskriminierung) vgl. BVerwG, NJW 2012, 1018 = **Life&LAW 09/2012, 663**.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen:

1. Welchen Schutzbereich hat Art. 12 I GG?
2. Welche Bestimmung der Bayerischen Verfassung schützt die Berufsfreiheit?
3. Wer kann gemäß Art. 120 BV Verfassungsbeschwerde zum BayVGH erheben?



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

Juristisches Repetitorium hemmer
Übungsklausur für die Erste Juristische Staatsprüfung
Sachverhalt Klausur 2004 (Zivilrecht)

Diese Aufgabe umfasst 2 Seiten.

Bearbeitungszeit: 5 Stunden

K ist Bildhauer und fertigt aus hochwertigem Marmor teure Skulpturen. Zu diesem Zweck kauft er beim Marmorhändler M zum Preis von 10.500 € Marmor, zahlbar in 7 Raten zu je 1.500 €. M liefert dem K den Marmor wie vereinbart unter verlängertem Eigentumsvorbehalt, der den K „zur Weiterveräußerung der hergestellten Skulpturen nur gegen Abtretung der Kaufpreisforderungen gegen die Erwerber berechtigt“, und mit einer Verarbeitungsklausel, wonach „der K sich verpflichtet, für den M zu verarbeiten“. K stellt aus dem gelieferten Marmor in seinen von V gepachteten Werkstatträumen daraufhin 5 Skulpturen „Die Umarmung“ her.

Zur Sicherung eines Kredits für seine aufwendige Lebensweise übereignet K die fertiggestellten Skulpturen, die in seiner Werkstatt lagern, an die B-Bank. M weiß davon nichts.

Als M Bekanntschaft mit Kunstliebhaber L macht, wittert er ein gutes Geschäft. L ist bereit, 50.000 € in bar für die 5 Skulpturen (Wert 40.000 €) zu bezahlen. M übereignet deswegen die Skulpturen unter Abtretung des Herausgabeanspruchs, der ihm seiner Meinung nach als Eigentümer der Skulpturen gegen K zustehe, an den L.

Nachdem K erst 5 der 7 Raten zu je 1.500 € bezüglich des Marmorkaufs für die Skulpturen an den M überwiesen hat, kann er einige Wochen später keinerlei ausstehende Forderungen mehr erfüllen, weder die letzten Raten in Höhe von 3000 € gegenüber M, noch die offene Darlehensforderung der B-Bank in Höhe von 40.000 €, noch die noch nicht beglichenen Pachtforderungen des V in Höhe von 20.000 €.

Bei der B-Bank sorgt man sich um die Rückzahlung des gewährten Darlehens. Um herauszufinden, ob man sich mit dem Verkauf der Skulpturen befriedigen kann, beauftragt die B-Bank ihren Justiziar J mit der gutachtlichen Prüfung der Rechtslage.

Teil 1 des Gutachtens des J:

J soll klären, wer derzeit Eigentümer der Skulpturen ist.

Teil 2 des Gutachtens des J:

Falls er zu dem Ergebnis kommt, dass der B-Bank das Eigentum nicht zusteht, soll er prüfen, ob die Bank gegebenenfalls durch weitere Schritte noch unbelastetes Eigentum erwerben kann.

Vermerk für die Bearbeitung:

Fertigen Sie das ausführliche Rechtsgutachten des J.

Teil 3: Abwandlung:

Hat die B-Bank – gegebenenfalls nach Vornahme weiterer Schritte – Ansprüche gegen den M bezüglich der von L erhaltenen 50.000 €?

Hinweis zur Abwandlung:

Legen Sie besonderes Augenmerk auf die Anspruchshöhe.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Übersicht - Seite 1

ÜBERSICHT

Teil 1: Eigentumsverhältnisse an den Skulpturen

I. Ursprünglicher Eigentümer des Marmor: M

II. Eigentumsverlust am Marmor an K durch Übereignung an M:

(-), §§ 929 S. 1, 158 I (449) BGB

Eigentumsvorbehalt (+), Bedingungseintritt (-)

III. Eigentumsverlust an K durch Verarbeitung des Marmors zu Skulpturen gemäß § 950 BGB? (-)

Auswirkungen der **Verarbeitungsklausel**: Modifikation des Herstellerbegriffs oder Unzulässigkeit und dann antizipierte, auflösend durch vollständige Kaufpreiszahlung bedingte Rückübereignung (Durchgangserwerb!)?

Jedenfalls: M wird nach allen Ansichten Eigentümer der Skulpturen, § 950 I BGB.

IV. Eigentumsverlust des M durch Sicherungsübereignung der Skulpturen durch K an die B-Bank:

§§ 929, 930, 933 BGB (-)

K bleibt Besitzer, damit **Übergabe** (-), kein vollständiger Besitzverlust

V. Eigentumserwerb des L von M, §§ 929, 931 BGB (+)

P: Verfügungsbefugnis (+), M **Berechtigter**

P: § 985 nicht abtretbar, aber Anspruch aus der **Sicherungsabrede** gem. §§ 311, 241 BGB

Zwischenergebnis: derzeitiger Eigentümer der Skulpturen ist L.

Teil 2: Möglicher Eigentumserwerb der B-Bank

Durch Zahlung der letzten beiden Kaufpreistrand durch die B-Bank an M, wenn dann ein **Anwartschaftsrecht der B-Bank zum Volleigentum erstarkt**.

I. Steht der B-Bank Anwartschaftsrecht (AnwR) an den Skulpturen zu?

Erlangt i.R.d. fehlgeschlagenen Sicherungsübereignung der Skulpturen (§§ 133, 157 BGB) gemäß **§§ 929, 930 BGB** (analog)?

Voraussetzung: Dem K stand ein **Anwartschaftsrecht an den Skulpturen (!)** zu:

1. **Ursprünglich: AnwR des K am Marmor (+)**
2. **AnwR am Marmor erloschen wegen Verarbeitung, § 950 II BGB?**

Kein AnwR, wenn man § 950 II BGB (analog) auf das AnwR anwendet (**BGH**)

aber richtigerweise:

Auswirkungen der **Verarbeitungsklausel**:

Zwar keine dingliche Surrogation, aber:

Bei Unwirksamkeit der Verarbeitungsklausel antizipierte auflösend bedingte Sicherungsübereignung der Skulpturen an M, damit wieder **AnwR** des K (+)

Jedenfalls aber nach Auslegung der Sicherungsabrede antizipierte, aufschiebend bedingte Rückübereignung der Skulpturen durch M an K nach §§ 929 S. 2, 158 I BGB: auch hier **AnwR** des K an den **Skulpturen** (+)

Gem. §§ 929, 930 analog auf **B-Bank** übergegangen (+)

II. Anwartschaftsrecht der B-Bank erloschen durch gutgläubigen Wegerwerb durch L gemäß §§ 936 BGB (i.V.m. § 161 III BGB)?

§ 936 I S. 1 BGB oder § 936 I S. 3 BGB? Hat M noch mittelbaren Besitz an den Skulpturen: Problem des **mittelbaren Nebenbesitzes**.

Jedenfalls aber: **§ 936 III BGB**: kein lastenfreier Erwerb des L, der besitzrechtlich nicht näher an die Skulpturen kommt als die B-Bank.

Zwischenergebnis: Eigentumserwerb der B-Bank durch Zahlung des restlichen Kaufpreises und **Erstarken des AnwR zum Eigentum bei der B-Bank, L verliert das Eigentum an den Skulpturen.**

III. Lastenfreiheit des Eigentums

(-), wenn Eigentum an den Skulpturen bzw. das von K an die B-Bank übertragene Anwartschaftsrecht mit einem **Verpächterpfandrecht belastet** war.

Verpächterpfandrecht entsteht gemäß §§ 581 II, 578 II S. 1, I. 562 BGB nur an „**Sachen des Pächters**“.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Übersicht - Seite 2

Skulpturen standen nur dann für eine juristische Sekunde im Eigentum des Pächters K, wenn man einen **Durchgangserwerb des K** i.R.d. Verarbeitungsklausel bejaht.

BGH / Lit: kein Durchgangserwerb, Direkterwerb des M gem. § 950 I BGB

Teil der Lit: K zunächst für eine logische Sekunde Eigentümer der hergestellten Skulpturen

Aber Streitfrage kann offenbleiben: Pfandrecht des Verpächters erstreckt sich auch auf das Anwartschaftsrecht des K!

(Nur der BGH kommt zu einem anderen Ergebnis, da er das AnwR erlöschen lässt, s.o.)

Damit konnte K der B-Bank nur ein **belastetes AnwR** übertragen.

Und ein gutgläubig lastenfreier Erwerb kommt **mangels Übergabe** wegen § 936 I S. 3 BGB nicht in Betracht.

Ergebnis: Momentan ist **L Eigentümer** der Skulpturen. Die **B-Bank kann Eigentümerin werden**, wenn sie die restlichen 2 Kaufpreissraten an M bezahlt, § 267 I BGB. Das Eigentum der B-Bank wäre **aber mit einem Vermieterpfandrecht des V belastet**.

Abwandlung:

I. Anspruch der B-Bank gegen M aus §§ 989, 990 BGB analog

Jedenfalls (-), da kein Schaden und keine Bösgläubigkeit

II. Anspruch der B-Bank gegen M auf Herausgabe der von L erhaltenen 50.000 € aus § 816 I S. 1 BGB

M ist **wegen § 161 I BGB** gegenüber der B-Bank (relativ) Nichtberechtigter

Verfügung wirksam?

mögliche Genehmigung durch die B-Bank **nach § 185 II S. 1 BGB analog (+)**

Problematisch ist **Anspruchshöhe:**

- Objektiver Wert der Sache oder **tatsächlicher Erlös** (h.M.), also 50.000 €

- Befriedigung des M in Höhe von 3.000 € nötig um Verfügung über das AnwR dem Eigentum gleichzustellen

- Abzug von 20.000 € wegen des Pfandrechts des V am AnwR

Ergebnis der Abwandlung: Befriedigt die B-Bank den M in Höhe von 3.000 € bezüglich der Kaufpreisschuld des K und genehmigt sie die Verfügung des M gegenüber L nach § 185 II S. 1 BGB analog, so steht der B-Bank ein Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB auf Herausgabe in Höhe von **30.000 €** zu.

Vertretbar auch: 50.000 €, aber Erlös ist mit Pfandrecht des V belastet, § 1247 S.2 BGB analog.

Oder: 27.000 €, wenn man die zu zahlenden 3.000 € mit den 30.000 € „verrechnet“.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 3

LÖSUNG

Rechtsgutachten des J

Teil 1: Eigentumsverhältnisse an den Skulpturen

Zu prüfen sind zunächst die Eigentumsverhältnisse an den Skulpturen.

Anmerkung: Beachten Sie die Fallfrage! Wenn wie hier ausschließlich nach den Eigentumsverhältnissen gefragt ist, können und müssen Sie rein chronologisch prüfen! Anders ist dies, wenn das Eigentum einer bestimmten Person festzustellen ist, etwa im Rahmen des Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB. Hier müssen Sie mit dem Erwerbsschritt beginnen, mit dem die betreffende Person das Eigentum erlangt haben kann und dann dort inzident im Rahmen der Verfügungsberechtigung die bisherige Eigentumslage prüfen. Dies ist in der Staatsexamensklausur der Regelfall. Machen Sie sich hier die Klausur nicht leichter als sie ist, indem Sie sich vermeintlich „geschickt“ die Inzidentprüfung sparen. So verlieren Sie wichtige Punkte.

Im vorliegenden Fall hat der Klausurersteller Ihnen durch die Fallfrage diese Aufbauprobleme erspart. Denn diese Klausur ist materiellrechtlich „schwierig“ genug.

- I. **Ursprünglicher Eigentümer am Marmor** war der M.
 - II. Das Eigentum am Marmor hat der M auch nicht durch Übereignung an den K verloren. Denn angesichts des vereinbarten **Eigentumsvorbehalts** (vgl. Auslegungsregel des § 449 I BGB) stand die **dingliche Einigung unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung**, §§ 929 S. 1, 158 I BGB. Diese Bedingung ist noch nicht eingetreten, da K erst fünf der sieben Raten zu je 1.500 € beglichen hat.
 - III. Möglicherweise hat jedoch der M das Eigentum am Marmor durch die **Verarbeitung** des Marmors zu Skulpturen durch K verloren, § 950 BGB.
1. Gemäß **§ 950 I S. 1 BGB** erwirbt derjenige, der durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache **herstellt**, das Eigentum an der neuen Sache kraft Gesetzes, sofern nicht der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes.

Bei der Bildhauertätigkeit des K, der aus Marmor Skulpturen formt, handelt es sich unprob-

lematisch um einen Verarbeitungsvorgang im Sinne des § 950 I S. 1 BGB. Bei den Skulpturen handelt es sich nach dem maßgeblichen wirtschaftlichen Neuheitsbegriff, der die Verkehrsauffassung berücksichtigt¹, um eine „neue“ bewegliche Sache. Auch liegt der Arbeitswert hier weit über dem Materialwert (60%-Grenze)². Nach dem Sachverhalt ist der Marmor 10.500 € wert, die fertigen Skulpturen hingegen 40.000 € (Arbeitswert 29.500 €).

2. Fraglich ist jedoch, wer angesichts der Verarbeitung des Marmors zu Skulpturen das **Eigentum an den Skulpturen** gemäß § 950 I S. 1 BGB erhält.
- a) Nach dem Gesetz ist dies der **Hersteller**. Hersteller ist derjenige, dem objektiv und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung der Arbeitserfolg zugerechnet wird.³ Da vorliegend der K Produktions- und Absatzrisiko trägt und zudem ökonomisch die Produktion der Skulpturen lenkt, ist K als Hersteller gemäß § 950 I S. 1 BGB zu betrachten. Insbesondere liegt keine fremdwirkende Verarbeitung vor.⁴

Somit hat nach der gesetzlichen Regelung des § 950 I S. 1 BGB **K kraft Gesetzes** (unbedingt!) **Eigentum** an den Skulpturen erworben.

hemmer-Methode: Dieses Ergebnis ist ersichtlich nicht gewollt, da der Vorbehaltsverkäufer durch die Verarbeitung des Vorbehaltsgutes wegen § 950 I S.1 BGB seine Sicherheit verliert. Wird dem Vorbehaltskäufer die Verarbeitung aber nicht gestattet, kann er sich im Regelfall nicht das Geld verdienen, das nötig ist, um die Forderungen des Vorbehaltsverkäufers zu erfüllen. Aus diesem Dilemma hilft – meistens – die sogenannte **Verarbeitungsklausel**:

- b) Möglicherweise ergibt sich jedoch etwas anderes daraus, dass K und H im Zuge des Vorbehaltsverkaufs des Marmors auch eine **Verarbeitungsklausel** vereinbart haben.

In Verarbeitungsklauseln verpflichtet sich der Verarbeiter, „für“ den Vorbehaltsverkäufer zu verarbeiten. Ziel ist es, dass der Vorbehaltsverkäufer möglichst ohne Durchgangserwerb des Verarbeitenden Eigentum an den verarbeiteten Gegenständen erhält und so weiterhin seine Kaufpreisforderung aus dem Vorbehaltskauf sichern kann.

1 Grüneberg/Herrler, § 950 Rn. 3.

2 BGH NJW 1995, 2633; Grüneberg/Herrler, § 950 Rn. 5.

3 BGHZ 112, 243; Westermann/Gursky, § 53 III 2d).

4 Vgl. die Beispiele bei Grüneberg/Herrler, § 950 Rn. 6 ff.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 4

Fraglich ist, wie dies **rechtlich möglich** ist:

- (1) Manchen Literaturstimmen zufolge ist § 950 BGB **dispositives Recht** und selbst in der Rechtsfolge abdingbar. Wer Eigentum nicht erwerben will, soll dies auch nicht aufgrund gesetzlicher Bestimmungen müssen.⁵

Dafür spreche der Zweck der Regelung. Da die Norm dazu dient, den Interessenkonflikt zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter zu lösen, greife die gesetzliche Regelung nur ein, wenn ein solcher Konflikt bestehe. Dieser fehle, wenn er durch die Parteien ausgeräumt wird, indem der Stoffeigentümer und der Verarbeiter die Zuordnung selbst vereinbaren, folglich der Verarbeiter kein Eigentum erwerben wolle.

- (2) Nach dem überwiegenden Schrifttum und der Rechtsprechung ist § 950 BGB jedoch **zwingendes Recht**.⁶ Es spricht die systematische Stellung der Norm hinter den §§ 946 ff BGB dafür, dass § 950 BGB auch zwingendes Recht ist. Dem Ziel der Vorschrift, für klare Eigentumsverhältnisse zu sorgen, wäre es abträglich, wenn man die Eigentumszuordnung stattdessen in die Hände der Beteiligten legen würde.

- (aa) Einem Großteil der Literatur zufolge kann der Lieferant deshalb nur durch eine **antizipierte, auflösend** (durch vollständige Kaufpreiszahlung) **bedingte** (§ 158 II BGB) **Sicherungsübereignung** des Herstellers gemäß §§ 929, 930 BGB das Eigentum an der jetzt verarbeiteten Sache erwerben. Die an sich unzulässige Verarbeitungsklausel ist so auszulegen (§§ 133, 157 BGB) oder dahingehend umzudeuten (§ 140 BGB).⁷

- (bb) Eine andere Ansicht der Literatur votiert für eine **unmittelbare Entstehung von Vorbehaltseigentum an den hergestellten Sachen**, wenn eine Verarbeitungsklausel vereinbart wurde.⁸

- (cc) Die Rechtsprechung betrachtet § 950 BGB auch als zwingendes Recht, lässt jedoch die Parteien etwa mittels Verarbeitungsklauseln zumindest **darüber disponieren, wer Hersteller ist**. Sie sieht dann in einer Verarbeitungsklausel eines Vorbehaltslieferanten eine **Auslegungsregel** dafür, wer der Hersteller ist.

Damit stellt sich nicht das Problem, ob diese Klauseln zulässig sind. Dafür spricht, dass auch andere gesetzliche Erwerbsgründe, wie etwa die Aneignung gem. § 958 BGB, an den Willen anknüpfen, sodass es nicht ausgeschlossen ist, auch bei § 950 BGB ein Wilensmoment der Parteien zu berücksichtigen.

Demnach erwerbe der Vorbehaltslieferant, der durch die Verarbeitungsklausel Hersteller i.S.d. § 950 I S.1 BGB wurde, durch die Verarbeitung **unmittelbar Eigentum** an der neuen Sache.⁹

Gegen die Ansicht der Rechtsprechung spricht, dass sie annimmt, § 950 BGB sei nicht dispositiv, dann aber doch durch Parteivereinbarung die Bestimmung des Herstellers zulässt. Es ist auch nicht richtig, dass nach der Verkehrsauffassung derjenige Hersteller ist, zu dessen Gunsten lediglich eine entsprechende Erklärung des Verarbeiters spricht!

Richtigerweise ist deshalb der Literatur zu folgen.

- (4) Alle Ansichten kommen aber insofern zu dem gleichen Ergebnis, dass **M** vorliegend **Eigentum** an den Skulpturen erworben hat, sodass eine Streitentscheidung an dieser Stelle noch unterbleiben kann.

Anmerkung: Erörtern Sie die Probleme an der richtigen Stelle! Verzögerung (Retardation) des Gedankenablaufs als Stilmittel des Gutachtens! Der Streit um die Verarbeitungsklausel wirkt sich ganz entscheidend erst dahingehend aus, ob der Verarbeitende für eine juristische Sekunde Eigentum erwirbt oder nicht. Denn in diesem Moment des **Durchgangserwerbs** kann die Sache mit Pfandrechten, etwa des Vermieters, belastet werden (siehe dazu unten!). Selbstverständlich kann der Streit aber auch hier schon entschieden werden.

Anmerkung: Angesprochen konnte aufgrund des Unterschieds zwischen Kaufpreisforderung und Wert der Skulpturen auch noch das Problem der Übersicherung, § 138 I BGB. So wird geraten, in der Verarbeitungsklausel diese zu so zu vermeiden, indem auch geregelt wird, dass von vornherein nur Miteigentum des Vorbehaltslieferanten im Verhältnis des Kaufpreises der gelieferten Sache zum Wert der im Übrigen verarbeiteten Stoffe entsteht.¹⁰

⁵ Flume, NJW 1950, 844; Baur/Stürmer, § 53 Rn. 15, und auch RGZ 161, 109, 113.

⁶ Vgl. BGH NJW 1989, 3213; Grüneberg/Herrler, § 950 Rn. 1, und MüKo/Füller, § 950 Rn. 16 m.w.N.

⁷ Grüneberg/Herrler, § 950 Rn. 9, 11; MüKo/Füller, § 950 Rn. 27; Staudinger/Wiegand, § 950 Rn. 45.

⁸ MüKo-Füller, § 950 Rn. 26

⁹ BGHZ 20, 159.

¹⁰ Bamberger/Roth §50 Rn. 13; BGHZ 79, 23f.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 5

*Allerdings ist der Fall wohl der nachträglichen Übersicherung gleichzustellen, wo sich aus der Sicherungsabrede der antizipierten Sicherungsübereignung zumindest konkludent ein Freigabeanspruch ergibt, was die Nichtigkeit gem. § 138 I BGB ausschließt. Auch erscheint, jedenfalls wenn man der Rechtsprechung folgt, die einen gesetzlichen Eigentumserwerb gem. § 950 I S. 1 BGB annimmt, die Anwendung der Grundsätze des § 138 I BGB fraglich, der die Sittenwidrigkeit von **Rechtsgeschäften** (Privatautonomie) regelt.*

IV. M könnte das Eigentum an den Skulpturen jedoch durch die **Sicherungsübereignung** der Skulpturen **durch K an die B-Bank** verloren haben.

1. Mangels Übergabe an die B-Bank (K verliert nicht jeden Besitzrest) scheidet eine Übereignung nach **§ 929 S. 1 BGB** schon deshalb aus.
2. Zwar könnte das Eigentum an den Skulpturen nach **§§ 929, 930 BGB** an die B-Bank übergegangen sein.

In der Sicherungsabrede gem. §§ 311 I, 241 I BGB ist das für § 930 BGB nötige **Besitzmittlungsverhältnis** zwischen K und der B-Bank gemäß § 868 BGB zu sehen. Denn es ist davon auszugehen, dass sich aus der Sicherungsabrede zwischen K und der B-Bank ergibt, dass K so lange weiterbesitzen darf, bis die B-Bank die Sache zur Befriedigung ihrer Forderung herausverlangen kann.¹¹

Jedoch ist **K als Nichteigentümer nicht zur Übereignung berechtigt**.

Eine solche Berechtigung ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem zwischen M und K vereinbarten verlängerten Eigentumsvorbehalt, in dem K lediglich gegen Abtretung der Kaufpreisforderung gegen den Erwerber zur Weiterveräußerung der Ware ermächtigt wird, § 185 I BGB, nicht aber zu einer Sicherungsübereignung zum Erhalt eines Kredits.

3. **Mangels Übergabe** i.S.d. § 929 BGB scheidet aber auch ein **gutgläubiger Eigentumserwerb** der B-Bank gemäß **§§ 929, 930, 933 BGB** aus.

V. M könnte jedoch das Eigentum an den Skulpturen durch **Übereignung an den L** verloren haben.

Dies wäre der Fall, wenn der **M als Berechtigter** wirksam unter Abtretung seines Herausgabeanspruchs gegen K gemäß **§§ 929, 931 BGB** verfügt hätte.

M ist als Eigentümer der Skulpturen **Berechtigter** (s.o.). Dass M nach der Literatur nur auflösend bedingter Sicherungseigentümer ist, lässt seine Verfügungsbefugnis unberührt, vgl. §§ 161 I, II BGB.

Eine Einigung zwischen M und L gemäß § 929 S. 1 BGB liegt vor. Für den Fall, dass wie hier ein Dritter (K) im Besitz der Sache ist, kann gemäß § 931 BGB die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den **Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt, § 398 S. 1 BGB**.

Soweit M davon ausgeht, er könne dem L seinen Anspruch auf Herausgabe der Skulpturen als Eigentümer gemäß § 985 BGB gegen K abtreten und so gemäß §§ 929, 931 BGB übereignen, ist dies unzutreffend. Der Anspruch aus **§ 985 BGB, der zum Kern des Eigentums gehört, ist nicht abtretbar** und konstituiert sich bei jedem Eigentümer neu.¹²

Jedoch kann M dem L seinen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe aus der mit dem Vorbehaltsverkauf des Marmors verbundenen **Sicherungsabrede**, §§ 311 I, 241 I BGB, gegen K abtreten und somit gemäß §§ 929, 931 BGB verfügen. Denn schon die in § 868 BGB im Rahmen des mittelbaren Besitzes genannten Beispielsfälle zeigen, dass es nicht schadet, wenn dem Herausgabeanspruch Einreden oder Einwendungen entgegengesetzt werden können.¹³ Dieser **schuldrechtliche** Anspruch auf Herausgabe besteht auch nach der Verarbeitung des Marmors fort und bezieht sich dann auf die (antizipiert sicherungsübereigneten übereigneten) Skulpturen.

An der Möglichkeit der Eigentumsübertragung würde sich auch dann nichts ändern, sofern M im Zuge der Sicherungsübereignung des K an die B-Bank seinen mittelbaren Besitz verloren hat, wenn der K nunmehr (abredewidrig) lediglich der B-Bank den Besitz mittelt, nicht mehr aber (auch) dem M.

¹¹ Grüneberg/Herrler, § 930 Rn. 9.

¹² Grüneberg/Herrler, § 985 Rn. 1. Zur „Vindikationszession“ ausführlich MüKo/Oechsler, § 931 Rn. 11.

¹³ Vgl. etwa MüKo/Oechsler, § 931 BGB Rn. 15. A.A. Furtner, NJW 1964, 764.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 6

Denn im Rahmen der Veräußerung des Berechtigten nach § 931 BGB kann der besitzlose Veräußerer auch durch **bloße Einigung** verfügen, sodass es auf einen möglichen mittelbaren Besitz erst im Rahmen eines gutgläubigen Erwerbs nach §§ 929, 931, 934 ankäme.¹⁴

VI. Damit ist **L Eigentümer** der Skulpturen geworden.

Teil 2: Möglicher Eigentumserwerb der B-Bank

Möglicherweise kann aber die B-Bank noch Eigentum an den Skulpturen durch Zahlung der zwei noch ausstehenden Kaufpreistraten des K an den M (§ 267 I BGB) erwerben, wenn der **B-Bank ein Anwartschaftsrecht an den Skulpturen zusteht** und dieses durch die Kaufpreiszahlung auch gegenüber dem jetzigen Eigentümer L **zum Vollrecht Eigentum** bei der B-Bank erstarken würde.

I. Fraglich ist zunächst, ob die B-Bank jemals **ein Anwartschaftsrecht an den Skulpturen** erworben hat.

Dies ist im Zuge der fehlgeschlagenen Sicherungsübereignung der Skulpturen durch K an die B-Bank möglich:

1. Anerkannt ist, dass das Anwartschaftsrecht als **wesensgleiches Minus** zum Eigentum ebenso wie das Vollrecht nach §§ 929 ff. BGB übertragen wird. Denn andernfalls wäre durch eine Übertragung nach §§ 413, 398 BGB eine Eigentumserlangung durch bloße Einigung ohne jede Art von Besitzübertragung möglich; dies würde dem sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz widersprechen.¹⁵ Auch kann das Anwartschaftsrecht nach ganz h.M. ebenso wie das Eigentum zur Sicherheit übertragen werden, und zwar auch ohne Einwilligung des Eigentümers, dessen Interessen nicht tangiert sind.

2. Unschädlich ist weiter, dass sich K und die B-Bank eigentlich bezüglich der Übertragung von Sicherheitseigentum geeinigt haben. Denn dieser Einigung ist im Wege **ergänzender Vertragsauslegung** (§§ 133, 157 BGB) zu entnehmen, dass die Parteien für den Fall, dass die Einräumung von Sicherheitseigentum fehlschlägt, **jedenfalls das Anwartschaftsrecht** am Sicherungsgut als Sicherheit übertragen wollten. (**aA.: § 140 BGB**. Dies missachtet aber den Grundsatz Auslegung vor Umdeutung).

3. Für einen Erwerb des Anwartschaftsrechts an den Skulpturen durch die B-Bank nach **§§ 929, 930 BGB (analog)** ist es jedoch nötig, dass dem **Veräußerer K** überhaupt ein **Anwartschaftsrecht an den Skulpturen** zustand.

a) Ursprünglich hatte K als Vorbehaltskäufer ein **Anwartschaftsrecht am Marmor** erworben. Es ist anerkannt, dass der Vorbehaltskäufer im Rahmen des mehraktigen Rechtserwerbs im Zuge des Vorbehaltskaufs wegen § 161 BGB eine Rechtsposition erhält, die so stark ist, dass sie nicht mehr einseitig vom Veräußerer beseitigt werden kann, sodass der endgültige Rechtserwerb nur noch von Handlungen des Erwerbenden abhängt. Der Vorbehaltskäufer kann und muss nur zahlen, um das Eigentum zu erwerben.

b) Das **Anwartschaftsrecht am Marmor** könnte jedoch durch die Verarbeitung zu den Skulpturen **erloschen** sein, **§ 950 II BGB analog**.¹⁶

Insbesondere hat sich das Anwartschaftsrecht am Marmor **nicht automatisch** im Wege einer **dinglichen Surrogation** als **Anwartschaftsrecht an den Skulpturen** fortgesetzt.

Bei der dinglichen Surrogation handelt es sich um Ausnahmeregelungen, die nicht analogiefähig sind. Grundsätzlich besteht ein sog. Surrogationsverbot.

(aa) Nach einer Ansicht¹⁷ ist die Vorschrift des § 950 II BGB **nicht analog** auf das Anwartschaftsrecht anzuwenden, **wenn eine Verarbeitungsklausel** vereinbart wurde. Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers bleibt an der neuen Sache bestehen, wenn die Verarbeitung abgeschlossen ist. Diese Ansicht votiert für eine **unmittelbare Entstehung von Vorbehaltseigentum** und damit eines **Anwartschaftsrechts** an der neuen Sache.

(bb) Geht man mit der **Literatur** davon aus, dass eine Verarbeitungsklausel in eine antizipierte, **auflösend durch vollständige Kaufpreiszahlung bedingte** (§ 158 II BGB) **Sicherungsübereignung** des Herstellers umzudeuten sei, so ist hierdurch dem K unmittelbar ein **Anwartschaftsrecht** an den Skulpturen entstanden.

¹⁴ Vgl. MüKo/Oechsler, § 931 Rn. 11, 17.

¹⁵ BGHZ 20, 88; Medicus/Petersen, BR, Rn. 473.

¹⁶ Grüneberg/Herrler, § 950 Rn. 4.

¹⁷ MüKo-Füller, § 950 Rn. 26

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 7

(cc) Hält man Verarbeitungsklauseln für zulässig, sei es, weil man § 950 BGB ohnehin für dispositiv hält oder Parteivereinbarungen über den Hersteller jedenfalls als Auslegungsregeln erlaubt, so ergibt sich aus § 950 II BGB eigentlich, dass das bisher bestehende **Anwartschaftsrecht an dem Marmor ersatzlos erloschen** ist.

Dieses Ergebnis ist jedoch weder gewollt noch billig. Denn der K, der eigene Arbeitsleistung in die Verarbeitung des Marmors zu Skulpturen investiert hat, stünde in sachenrechtlicher Hinsicht durch diese Verarbeitungsleistung schlechter, denn er verlöre hierdurch sein Anwartschaftsrecht am Marmor.

Man könnte dieses von M erworbene Eigentum an den Skulpturen als **auflösend bedingtes Sicherungseigentum** qualifizieren.¹⁸ Der Lieferant, der diese Klausel vereinbart, will eine zusätzliche Sicherung über die vom Fabrikanten durch die Verarbeitung neu geschaffene Sache erhalten. Ist der Stoffeigentümer und Verwender der Verarbeitungsklausel Vorbehaltseigentümer, kann er keine stärkere Rechtsstellung erlangen, als er sie vorher hatte. Dann hätte K ein **Anwartschaftsrecht** an den Skulpturen.¹⁹ Dagegen könnte sprechen, dass ein **gesetzlicher** Eigentumserwerb bedingungsfeindlich ist. Bedingungen sind nur bei Rechtsgeschäften zulässig.²⁰

Oder aber die Verarbeitungsklausel ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dahingehend auszulegen, dass M sein nach § 950 I BGB erlangtes Eigentum an den Skulpturen **antizipiert** dem K unter der **aufschiebenden Bedingung** vollständiger Kaufpreiszahlung in Bezug auf den Marmor „brevi manu“ (kurzer Hand) gemäß § 929 S. 2 BGB **zurückübereignet**.²¹

Hierbei handelt es sich gerade im vorliegenden Fall auch nicht um „Konstruktionsjurisprudenz“, die ein unbilliges Ergebnis durch rechtliche Konstruktionen verhindern will.²² Denn dadurch, dass M und K neben der Verarbeitungsklausel auch noch einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart haben, haben sie deutlich gemacht, dass die Verwertung der Skulpturen ein Geschäft des K sein soll. Die

Verarbeitungsklausel soll hierbei lediglich ausschließen, dass M durch die Umgestaltung des Marmors zu Skulpturen seine Sicherheit für die Kaufpreiszahlung verliert, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Einzig gewollt war damit zwischen den Parteien, die Rechtsfolge des § 950 BGB auszuschließen, nicht aber dem K das Anwartschaftsrecht an den Skulpturen zu nehmen.

4. Ergebnis:

Damit stand nach richtiger Ansicht dem K ein Anwartschaftsrecht an den Skulpturen zu. **Die B-Bank hat damit ein Anwartschaftsrecht an den Skulpturen erworben.**

hemmer-Methode: Eine andere Ansicht ist hier selbstverständlich vertretbar, aber klausurtaktisch höchst ungeschickt. Sie würden sich die folgenden Probleme des gutgläubigen Wegerwerbs des Anwartschaftsrechts abschneiden und müssten diese in einem Hilfsgutachten bringen.

II. Möglicherweise ist jedoch das **Anwartschaftsrecht** der B-Bank im Zuge der Übertragung der Skulpturen von M an L **gemäß § 936 I S.1 BGB erloschen**.

1. Gemäß § 936 I S. 1 BGB erlischt, sofern eine veräußerte Sache mit dem Recht eines Dritten belastet ist, das Recht mit dem Erwerb des Eigentums. Belastung i.S.d. § 936 I S.1 BGB ist auch das Anwartschaftsrecht.²³

Über § 936 I S. 3 und III findet der Schutz des **Anwartschaftsberechtigten** vor Zwischenverfügungen statt. Befindet sich der Erwerber jedoch in gutem Glauben hinsichtlich der Belastung, kommt ein lastenfreier Eigentumserwerb auf der Grundlage des § 161 III i.V.m. § 936 I S.1 BGB in Betracht.²⁴

Gemäß § 936 I S. 3 BGB ist dies aber, sofern eine nach § 931 BGB veräußerte Sache nicht in mittelbarem Besitz des Veräußerers war, aber erst dann der Fall, wenn dem Erwerber die Sache im Sinne von § 929 S. 1 BGB übergeben bekommt.

Da es an einer derartigen Besitzverschaffung gegenüber L fehlt (unmittelbarer Besitzer ist immer noch der K!), kommt es vorliegend entscheidend darauf an, ob **der Veräußerer M zum Zeitpunkt der Veräußerung mittelbaren Besitz** an den Skulpturen hatte oder nicht.

¹⁸ Bamberger/Roth, § 950 Rn. 13; Serick ZIP 1982, 507 ff.

¹⁹ BGH NJW 1967, 34

²⁰ Vgl. etwa Nierwetberg, NJW 1983, 2235; Soergel/Henssler, § 950 Rn. 18.

²¹ Vgl. etwa Nierwetberg, NJW 1983, 2235; Soergel/Henssler, § 950 Rn. 18.

²² Vgl. die Kritik von MüKo-Füller, § 950 Rn. 26, und Staudinger/Weigand, § 950 Rn. 46.

²³ Grüneberg/Herrler, § 936 Rn. 1

²⁴ MüKo/Oechsler, § 936 Rn. 17.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 8

War dies nicht der Fall, so scheitert ein gutgläubig lastenfreier Erwerb bereits an § 936 I S. 3 BGB.

Anmerkung: Das ist durchaus knackig. Das ohnehin schon schwierige Problem des mittelbaren Nebenbesitzes haben Sie nun nicht wie gewohnt im Rahmen des § 934 BGB zu erörtern, sondern beim gutgläubig lastenfreien Erwerb nach § 936 BGB.

2. Fraglich ist, ob die Skulpturen zur Zeit der Veräußerung an den L im **mittelbaren Besitz** des M waren.

Unmittelbarer Besitzer war K. K hat im Wege der Sicherungsabrede dem M den Besitz ursprünglich auch gemittelt, sodass M zu dieser Zeit mittelbarer Besitzer der Skulpturen war, § 868 BGB.

Problematisch ist jedoch, ob dies nach der erfolgten Sicherungsübereignung der Skulpturen an die B-Bank immer noch gilt. Im Zuge dieser zeitlich später erfolgten Sicherungsübereignung an die B-Bank wurde nämlich ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB zwischen K und der B-Bank begründet, sodass die B-Bank mittelbarer Besitzer (erster Stufe) wurde. Insbesondere ist dieses Besitzmittlungsverhältnis auch **nicht nach § 139 BGB** wegen des Fehlschlagens der Sicherungsübereignung **nichtig**. Denn das zwischen K und der B-Bank vorgenommene Rechtsgeschäft ist überhaupt nicht nichtig, sondern bei Lichte betrachtet nach erfolgter Auslegung als Übertragung des Anwartschaftsrechts nach §§ 929, 930 BGB analog wirksam.

Ein mittelbarer Besitz des M ist daher angesichts des mittelbaren Besitzes der B-Bank nur dann noch zu bejahen, wenn man die Konstruktion **des mittelbaren Nebenbesitzes** zulässt.

Teils wird ein derartiger mittelbarer Nebenbesitz für zulässig gehalten, wenn der unmittelbare Besitzer eine Art Doppelspiel treibe und sowohl den Vorbehaltsverkäufer als auch den Sicherungsnehmer als übergeordnet anerkennt und sich beider Weisungen unterwirft. Dann sei es willkürlich, dem einen oder anderen Besitzherren alleinigen mittelbaren Besitz einzuräumen.

Die Konstruktion des mittelbaren Nebenbesitzes ist indes **abzulehnen**. Die besitzrechtlichen Vorschriften des BGB gehen davon aus, dass der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft in aller Regel nur einer Person zu-

stehen kann. Die Fälle anerkannter besitzrechtlicher Beteiligung mehrerer sind als Ausnahme zu verstehen und im Gesetz abschließend geregelt. An einer Regelung des mittelbaren Nebenbesitzes fehlt es.

Zudem ist der mittelbare Nebenbesitz ein Widerspruch in sich. Denn der Besitzmittlungswille gegenüber einer Person besteht gerade darin, dem mittelbaren Besitzer die Sache zu gegebener Zeit **herauszugeben**. Der unmittelbare Besitzer kann aber nicht zwei Personen gleichzeitig die Sache herausgeben, wenn beide den Alleinbesitz für sich beanspruchen und auch nicht den entsprechenden Willen hierfür haben.

Übereignet also der unmittelbar besitzende K die Sache unbefugt an die B-Bank und kann wegen § 933 BGB nur das Anwartschaftsrecht gemäß §§ 929, 930 BGB analog übertragen, so vernichtet K durch Begründung seines Besitzmittlungsverhältnisses zur B-Bank sein Besitzmittlungsverhältnis zu M, **sodass dieser dadurch seinen mittelbaren Besitz verliert**.²⁵

3. **Jedenfalls** scheitert jedoch ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des L an **§ 936 III BGB**, da das Anwartschaftsrecht dem dritten Besitzer, der B-Bank, zusteht.

§ 936 III BGB ist Ausdruck des Rechtsgedankens, dass dann ein gutgläubiger Erwerb nicht stattfinden soll, wenn der gutgläubige Erwerber besitzrechtlich an die Sache nicht näher herankommt als der Berechtigte. Genau dies ist hier nicht der Fall, denn sowohl L als auch die B-Bank sind hier allenfalls mittelbare Nebenbesitzer, wenn man diese Konstruktion für zulässig erachtet.

4. Das Anwartschaftsrecht der B-Bank an den Skulpturen ist damit **nicht** gemäß **§ 936 BGB erloschen**.

Ergebnis: Zahlt also die B-Bank als Dritter die (Rest-) Kaufpreisschuld des K gegenüber M gemäß § 267 I BGB, so erlischt das Eigentum des L, § 161 I BGB, während das Anwartschaftsrecht der B-Bank **zum Vollrecht** Eigentum an den Skulpturen **erstarkt**.

III. Lastenfreiheit des Eigentums

Fraglich bleibt jedoch, ob die B-Bank auch lastenfreies Eigentum erwerben kann.

25 Vgl. ausdrücklich Grüneberg/Herrler, § 868 Rn. 4 m.w.N.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 9

Dies ist dann nicht der Fall, wenn dem V als Verpächter der Werkstatträume ein **Verpächterpfandrecht an den Skulpturen bzw. am Anwartschaftsrecht** an den Skulpturen zustand und dieses nicht gutgläubig weg erworben wurde.

1. Zwischen K und V wurde ein **Pachtvertrag** über die Werkstatträume geschlossen, § 581 BGB. Gemäß § 581 II BGB sind auf den Pachtvertrag die Vorschriften über den Mietvertrag entsprechend anzuwenden. Da vorliegend der K Räume gepachtet hat, sind neben den allgemeinen Mietrechtsvorschriften gemäß §§ 581 II, 578 II S. 1, I BGB auch die Vorschriften zum Vermieterpfandrecht in §§ 562 ff. BGB entsprechend anzuwenden.
2. Gemäß § 562 I S. 1 BGB hat der Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den **eingebrachten Sachen des Mieters**. Ein gesetzliches Pfandrecht des Vermieters gemäß § 562 I S. 1 BGB entsteht damit nur, wenn **die Sache im Eigentum des Mieters steht**. Ein gutgläubiger Erwerb kommt beim besitzlosen Vermieterpfandrecht von vorneherein nicht in Betracht, zumal § 1257 BGB beim gesetzlichen, nicht rechtsgeschäftlichen Erwerb des Pfandrechts die Gutgläubensvorschriften ohnehin nur bei einem schon **entstandenen** Pfandrecht für anwendbar erklärt, nicht jedoch hinsichtlich seiner Entstehung.

Die Skulpturen standen jedoch nur dann im Eigentum des K, wenn dieser angesichts der Verarbeitungsklausel für eine **juristische Sekunde** Eigentum an den Skulpturen erhielt. Aufgrund dieses Durchgangserwerbs (den die Verarbeitungsklausel gerade ausschließen will) hätte M dann lediglich belastetes Eigentum an den Skulpturen erhalten.

Scheinbar muss jetzt an dieser Stelle der Streit um die rechtliche Einordnung der Verarbeitungsklausel entschieden werden. Folgt man der Literaturmeinung, die eine Verarbeitungsklausel für unwirksam hält und in eine **antizipierte Sicherungsübereignung** umdeuten will, so ist das **Eigentum** jetzt mit dem Vermieterpfandrecht belastet, da dann ein **Durchgangserwerb** des K anzunehmen ist.

3. Im Ergebnis kann dies jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen:

Denn jedenfalls **entstand am Anwartschaftsrecht des K ein Vermieterpfandrecht des V**, das dann im Falle des Erstarkens des Anwartschaftsrechts zum Eigentum zum Pfandrecht am Eigentum wird. Zu dem Zeitpunkt, als K der B-Bank das Anwartschaftsrecht an den

Skulpturen übertrug, war dieses bereits mit dem Vermieterpfandrecht des V belastet.²⁶

4. Die B-Bank kann also nur dann lastenfreies Eigentum durch Zahlung des Kaufpreises an M erwerben, wenn sie das **Vermieterpfandrecht** des V am Anwartschaftsrecht bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts durch K **gutgläubig gemäß § 936 I BGB weg erworben** hat und somit ein lastenfreies Anwartschaftsrecht erworben hat.

Ein solcher lastenfreier Anwartschaftsrechtserwerb scheidet hier nicht an **§ 936 III BGB**, da das Vermieterpfandrecht ein besitzloses Pfandrecht ist. Jedoch wäre gemäß **§ 936 I S. 3 BGB** nötig gewesen, dass die Skulpturen der B-Bank im Zuge des Erwerbs **übergeben** werden. Dies war aber nicht der Fall, da K unmittelbarer Besitzer der Skulpturen blieb.

Anmerkung: Bezüglich der rechtlichen Einordnung der Verarbeitungsklausel käme es etwa dann zum Schwur, wenn M durch Rücktritt vom Kaufvertrag das Anwartschaftsrecht der B-Bank beseitigt hätte und dann V gegen den Eigentümer L hätte vorgehen wollen.

Gesamtergebnis: Momentan ist **L Eigentümer** der Skulpturen. Die **B-Bank kann Eigentümerin werden**, wenn sie die restlichen Kaufpreistraten an M bezahlt, § 267 I BGB.

Das Eigentum der B-Bank wäre aber mit einem **Vermieterpfandrecht des V belastet**.

Abwandlung:

- I. **Anspruch der B-Bank gegen M aus §§ 989, 990 BGB analog**

Ein Anspruch der B-Bank gegen M aus §§ 989, 990 BGB analog setzt zunächst voraus, dass im Zeitpunkt der Verfügung des M an L auf das Verhältnis des Anwartschaftsberechtigten (B-Bank) zum damaligen Eigentümer (M) die Vorschriften zum EBV, die das Verhältnis des unberechtigten Besitzers zum Eigentümer regeln, analog anzuwenden sind. Dies ist sehr problematisch und wohl abzulehnen.

Der BGH hatte einmal für das Verhältnis des Vormerkungsberechtigten zum Dritterwerber unter Hinweis auf § 883 II BGB die entsprechende Anwendung der §§ 994 ff. BGB bejaht.²⁷

²⁶ Grüneberg/Herrler, § 929 Rn. 49; BGHZ 117, 200.

²⁷ Vgl. BGHZ 75, 288. Teilweise einschränkend und zweifeind bereits BGH, ZIP 2000, 1446.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 10

Auch der Anwartschaftsrechtsinhaber bei einem Vorbehaltsverkauf enthält eine Rechtsposition, die ähnlich wie bei der Vormerkung nicht mehr einseitig beseitigt werden kann, jedenfalls solange Vorbehaltskäufer sich nicht des Besitzes der Sache begibt und damit einen gutgläubigen Wegerwerb seines Anwartschaftsrechts nach § 936 BGB möglich macht.

Jedoch hat der Vorbehaltskäufer lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums, der mittels des Anwartschaftsrechts dinglich abgesichert ist. Diese dingliche Absicherung ist wiederum abhängig vom schuldrechtlichen Anspruch: Kann der Vorbehaltsverkäufer noch zurücktreten, erlischt auch das Anwartschaftsrecht. Insofern erscheint eine Gleichstellung des Anwartschaftsrechtsinhabers mit dem Eigentümer problematisch.²⁸

Jedoch kann hier die analoge Anwendung der §§ 987 ff BGB **dahinstehen**:

Jedenfalls **fehlt** es durch die Übereignung des M an den L an einem **Schaden** der B-Bank, deren Anwartschaftsrecht noch bei Kaufpreiszahlung an den M zum Eigentum erstarken kann (s.o.).

Auch fehlt es an der **Bösgläubigkeit** des M i.S.d. § 990 BGB, da er nichts von der Sicherungsübereignung des K an die B-Bank weiß.

II. Anspruch der B-Bank gegen M auf Herausgabe der 50.000 € aus § 816 I S. 1 BGB

Möglicherweise steht der B-Bank jedoch ein Anspruch gegen M auf Herausgabe der von L erhaltenen 50.000 € aus **§ 816 I S. 1 BGB** zu.

1. Dem Grunde nach erfordert § 816 I S. 1 BGB die **Verfügung eines Nichtberechtigten** über einen Gegenstand, die dem Berechtigten gegenüber **wirksam** ist.

M ist im Zeitpunkt der Übertragung des Eigentums an den L jedoch **Berechtigter**. Die B-Bank erwirbt bei Zahlung des Restkaufpreises das Eigentum nur *ex nunc*.

Dies ist aber nicht entscheidend: Denn **im hier entscheidenden Verhältnis zum Anwartschaftsrechtsinhaber, der B-Bank, ist M wegen § 161 I BGB relativ Nichtberechtigter**. § 161 BGB wird auch als Instrument zum Schutz eines Anwartschaftsberechtigten verstanden, wobei mit dem Wort „Anwartschaft“ hier die Position des Berechtigten während der Schwebezeit bezeichnet wird.

2. Fraglich ist jedoch, ob die Verfügung auch gegenüber der B-Bank **wirksam** ist.

Dies ist zunächst nicht der Fall, da die B-Bank ihr Anwartschaftsrecht jedenfalls wegen § 936 III BGB ja nicht verliert (s.o.).

Die B-Bank kann jedoch nachträglich die Verfügung nach **§ 185 II S. 1 BGB analog genehmigen**: Wenn diese Vorschrift schon die Genehmigung gegenüber einem vollständig Nichtberechtigten erlaubt, dann muss sie erst recht die Genehmigung der Verfügung eines Berechtigten, aber wegen § 161 I BGB lediglich relativ Nichtberechtigten, gestatten. Dies kommt einem Verzicht auf das Anwartschaftsrecht durch die B-Bank gleich. Die Genehmigung im Sinne des § 185 II S. 1 BGB ist insoweit lediglich rechtsfolgenbezogen, um die Inanspruchnahme nach § 816 I S. 1 BGB zu ermöglichen, und macht nicht den Nichtberechtigten nachträglich zum Berechtigten. Bei einem Herausgabeverlangen der B-Bank wäre die nötige Genehmigung durch Auslegung, §§ 133, 157 BGB, zu entnehmen.

3. Problematisch ist dann – in mehrerlei Hinsicht – jedoch die **Anspruchshöhe**:

- a) Nach § 816 I S. 1 BGB ist der Nichtberechtigte zur **Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten** verpflichtet.

Fraglich ist zunächst, ob damit lediglich der **objektive Wert** der Sache (40.000 €) gemeint ist **oder** vielmehr der **tatsächlich erlangte Erlös** (50.000 €).

Anders als häufig suggeriert wird, spricht der Wortlaut der Vorschrift zunächst dafür, lediglich den objektiven Wert der Sache zu ersetzen. Denn **durch die Verfügung erlangt** ist lediglich die **Befreiung von der Verbindlichkeit**, nicht aber der tatsächliche Erlös, der aus dem **Verpflichtungsgeschäft** folgt.

Da die Befreiung von der Verbindlichkeit nicht herausgegeben werden könne, sei gemäß § 818 II BGB ihr Wert zu ersetzen; hier gilt jedoch ein objektiver Maßstab, sodass ein dem Verhandlungsgeschick des Verkäufers entspringender Übererlös auch diesem verbleibt.²⁹

Nach der **h.M.** ist jedoch das herauszugeben, was der Nichtberechtigte **tatsächlich erlangt** hat, selbst wenn dies den objektiven Wert der Sache übersteigt.³⁰

²⁹ So *Medicus*, BR, Rn. 722 f.

³⁰ Vgl. BGHZ 29, 157 ff.; Grüneberg-Sprau, § 816 Rn. 10. Zum Ganzen *Hemmer/Wüst/Tyroller*, Bereicherungsrecht, Rn. 382 ff.

²⁸ Bzgl. der Vormerkung ebenso *Gursky*, JR 1984, 3, 6 und *Kohler*, NJW 1984, 2849, 285.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 11

Durch die Formulierung des § 816 I S. 2 BGB („Erfolgt die Verfügung unentgeltlich“) zeigt sich, dass das Gesetz in § 816 I BGB der Unterscheidung zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft keinen großen Wert beimisst. Auch wertungsmäßig ist dieses Ergebnis gerechtfertigt. Denn wenn der Berechtigte das Risiko des Untererlöses tragen soll, müssen ihm auch die Vorteile zukommen, wenn die Sache über Wert verkauft worden ist – die Bereicherung soll insoweit bei dem Nichtberechtigten abgeschöpft werden. Hierfür spricht auch der Vergleich zu § 285 BGB: Wenn das Gesetz schon bei der Vereitelung eines nichtbereicherungsrechtlichen obligatorischen Anspruchs durch Veräußerung des geschuldeten Gegenstandes an einen Dritten auf das *commodum ex negotiatione cum re* (Erlös aus anderweitiger Veräußerung) haften lässt, so ist kein Grund dafür ersichtlich, warum der bei der Vereitelung einer dinglichen Rechtsposition eingreifende § 816 I BGB weniger weitreichend sein sollte.

Insofern unterliegt hier M grundsätzlich einer Herausgabepflicht in Höhe von **50.000 €**.

b) Zu beachten ist aber weiter, dass M hier von L die 50.000 € als Gegenwert für eine **Verfügung über das Eigentum** erlangt hat.

aa) Der B-Bank stand indes **lediglich ein Anwartschaftsrecht** auf Sicherungseigentum zu.

Nur hierauf verzichtet sie durch eine rechtsfolgenbezogene Genehmigung. Das Anwartschaftsrecht der B-Bank erstarkt erst dann zum Eigentum und wird zum Äquivalent dessen, über das der relativ Nichtberechtigte M gegenüber L verfügt hat, wenn die B-Bank den M bezüglich der ausstehenden Kaufpreistraten in Höhe von 3.000 € befriedigt.

Da sie diese Möglichkeit hat, erscheint ein Abzug bei Zahlung dieser 3.000 € nicht gerechtfertigt.

bb) Die B-Bank erhielt aufgrund des Überwertverkaufs durch den M ferner mehr, als ihr als Sicherungseigentümerin in der Gesamtbetrachtung eigentlich zustünde: Denn mit der Übertragung des Sicherungseigentums durch den K sollte **lediglich eine Darlehensforderung gegen K in Höhe von 40.000 € gesichert** werden.

Im Rahmen der Anspruchshöhe der B-Bank gegenüber M spielt dies jedoch **keine Rolle**. Vielmehr hat die B-Bank aufgrund der Sicherungsabrede mit K nach Befriedigung der Darlehensschuld durch eine Verwertung einen eventuellen **Übererlös** an diesen **auszukeh-**

ren, und zwar unabhängig davon, ob dieser Erlös durch die Geltendmachung des § 816 I S. 1 BGB gegenüber einem Dritten erzielt wird oder eigenem Geschick im Rahmen des freihändigen Verkaufs entspricht.

Ein Abzug ist auch insoweit nicht vorzunehmen.

c) Fraglich ist jedoch, ob **sich der Anspruchsumfang wegen des Verpächterpfandrechts des V um 20.000 € reduzieren muss**.

hemmer-Methode: *Dieses Problem zu sehen, ist richtig schwer, aber nicht unmöglich, gerade wenn Sie das Echoprinzip beachten! Die Angabe, dass die Forderungen des V sich auf 20.000 € belaufen, müssen Sie irgendwo „unterkriegen“!*

Ein ähnliches Problem wird bereits im Hauptkurs Sachenrecht, Fall 1 thematisiert! Wiederholen Sie diesen Fall!

Die obigen Ausführungen haben ergeben, dass das Anwartschaftsrecht des K an den Skulpturen von vorneherein mit einem Pfandrecht des V für Forderungen in Höhe von 20.000 € belastet war. K konnte an die B-Bank auch nur dieses **belastete Anwartschaftsrecht** übertragen, ein gutgläubig lastenfreier Erwerb lag nicht vor (s.o.).

Die 50.000 €, die M von L erhalten hat, entspringen jedoch einer **Verpflichtung zur Verfügung über unbelastetes Volleigentum** – unabhängig von der Tatsache, ob M dies überhaupt konnte (hier würde dann die Einordnung der Verarbeitungsklausel relevant). Somit ist die Gegenleistung des L von 50.000 € Äquivalent für die Übertragung eines Rechts, das der B-Bank so nicht zusteht. Vielmehr wäre das Eigentum der B-Bank nach Erstarkung des Anwartschaftsrechts mit einem Pfandrecht in Höhe von 20.000 € belastet.

Insofern kann die B-Bank von M, wenn sie durch Genehmigung auf ihr Anwartschaftsrecht verzichtet, lediglich die Herausgabe **von 30.000 €** nach § 816 I S. 1 BGB verlangen.

Ergebnis der Abwandlung: Befriedigt die B-Bank den M in Höhe von 3.000 € bezüglich der Kaufpreisschuld des K und genehmigt sie die Verfügung des M gegenüber L nach § 185 II S. 1 BGB analog, so steht der B-Bank ein Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB auf Herausgabe in Höhe von 30.000 € zu.

Klausurenkurs Zivilrecht

Klausur 2004 – Lösung - Seite 12

Anmerkung: Vertretbar wäre auch, der B-Bank gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € zu geben, wen man annimmt, dass V ein **Pfandrecht am Erlös** gem. § 1247 S. 2 BGB analog hat.³¹

Vertretbar ist auch, die 3.000 €, die die B-Bank (als Dritter i.S.d. § 267 BGB) an M zahlen muss, von den 30.000 € abzuziehen, dann ginge der Anspruch nur auf 27.000 €.

Führen Sie sich vor Augen, welche Konsequenzen das hier gefundene Ergebnis mit sich bringt:

M wäre nach Zahlung der restlichen Kaufpreisschuld von 3.000 € durch die B-Bank bezüglich des Marmorverkaufs befriedigt.

Dann darf M, wie gezeigt, im Verhältnis zur B-Bank 20.000 € einbehalten. Diese hat er jedoch aus der Sicherungsabrede an K auszukehren! Denn aus dem Rechtsverhältnis zwischen M und K ergibt sich, dass die Verarbeitungsklausel dem M lediglich eine Sicherheit für seine Kaufpreisforderung geben sollte.

Geht man davon aus, dass im Rahmen der Verarbeitungsklausel **kein Durchgangserwerb** bei K stattfindet:

V hat bei Ablehnung des Durchgangserwerbs kein Pfandrecht an den Skulpturen. Sein Pfandrecht am Anwartschaftsrecht erlischt aber mit dem Anwartschaftsrecht, wenn die B-Bank Erlösherausgabe verlangt (Schwäche des Anwartschaftsrechts!). V kann aber den Anspruch des K gegen M in Höhe von 20.000 € für seine ausstehenden Pachtforderungen für sich pfänden lassen.

Bei Genehmigung durch die B-Bank erhält L unbelastetes Volleigentum. Genau dafür hat er auch an M die 50.000 € gezahlt.

Geht man mit einem Teil der Literatur davon aus, dass im Rahmen der Verarbeitungsklausel **ein Durchgangserwerb stattfindet:**

Auch dann erhält die B-Bank nach Zahlung der 3.000 € lediglich 30.000 € von M.

L wiederum erlangt bei Genehmigung durch die B-Bank dann von M nur das mit dem Pfandrecht des V belastete Eigentum.

V kann sich insoweit bei L wegen seiner Mietforderungen schadlos halten.

L wiederum hat aus Rechtsmangelhaftung einen Anspruch gegen M auf Freistellung in Höhe der 20.000 €.

M muss dann an K nichts mehr auskehren, denn es bleibt schlicht bei ihm nichts übrig, was über seine Befriedigung hinsichtlich des Marmorverkaufes hinausgeht!

Sie sehen: Dieses Ergebnis überzeugt auch wertungsmäßig.

Arbeitsanleitung:

Wiederholen Sie die Fälle 4, 5 und 9 des Hauptkurses Sachenrecht!

hemmer-Methode: In der Kürze liegt die Würze. So knapp dieser Sachverhalt war, so anspruchsvoll war es, ihn zu lösen. Meistens erfordern derart kurze Sachverhalte höchste Konzentration beim Durchdenken des Falls, gerade wenn der Fall wie hier im Sachenrecht spielt und auch noch 4 Personen beteiligt sind. Ohne eine stimmige Skizze und ein planvolles Vorgehen ist dieser Fall wohl kaum zu lösen. Die hierin vorkommenden Probleme dürften indes bekannt sein. Verlängerter Eigentumsvorbehalt, Weiterverarbeitungsklausel, Anwartschaftsrecht, Pfandrecht am Anwartschaftsrecht, mittelbarer Nebenbesitz, lastenfreier Erwerb: all dies wird im Hauptkurs Sachenrecht behandelt. Die Abwandlung erforderte einige selbständige Denkleistung und diente gerade der Differenzierung in den höheren Notenstufen.

In dieser Klausur wurde geprüft, inwieweit Sie in der Lage sind, Ihr erlerntes Wissen zu mehreren Problemkreisen zusammenzuführen und auf den Fall zu transferieren. Lernen Sie deshalb nicht isoliert Meinungsstreitigkeiten auswendig! Das hilft Ihnen wenig. Einerseits müssen Sie Ihr „Handwerkszeug“ beherrschen (z.B.: Was ist eine Weiterverarbeitungsklausel?), andererseits dürfen Sie Ihr Problembewusstsein für die konkreten Anforderungen des Sachverhalts nicht dadurch vernebeln, dass Sie vermeintliche Patentrezepte (zu) stur befolgen.

Dieser Fall zeigt auch, dass es allgemeingültige Tipps, ab wann Sie in einer Examensklausur mit der Niederschrift beginnen sollen/müssen, kaum gegeben werden können. Hier hätten Sie wohl mindestens 2,5 Stunden zum Durchdenken des Sachverhalts samt Gliederung aufwenden können und müssen! Das ist aber nicht bei allen Klausuren so. In der Regel sollte nach 2 Stunden mit dem Schreiben begonnen werden, um sicherzustellen, dass die Klausur vollständig gelöst wird. „Verfasser sieht als einer der wenigen Bearbeiter sämtliche Probleme der Klausur und löst sie vertretbar.“ Ein großes Lob!

³¹ So OLG Celle, OLGR 2003, 147ff; MüKo/Schwab, § 816, Rn. 46

DAS TRÄGE WISSEN

Heinz Mandl, Hans Gruber, Alexander Renkl

Non scholae sed vitae discimus - **nicht für die Schule, sondern für das Leben lernen wir**. Trifft dieses verbreitete Sprichwort auch auf die Schulsysteme in den westlichen Industrieländern zu? Die Antwort, die insbesondere von der aktuellen amerikanischen Lehr-Lern-Forschung gegeben wird, ist eindeutig - und sie lautet: Nein! **Lernen und Problemlösen in der Schule unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von Lernen und Problemlösen außerhalb der Schule**; also in Beruf oder Alltag.¹



Aus diesem Grund kann das in der Schule erworbene Wissen oft dann nicht genutzt werden, wenn es darum geht, praktische Aufgaben zu bewältigen. Dieses Wissen wird deshalb als **träges Wissen** bezeichnet.² Doch inwiefern unterscheidet sich denn nun Lernen in der Schule von demjenigen im „richtigen Leben“?

ANWENDUNGSUNSPECIFISCHES LERNEN

In der Schule lernen wir in erster Linie **abstrakte, anwendungsunspezifische Inhalte**. Das heißt, dass der Stoff in **systematisch geordneter Weise** dargestellt, das im Stoff enthaltene Wissen **jedoch nicht für die Lösung alltags- oder berufsrelevanter Probleme angewandt wird**. Dies erscheint auf den ersten Blick auch als sinnvoll. Man weiß ja nicht, welche Berufe die einzelnen Schüler und Schülerinnen ergreifen wer-

den, also weiß man z.B. auch nicht, ob sie die im Schulfach Mathematik zu vermittelnden Kenntnisse dazu brauchen werden, um ihr späteres Studienfach zu studieren, um Bilanzen zu erstellen, um baustatische Berechnungen durchzuführen, oder ob sie Mathematik später in erster Linie dazu benötigen, um das Haushaltsgeld zu verwalten und die Raten für das neue Auto auszurechnen. Angesichts dessen erscheint es als konsequent, Mathematik nicht im Kontext spezifischer Anwendungen, sondern eher abstrakt zu lehren und zu lernen.

Das Problem, das dabei entsteht, ist jedoch, dass es dann oft überhaupt **nicht gelingt, das in der Schule erworbene Wissen zu nutzen**. Man hat ja nie gelernt, das erworbene theoretische Buchwissen bei komplexen, alltags- oder berufsrelevanten Problemen einzusetzen. Nun mag man vielleicht einwenden, dass dies so nicht stimmt und man beispielsweise in Mathematik ja durchaus lerne, Textaufgaben (Sachaufgaben) zu lösen. Doch inwieweit ähneln die typischen schulischen Textaufgaben wirklich Alltagsproblemen?

FEHLENDES PROBLEMBEWUSSTSEIN

Im Vergleich zu schulischen Textaufgaben sind mathematische **Probleme** im Alltag und im Beruf zumeist viel komplexer und sie sind, zumindest anfangs, **nicht wohldefiniert**. Im Gegenteil: **Man muss oft zunächst einmal erkennen, dass überhaupt ein Problem vorliegt**. Dann gilt es herauszufinden, worin das Problem nun genau besteht. Schließlich gilt es zu erkennen, welche Aspekte beim Lösen des Problems einbezogen werden müssen, welche Informationen noch einzuholen sind und wie die Problemlösung auszusehen hat. Problemlösen im Alltag erfordert also **Kompetenzen im Erkennen und Definieren von Problemen**.

Sie haben Unmengen an Fachbegriffen, Formeln und Diagrammen im Kopf. Aber wenn es gilt, sie in der Praxis anzuwenden, versagen Schüler und Studenten oft kläglich. Kein Wunder, denn wie man Gelerntes auf neue, ungewohnte Aufgaben überträgt, wurde ihnen in der Klasse und im Hörsaal nie richtig vermittelt. Mit neuen Lehrmethoden versuchen jetzt Forscher, träges Wissen flüssig und „leicht“ zu machen.

Bei schulischen Aufgabenstellungen werden diese Kompetenzen selten gefördert. Meist werden wohldefinierte Probleme mit klarer Zielsetzung vorgegeben. Dadurch stellt sich für den Schüler bzw. die Schülerinnen gar nicht das Problem, wie er sein Wissen anzuwenden hat - die unnatürlich klare Problemstellung lässt keine Fragen offen.

ZERSPLITTERUNG DER LERNINHALTE

Neben diesem Fehlen an Problembewusstsein besteht ein weiteres **Defizit schulischen Lernens in der Zersplitterung der Lerninhalte in einzelne Fächer**. Fachübergreifende Projekte oder Problemstellungen werden in der Schule kaum behandelt. Dadurch entsteht für die Schüler der Anschein, dass in der Schule eine Ansammlung von Inhalten gelehrt wird, die wenig miteinander zu tun haben. Es ist damit **sehr wahrscheinlich, dass das Wissen, das in verschiedenen Fächern erworben wird, gewissermaßen in verschiedenen Gedächtnisabteilungen abgespeichert wird**, die nicht miteinander in Verbindung gebracht werden. Insbesondere Probleme im Berufsalltag sind aber häufig so komplex, dass sie nicht nur ein Fach betreffen, sondern dass die Integration verschiedenster Aspekte erforderlich ist. Eine solche Integration wird in der Schule nicht gefördert.

DEFIZITE AUCH AN DEN UNIS

Die Defizitliste schulischen Lernens ließe sich lange fortsetzen. Wir beschränken uns im Folgenden auf einen dritten wichtigen Punkt. Im modernen Berufsleben mit seinem weit entwickelten Spezialistentum sind relevante Probleme fast immer so komplex, dass eine Zusammenarbeit verschiedener Experten notwendig ist. Die Fähigkeit zur Kooperation als wichtige berufliche Basisqualifikation gewinnt daher zunehmend an Bedeutung. Im Gegensatz dazu stehen in der Schule individuelle Leistungsprozesse im Vordergrund; Zusammenarbeit wird in Prüfungen sogar untersagt. Obwohl die Effektivität kooperativer Lernformen vielfach belegt ist, fand diese Art des Lernens noch kaum Eingang in unsere Schulen. Die Fähigkeit zur Kooperation wird nicht gefördert. Die Schüler sind, wenn sie aus der Schule kommen, nicht auf produktive Teamarbeit vorbereitet.

Die angeführten Kritikpunkte bezogen sich in erster Linie auf die Schule. Wie sieht es im Vergleich dazu mit der **Universitätsausbildung** aus? In vielen Fächern **leider nicht wesentlich anders**. Auch im Studium dominiert **abstraktes, anwendungsunspezifisches Lernen**.

Allerdings könnte man vermuten, dass Studierende aufgrund ihrer besseren Lernvoraussetzungen (positive Selektion der Abiturienten, höheres Vorwissen, bessere Selbststeuerungskompetenzen) die Wissensanwendung eher gelingt als SchülerInnen.

Um diese Vermutung zu überprüfen, führten wir in den Bereichen Betriebswirtschaft und Medizin Untersuchungen durch. Wir wollten herausfinden, inwieweit fortgeschrittene Studierende in der Lage sind, ihr Wissen anzuwenden. In einer ersten Untersuchungsreihe verglichen wir kurz vor ihrem Abschluss stehende Studierende der Wirtschaftswissenschaften mit Pädagogik- und Psychologiestudierende hinsichtlich ihrer Leistung beim Leiten einer computersimulierten Jeansfabrik³.

Man sollte erwarten, dass Studierende der Wirtschaftswissenschaften aufgrund ihrer größeren ökonomischen Vorkenntnisse mehr Gewinn mit der Jeansfabrik erwirtschaften würden als die Pädagogik- und Psychologiestudierende, die kaum relevante Vorkenntnisse besaßen. Es zeigte sich jedoch das genaue Gegenteil. Die Studierenden der Wirtschaftswissenschaften schnitten schlechter ab, sie konnten also ihr im Studium erworbenes ökonomisches Wissen in dieser Anwendungssituation nicht effektiv nutzen.

Woran mag dies gelegen haben? Wir fanden folgenden Hauptgrund: Studierende der Wirtschaftswissenschaften bildeten sich zwar größtenteils zutreffende Vorstellungen über die Funktionsweise der Fabrik und über den Markt, auf dem diese Firma agierte. Ihre Überlegungen waren zum Teil außerordentlich vielfältig. Die Wirtschaftsstudenten waren jedoch gewissermaßen **durch den Umfang ihrer eigenen Überlegungen überfordert**. Sie konnten die Vielzahl der Aspekte und Informationen, die sie in Betracht zogen, nicht mehr integrieren und damit auch nicht für fundierte betriebswirtschaftliche Entscheidungen nutzbar machen. Die Pädagogik- und Psychologiestudierenden hingegen arbeiteten mit relativ einfachen Annahmen, die eine eindeutige Entscheidungsfindung zuließen. Obwohl sie zum Teil auch falsche Annahmen heranzogen, war ihr einfaches Vorgehen demjenigen der Wirtschaftswissenschaftsstudierenden überlegen.

WEITES WISSEN, ENGER HORIZONT

Eine weitere Untersuchungsreihe führten wir bei Medizinstudierenden durch.⁴ Ein wichtiges Ziel medizinischer Ausbildung besteht im Erwerb diagnostischer Kompetenzen, da falsche Diagnosen fatale Konsequenzen für die Gesundheit von PatientInnen nach

sich ziehen können. In unseren Studien untersuchten wir Medizinstudierende im vierten Studienjahr beim Bearbeiten eines fallbasierten Computerprogramms, das zur Vorbereitung auf weiteres Lernen an Ernstfällen dient. Dabei mussten die Studierenden nach einer Analyse von Patientendaten, körperlichen Untersuchungen und Blutaussstrichen eine Differentialdiagnose im Bereich Anämien (eine bestimmte Art von Blutkrankheiten) stellen. Auch hier traten **erhebliche Wissensanwendungsprobleme** zutage, die im Wesentlichen auf drei Gründe zurückzuführen waren:

- **Erstens** schenkten die Studierenden der Gesamtheit der präsentierten Daten oftmals zu wenig Aufmerksamkeit. Sie legten sich zu früh auf eine Diagnose fest und missachteten neue Information, häufig sogar außerordentlich wichtige und auffallende Information. Dadurch wiesen sie eine unangemessen enge Selektivität auf.

- **Zweitens** organisierten viele Medizinstudierende die von ihnen gesammelten Information ungenügend. Die Fähigkeit, Symptome und mögliche Diagnosen angemessen zu ordnen, ist aber eine wichtige Voraussetzung für die richtige Wissensanwendung in Problemsituationen.

- **Drittens** schließlich waren die Symptome und die Diagnose nur unzureichend miteinander verknüpft. Viele Studierende gelangten überhaupt nicht zur Konstruktion kausaler Erklärungen, die aber für das Stellen einer medizinischen Diagnose notwendig sind. Dies lag daran, dass Symptome und Diagnosevorschläge entweder überhaupt nicht in Verbindung gebracht wurden oder dass immer nur ein einzelnes Symptom mit einer einzelnen Diagnose verknüpft wurde, so dass die Studierenden während des Prozesses der Diagnosefindung keinen roten Faden fanden.

Alles in allem erbrachten die Analysen der Wissensanwendung von Medizinstudierenden Befunde, die den Ergebnissen der Studien aus der Ökonomie vergleichbar sind. Auch hier zeigte sich, **dass universitäre Ausbildung oft nicht auf das später im Beruf wichtige Lösen domänenspezifischer komplexer Probleme vorbereitet**. Nimmt man die Untersuchungen aus den Bereichen der Ökonomie und der Medizin zusammen, lässt sich festhalten, dass Studierende erhebliche Schwierigkeiten hatten, das im Studium erworbene Wissen bei komplexen Problemstellungen zu nutzen. Damit scheint auch die universitäre Ausbildung insofern ergänzungsbedürftig, als vermehrt Anstrengungen unternommen werden müssten, um bei den Studierenden Kompetenzen der Wissensanwendung zu fördern. Wie kann dies erreicht werden?

In den letzten Jahren wurden innerhalb der amerikanischen Lehr-Lern-Forschung Unterrichtsmodel-

le entwickelt, die zum Ziel haben, das Problem nicht anwendbaren Wissens zu vermeiden und Kenntnisse zu vermitteln, die bei der Bewältigung alltags- und berufsrelevanter Anforderungen genutzt werden können.^{2,5} Im Gegensatz zur vorherrschenden Auffassung von Lernen und Lehren als direkte Wissensvermittlung von LehrerInnen zu den SchülerInnen wird eine konstruktivistische Auffassung von Lernen vertreten. Die Eigenaktivität der Lernenden, also deren mentale Konstruktionsprozesse, werden als zentral angesehen. Diese konstruktiven Lernprozesse sind wiederum vom individuellen Vorwissen, von persönlichen Überzeugungssystemen und Einstellungen abhängig. Auf der Grundlage dieser Vorannahmen schlagen die neueren konstruktivistischen Lehr-Lern-Modelle verschiedene Unterrichtsmodelle vor, die jedoch alle wichtige Unterrichtsprinzipien miteinander teilen.

- **Ein zentraler Punkt ist das Prinzip, dass an komplexen, authentischen Problemen gelernt werden soll, die** zunächst noch einer **eingehenden Problemdefinition** bedürfen (problemorientiertes Lernen). Dieses Eingangsproblem soll die Lernenden dazu motivieren, sich das relevante Wissen zu erarbeiten. Durch die Einbettung des Lernprozesses in das Lösen bedeutungshaltiger, authentischer Probleme wird Wissen von Anfang an unter Anwendungsgesichtspunkten erworben anstatt in abstrakter Form.

- Ein zweites Prinzip betrifft die **Artikulation der normalerweise intern ablaufenden Lern- und Problemlöseprozesse. Damit können die eigenen Vorgehensweisen mit denjenigen von Experten oder von Mitlernern verglichen werden.** Außerdem können die artikulierten eigenen Gedanken und Strategien beim Problemlösen den Betreffenden nun ihrerseits Gegenstand der Selbstreflexion werden. Dies fördert Transferleistungen, also die Fähigkeit, sich von unwichtigen Details der vorliegenden Aufgabe zu lösen und auf übergeordnete Strategien zurückzugreifen, die man bereits bei anderen Aufgaben erlernt hat.

- Das dritte Prinzip der multiplen Perspektiven besagt, dass Kenntnisse und Fertigkeiten **in verschiedenen Kontexten** und unter unterschiedlichen Zielsetzungen gelernt und angewendet werden sollen. Damit wird das erworbene Wissen **mit einer Vielzahl von Anwendungsbedingungen verknüpft, abträgliche Übervereinfachungen werden vermieden.** Zudem wird die Abstraktion der erworbenen Kenntnisse gefördert.

- Ein viertes und letztes Prinzip betrifft das kooperative Lernen und Arbeiten. Dadurch können die Lernenden nicht nur ihre Vorgehensweise mit denjenigen anderer Lerner vergleichen, sondern auch durch das produktive Austragen von Konflikten zu neuen Einsichten gelangen.

DENKMUSTER STATT BLOSS FAKTEN LERNEN

Zu erwähnen bleibt, dass in den konstruktivistischen Lehr-Lern-Modellen Lernen in einem relativ weiten Sinn verstanden wird, nämlich als Enkulturation. Damit umfassen die Lernziele nicht nur den Erwerb von Faktenwissen und spezifischen Fertigkeiten, sondern auch den Erwerb von **Denkmustern, Expertenkniffen**, Überzeugungssystemen und ethischen Standards, die von den Mitgliedern der entsprechenden Expertenkultur geteilt werden. Natürlich können in der Schule Kinder nicht zu Mathematik- oder Biologieexperten bzw. -expertinnen gemacht werden. Sie sollen aber **Einsicht in das Vorgehen und die typischen Denkweisen bestimmter Fachdisziplinen gewinnen**, um sich so authentischer Mathematik, Biologie, Physik usw. anzunähern.

Ein in der Praxis erprobtes Unterrichtsmodell, bei dem die meisten der vier genannten Prinzipien realisiert sind, ist die sogenannte *Anchored Instruction* von der *Cognition and Technology Group* an der Universität von Vanderbilt, Nashville/USA.² Die zu erwerbenden Kenntnisse werden bei diesem Verfahren in bedeutungsvollen Anwendungskontexten verankert. Dazu wird zu Beginn einer Unterrichtseinheit ein Film gezeigt, der ein komplexes und zugleich motivierendes Problem aufwirft. Das Problem bedarf aber erst noch einer genauen Definition. Für die Behandlung des Pythagoras-Satzes im Mathematikunterricht der 5. Jahrgangsstufe wurde an der Vanderbilt-Universität beispielsweise eine Geschichte über einen Wildhüter entwickelt. Dieser findet in einem Reservat einen verletzten Adler, also ein in den USA besonders symbolträchtiges Tier, das dringend medizinische Versorgung braucht. Aus bestimmten Gründen, die im Film plausibel gemacht werden, kommt zum Transport von der Fundstelle im Urwald zur Tierklinik nur ein Ultralight-Flugzeug in Frage, über das die Kinder durch eine Rahmengeschichte quasi zufällig bereits einiges erfahren haben. Die Geschichte endet ohne Auflösung.

Die Kinder haben die Aufgabe herauszufinden, wie man den Adler mit dem Ultralight-Flugzeug retten könnte. Dabei stellen sich jedoch zahlreiche Probleme wie etwa die sehr begrenzte Beladungskapazität sowie der kleine Tank des Ultralight-Flugzeuges und die weiten Strecken im Dreieck zwischen dem Standort des Flugzeuges, dem Fundort des Adlers und der Tierklinik. Um die Rettung des Adlers erfolgreich planen und koordinieren zu können, müssen etliche mathematische Kenntnisse erworben und angewandt werden. In empirischen Untersuchungen, die an verschiedenen

Schulen durchgeführt wurden, zeigte sich, dass die Kinder hoch motiviert sind, diese Kenntnisse zu erwerben. Zweck und Sinn der mathematischen Kenntnisse und Fertigkeiten sowie deren Anwendungsbedingungen werden den Kindern unmittelbar einsichtig.

Für den Bereich der Hochschule entwickeln wir zur Zeit Lernarrangements, die ebenfalls auf den Prinzipien der konstruktivistischen Lehr-Lern-Modelle beruhen. Im Bereich der Ökonomie führen wir eine Studie durch, in der wir überprüfen, inwieweit der Erwerb anwendbaren Wissens gefördert werden kann, indem im Rahmen einer problemorientierten Lernumgebung eine Problemstellung kooperativ und unter multiplen Perspektiven bearbeitet wird. Für die Förderung der Diagnosefertigkeiten von Medizinstudierenden erstellen und erproben wir in Zusammenarbeit mit medizinischen Instituten derzeit computerunterstützte **fallbasierte Lernumgebungen, in denen die Lernenden ihr Vorgehen artikulieren und es reflektieren, indem sie sich mit einem Experten vergleichen, der erfolgreiches Vorgehen aufzeigt**.

Es sind damit in der nächsten Zeit Befunde zu erwarten, die zeigen werden, wie die traditionellen Lernformen in der Universität teils ergänzt und teils ersetzt werden können, um das Phänomen des trägen Wissens möglichst weitgehend zu vermeiden. Dies ist notwendig, da sich die Universität nicht länger der gesellschaftlichen Anforderung entziehen kann.

In ihrer wissenschaftlichen Ausbildung müssen Studierende auch **die Fähigkeit zur praktischen Nutzung ihres Wissens erwerben, denn dies ist eine sehr wichtige berufsvorbereitende Kompetenz**.⁶

Heinz Mandl ist Professor für Empirische Pädagogik und Pädagogische Psychologie der Ludwig-Maximilians-Universität München. Forschungsschwerpunkte: Lernen Erwachsener, Neue Informationstechnologien, Kognitive Psychologie, Lehr-Lern-Forschung, Berufliche Weiterbildung.

Hans Gruber und Alexander Renk sind Wissenschaftliche Assistenten am Lehrstuhl von Heinz Mandl.

Literatur:

- ¹ Resnick, L.B. (1987). Learning in school and out. *Educational Researcher*, 16, 13-20.
- ² Cognition and Technology Group at Vanderbilt. (1992) The Jasper series as an example of anchored instruction.: Theory, program, description, and assesment data. *Educational Psychologist*, 27, 291-315.
- ³ Mandl, H., Gruber, H. & Renkl, A. (in Druck). Learning to apply. In S. Vosniadou, E. DeCorte, R. Glaser & H. Mandl (Hrsg.), *international Perspectives of the psychological foundations of Technology-Based Learning Enviroments*. Hillsdale, NJ: Erlbaum.
- ⁴ Gräsel, C., Prenzel, M. & Mandl, H. (in Druck). Konstruktionsprozess beim Bearbeiten eines fallbasierten Computerprogramms. In C. Tarnai (Hrsg.), *Beiträge zur empirischen pädagogischen Forschung*. Münster: Waxman.
- ⁵ Collins, A., Brown, J.S. & Newman, S.E. (1989). Cognitive apprenticeship: Teaching the crafts of reading, writing, mathematics. In L.B. Resnick (Hrsg.), *Knowing learning, and instruction* (S. 453-494). Hillsdale, NJ: Erlbaum.
- ⁶ Lange, J. (1993) Lehre an Hochschulen im Wettbewerb. *Politische Studien*, 44 (Sonderheft 2), 27-37.