

Rechtsprechungs Übersicht

Ihre Examensfälle von morgen

BGH	Falsa demonstratio beim Grundstückskauf
BGH	Erneuerte Rauchwarnmelder rechtfertigen keine Mieterhöhung
OLG Frankfurt a.M.	Haftung für Tiergefahr auch bei durch Tier veranlasstes Einschreiten, um Hund und Katze zu trennen?
BGH	Bindungswirkung eines in einem Erbunwürdigkeitsverfahren ergangenen rechtskräftigen Versäumnisurteils
BGH	Schadensminderungspflicht und gleichwertige Reparatur in eigener Werkstatt
<hr/>	
BGH	§ 224 Abs.1 Nr. 4 StGB kann nicht durch Unterlassen begangen werden
BGH	Fälschung von Impfausweisen
BGH	Rechtsbeugung durch Richter bei Protokoll- und Fristfälschung, Urteilsnichtabsetzung und Nichtbearbeitung
<hr/>	
EuGH	Rein wirtschaftliche Gründe können eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht rechtfertigen
VG Berlin	Kein Anspruch eines Bundeskanzlers a.D. auf Personalausstattung seines Büros
SächsOVG	Gedenkstein zum „Corona-Impfexperiment“ ist erlaubt
OLG Celle	Störer kann während Festnahme in Gewahrsam kommen
OVG LSA, VG Düsseldorf	Waffenrechtliche Unzuverlässigkeit von Mitgliedern der AfD

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 23.06.2023 – V ZR 89/22, BeckRS 2023, 18992 §§ 133, 241, 280, 311, 323, 433, 434 BGB Falsa demonstratio beim Grundstückskauf	613
BGH, Urt. v. 24.05.2023 – VIII ZR 213/21, BeckRS 2023, 15364 §§ 555 b, 559 BGB Erneuerte Rauchwarnmelder rechtfertigen keine Mieterhöhung	619
OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.01.2023 – 4 U 249/21, BeckRS 2023, 1575 §§ 249, 253, 254, 833 BGB Haftung für Tiergefahr auch bei durch Tier veranlasstes Einschreiten, um Hund und Katze zu trennen?	621
BGH, Beschl. v. 24.04.2023 – IV ZB 11/22, BeckRS 2023, 12979 §§ 826, 2324, 2344 BGB, § 331 ZPO Bindungswirkung eines in einem Erbunwürdigkeitsverfahren ergangenen rechtskräftigen Versäumnisurteils	624
BGH, Urt. v. 26.05.2023 – VI ZR 274/22, BeckRS 2023, 16830 §§ 249, 254 BGB Schadensminderungspflicht und gleichwertige Reparatur in eigener Werkstatt	630
Aktuelle Diskussion Aktuelle Debatte: cash & drive und sale & rent back	633

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 17.01.2023 – 2 StR 459/21, BeckRS 2023, 15360 §§ 13, 25, 223, 224, 225, 323 c StGB § 224 Abs.1 Nr. 4 StGB kann nicht durch Unterlassen begangen werden	639
BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, BeckRS 2022, 31209 BGH, Urt. v. 12.07.2023 – 1 StR 260/22, BeckRS 2023, 19471 §§ 52, 267 StGB; § 277 StGB i.d.F. v. 19.11.1998 Fälschung von Impfausweisen	642
BGH, Beschl. v. 29.11.2022 – 4 StR 149/22, BeckRS 2022, 48227 §§ 133, 267, 271, 339 StGB Rechtsbeugung durch Richter bei Protokoll- und Fristfälschung, Urteilsnichtabsetzung und Nichtbearbeitung	648

Öffentliches Recht

EuGH, Urt. v. 13.07.2023 – C-106/22, BeckRS 2023, 16921 Art. 49, 52, 63 AEUV Rein wirtschaftliche Gründe können eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht rechtfertigen	652
VG Berlin, Urt. v. 04.05.2023 – VG 2 K 238/22, BeckRS 2023, 12452 Art. 3 GG; Wohnheitsrecht Kein Anspruch eines Bundeskanzlers a.D. auf Personalausstattung seines Büros	656
SächsOVG, Beschl. v. 15.06.2023 – 6 B 83/23, BeckRS 2023, 13978 Art. 5 GG; § 90 a StGB; LPolG Gedenkstein zum „Corona-Impfexperiment“ ist erlaubt	659
OLG Celle, Beschl. v. 18.04.2023 – 22 W 8/22, BeckRS 2023, 10900 LPolG Störer kann während Festnahme in Gewahrsam kommen	663
OVG LSA, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, BeckRS 2023, 8320 VG Düsseldorf, Urt. v. 07.03.2023 – 22 K 7087/20, BeckRS 2023, 5109 Art. 21 GG; §§ 4, 5, 45 WaffG Waffenrechtliche Unzuverlässigkeit von Mitgliedern der AfD	667

Repetitorium

Klausurtypische Unrechts- und Schuldausschlussgründe – Auswahl und Prüfungsketten

672

Check

677



DÜRCKHEIM VERLAG

Für Ihr Studium und die Prüfungen:

Mit **DürckheimRegistern®**
und den **Registerfolien** seit über 20 Jahren
in jedem Fall auf der richtigen Seite!®

www.duerckheim.de

Impressum

RÜ-Rechtsprechungsübersicht

Herausgeber: RA Dr. Tobias Langkamp, RA Christian Sommer

Verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Tobias Langkamp (Zivilrecht), Prof. Dr. Patrick Rieck (Strafrecht), RA Christian Sommer (Öffentliches Recht)

Redaktion: Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge, Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Autoren: Zivilrecht: RAin Claudia Haack, Dr. Matthias Hünert, RA Dr. Tobias Langkamp, RA Dr. Jan Stefan Lüdde, RiSG Lars Reuter; **Strafrecht:** Long Bui, RAin Dr. Justine Diebel, StA Dr. Sascha Holznagel, RA Dr. Rolf Krüger, NotAss Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), StA'in Dr. Christina Lang, Ri'in Julia Merkle, MR Dr. Matthias Modrey, VRLG Dirk Reitzig, Prof. Dr. Patrick Rieck, OStA Dr. Jost Schützeberg, RA Dr. Wilhelm Friedrich Schneider, StA Dr. Jan Steils; **Öffentliches Recht:** Henrik Gilles, VRiVG Pierre Becker-Rosenfelder, Ri'in SG Birgit Reuter, RA Christian Sommer, VRiVG Dr. Martin Stuttmann, RA Horst Wüstenbecker

Verlag: Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge, Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster, Postfach 1169, 48001 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Internet: www.alpmann-schmidt.de

E-Mail: info@alpmann-schmidt.de

Anzeigen: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München

Media-Beratung: Tel. (089) 38189-687, Fax (089) 38189-589

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Tel. (0 89) 38189-609, Fax (0 89) 38189-589, E-Mail anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling

ISSN 0178-0689

Druck: Holzmann Druck GmbH & Co. KG, Gewerbestraße 2, 86825 Bad Wörishofen

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilme oder andere Verfahren – reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

Erscheinungsweise: monatlich zum Monatsbeginn.

Bezugspreis: vierteljährlich 22,50 € (3 Hefte – inkl. gesetzl. MwSt). Versandkosten sind im Preis enthalten. Zahlungen sind vierteljährlich im Voraus fällig.

Einzelausgabe: 8,70 € (inkl. gesetzl. MwSt), Versandkosten zzgl.

Bestellungen: nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen.

Abbestellungen: müssen 6 Wochen zum Quartalsende vorliegen.



§§ 249, 254 BGB

Schadensminderungspflicht und gleichwertige Reparatur in eigener Werkstatt

BGH, Urt. v. 26.05.2023 – VI ZR 274/22, BeckRS 2023, 16830

Leitsätze

1. Wird bei einem Verkehrsunfall ein Kfz beschädigt, hat der Geschädigte, der einen auf Gewinnerzielung ausgerichteten Reparaturbetrieb führt, grundsätzlich Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Fremdreparatur einschließlich des Gewinnanteils.

2. Allerdings muss sich der Geschädigte in diesem Fall unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1 letzter Hs. BGB auf eine gleichwertige Reparaturmöglichkeit in seiner eigenen Werkstatt verweisen lassen, wenn sein Betrieb nicht ausgelastet und es ihm zumutbar ist, ansonsten ungenutzte Kapazitäten für die notwendige Reparatur zu nutzen. Dies gilt sowohl bei der konkreten als auch bei der fiktiven Schadensabrechnung.

Differenzhypothese: Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der tatsächlichen Lage, die durch das schädigende Ereignis geschaffen wurde, und der hypothetischen Lage, die ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.

Gemäß § 249 Abs. 2 S. 2 BGB wird die **Umsatzsteuer** bei einer fiktiven Abrechnung der Reparaturkosten nicht ersetzt.

Fall

K betreibt eine Kfz-Reparaturwerkstatt. Ein Pkw der K wurde am 09.06.2021 bei einer Kollision mit einem bei der B haftpflichtversicherten Pkw beschädigt. Die volle Haftung der B für den von Halter H verursachten Unfall steht dem Grunde nach außer Streit.

K macht auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens fiktive Reparaturkosten i.H.v. 4.000 € netto geltend. Sie hat das Fahrzeug zwischenzeitlich unrepariert verkauft. B hält 20 % der geltend gemachten Reparaturkosten (800 €) als Unternehmergewinn für nicht erstattungsfähig.

Steht K gegen B ein Anspruch auf Zahlung i.H.v. 4.000 € zu?

Lösung

K kann gegen B ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 4.000 € aus **§ 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG** i.V.m. **§§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 StVG** sowie **§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB** i.V.m. **§§ 1 ff. StVO** zustehen.

Die Kfz-Haftpflichtversicherung B haftet gemäß § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG im gleichen Maße wie der Kfz-Halter H.

I. H haftet gegenüber K wegen des von ihm verursachten Unfalls aus **§§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 StVG** sowie aus **§§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB** i.V.m. **§§ 1 ff. StVO**.

II. Als **Rechtsfolge** muss B der K den aus der Kfz-Beschädigung entstandenen Schaden gemäß **§§ 10 ff. StVG** i.V.m. **§§ 249 ff. BGB** ersetzen.

1. Dazu muss aufseiten der K durch den Unfall ein **Schaden** entstanden sein.

a) Aufgrund der unfallbedingten Beschädigung muss K ihr Kfz reparieren lassen, sodass der Schaden nach der Differenzhypothese in den **Reparaturkosten** besteht.

b) Die Beschädigung des Kfz war auch **äquivalent und adäquat kausal** für den Schaden der K.

2. Der **Schadensausgleich** erfolgt gemäß **§§ 10 ff. StVG** i.V.m. **§§ 249 ff. BGB**.

a) Durch eine Reparatur wird das Kfz in einen Zustand versetzt, der dem ursprünglichen zumindest vergleichbar ist, sodass die Reparaturkosten grundsätzlich einen ersatzfähigen Schaden i.S.v. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB darstellen.

b) K hat ihr Kfz allerdings nicht reparieren lassen, sondern die Reparaturkosten fiktiv auf Grundlage eines von ihr eingeholten Sachverständigengutachtens abgerechnet. Daher könnte der Ersatz der Reparaturkosten **wegen der fiktiven Schadensabrechnung** der K ausgeschlossen sein.

Aufgrund der Dispositionsfreiheit des Geschädigten lässt die Rspr. jedoch bei der Abrechnung **reiner Sachschäden** im Rahmen des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB eine fiktive Schadensabrechnung zu. Es sei allein Sache des Geschädigten, ob und in welchem Umfang eine Reparatur erfolge.

Somit ist der Ersatz der Reparaturkosten nicht wegen der fiktiven Schadensabrechnung ausgeschlossen.

c) K hat ihrer fiktiven Schadensabrechnung die vom Sachverständigen ermittelten Reparaturkosten i.H.v. 4.000 € – inklusive des Unternehmergewinns i.H.v. 800 € – zugrunde gelegt. Fraglich ist, ob der Geschädigte im Rahmen der fiktiven Schadensabrechnung nach einem Verkehrsunfall den Unternehmergewinn als Teil der Reparaturkosten gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB fordern kann.

„[7] ... Unter mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten hat der Geschädigte grundsätzlich diejenige zu wählen, die den geringeren Aufwand erfordert. Nur der für diese Art der Schadensbehebung nötige Geldbetrag ist i.S.d. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB zur Herstellung erforderlich (sog. **Wirtschaftlichkeitsgebot**).

[8] Dieses Wirtschaftlichkeitsgebot gilt aber nicht absolut, sondern nur im Rahmen des dem Geschädigten Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage. Nimmt der Geschädigte gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB die Schadensbehebung selbst in die Hand, ist im Rahmen der sog. **subjektbezogenen Schadensbetrachtung** der zur Herstellung erforderliche Aufwand nach der besonderen Situation zu bemessen, in der sich der Geschädigte befindet. Sind seine Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten beschränkt oder bestehen gerade für ihn Schwierigkeiten, so ist hierauf zu seinen Gunsten Rücksicht zu nehmen. Verfügt er über besondere Expertise, erhöhte Einflussmöglichkeiten oder sonstige Vorteile oder Erleichterungen, so ist hierauf auch zugunsten des Schädigers Rücksicht zu nehmen; diese Umstände können sich also anspruchsverkürzend auswirken ... Darüber hinaus gilt für die Ersetzungsbefugnis des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB das **Verbot, sich durch Schadensersatz zu bereichern**. Der Geschädigte soll zwar volle Herstellung verlangen können (Totalreparation), aber an dem Schadensfall nicht „verdienen“.

[9] Nach diesen Grundsätzen hat der Geschädigte regelmäßig Anspruch auf Ersatz der in einer markengebundenen Fachwerkstatt anfallenden Reparaturkosten, unabhängig davon, ob er das Fahrzeug voll, minderwertig oder überhaupt nicht reparieren lässt. Bei der fiktiven Schadensabrechnung genügt der Geschädigte dem Gebot der Wirtschaftlichkeit nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB im Allgemeinen, wenn er der Schadensabrechnung die üblichen Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zugrunde legt, die ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat; dasselbe gilt für die Kosten der Ersatzteile. Reparaturkosten in dieser Höhe stehen grundsätzlich auch dem Geschädigten zu, der kraft besonderer Fähigkeiten oder aus sonstigen individuellen Gründen zu einer kostengünstigen Eigenreparatur imstande ist.

[10] **Dies gilt auch für einen Geschädigten, der einen auf Gewinnerzielung ausgerichteten Reparaturbetrieb führt; er hat grundsätzlich Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Fremdreparatur einschließlich des Gewinnanteils.**“

Somit stellen die von K zugrunde gelegten Reparaturkosten i.H.v. 4.000 € – inklusive des Unternehmergewinns i.H.v. 800 € – einen ersatzfähigen Schaden i.S.v. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB dar.

3. Der Anspruch könnte jedoch wegen Mitverschuldens der K gemäß § 254 BGB zu kürzen sein.

K könnte gegen ihre **Schadensminderungspflicht** gemäß **§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB** verstoßen haben, indem sie ihr verunfalltes Fahrzeug nicht in ihrer eigenen Kfz-Werkstatt reparieren ließ.

„[10] ... [Der Geschädigte, der einen auf Gewinnerzielung ausgerichteten Reparaturbetrieb führt,] **muss ... sich unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1 letzter Hs. BGB auf eine gleichwertige Reparaturmöglichkeit in seiner eigenen Werkstatt verweisen lassen,**

Die **subjektbezogene Schadensbetrachtung** bedeutet nicht, dass ein in der Situation des Geschädigten wirtschaftlich unangemessenes Verhalten erst unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB zu prüfen wäre; die Schadensersatzpflicht besteht vielmehr von vornherein nur insoweit, als sich das Verhalten des Geschädigten im Rahmen wirtschaftlicher Vernunft hält (BGH, Urt. v. 26.05.2023 – VI ZR 274/22, BeckRS 2023, 16830, Rn. 8).

Vgl. BGH RÜ 2017, 292 f.; RÜ 2019, 89 f.

wenn sein auf Gewinnerzielung ausgerichteter Betrieb nicht ausgelastet ist und es ihm zumutbar ist, ansonsten ungenutzte Kapazitäten für die notwendige Reparatur zu nutzen.“

K hat das verunfallte Kfz jedoch unrepariert verkauft und eine fiktive Schadensabrechnung vorgenommen, sodass es eventuell auf die Reparaturmöglichkeit und die Auslastungssituation in ihrem eigenen Betrieb gar nicht ankommt.

„[11] Würde man ... bei der fiktiven Abrechnung mit der Begründung, dass es mangels Reparatur auf die Auslastungssituation überhaupt nicht ankomme, den Unternehmergewinn ohne Rücksicht auf den Einwand des Schädigers nach § 254 Abs. 2 S. 1 letzter Hs. BGB und damit stets zuerkennen, stünde der Geschädigte bei der fiktiven Abrechnung besser als bei der konkreten Schadensabrechnung. Ziel der fiktiven Schadensabrechnung ist es aber nicht, den Geschädigten wirtschaftlich besser zu stellen als im Rahmen der konkreten Schadensabrechnung. Entgegen der Ansicht der Revision **ist es deshalb auch nicht widersprüchlich, bei der fiktiven Abrechnung die konkrete Auslastungssituation der Werkstatt des Geschädigten zu berücksichtigen.**

[12] Im Rahmen des § 254 Abs. 2 S. 1 letzter Hs. BGB ist der **Schädiger darlegungs- und beweisbelastet** dafür, dass der gewinnorientierte Betrieb des Geschädigten nicht ausgelastet war und er diese ansonsten ungenutzte Kapazität für die notwendige Reparatur hätte nutzen können. **Dem Geschädigten obliegt es im Rahmen der sekundären Darlegungslast, seine betriebliche Auslastungssituation konkret darzustellen und ggf. Umstände aufzuzeigen, die eine Reparatur in der eigenen Werkstatt unzumutbar erscheinen lassen. Etwa aufgezeigte Umstände hat der Schädiger zu widerlegen.**

[19] Die [B] ... war nach diesen Grundsätzen ... prozessrechtlich weder gehalten, zur Dauer einer Reparatur des Fahrzeugs näher vorzutragen, noch dazu, wann der Weiterverkauf des Fahrzeugs erfolgte; sie musste vor allem auch nicht näher darlegen, in welchem Zeitraum seit dem Unfall die Werkstatt der [K] nicht voll ausgelastet war und ob ihr in dieser Zeit die Durchführung der Reparatur möglich und zumutbar war ... **Hinsichtlich der weiteren Umstände steht die [B], anders als die [K], außerhalb des Geschehensablaufs und verfügt über keine Erkenntnismöglichkeiten, die ihr konkreteren Vortrag dazu ermöglicht hätten. Demgegenüber war der [K] Vortrag dazu möglich und zumutbar.“**

Folglich hätte K darlegen müssen, dass eine Reparatur des verunfallten Kfz in ihrer eigenen Werkstatt wegen betrieblicher Auslastung nicht möglich oder wegen besonderer Umstände nicht zumutbar war. Dieser sekundären Darlegungslast ist K nicht nachgekommen, sodass zu ihren Lasten davon ausgegangen wird, dass eine Reparatur in ihrer eigenen Werkstatt möglich und zumutbar war. Somit hat K gegen ihre Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen und sie muss sich den Unternehmergewinn i.H.v. 800 € anspruchsmindernd abziehen lassen.

K steht gegen B daher lediglich ein Anspruch i.H.v. 3.200 € aus § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG i.V.m. §§ 7, 18 StVG, 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1 ff. StVO zu.

RAin Claudia Haack

Die Rspr. legt dem **Gegner der darlegungs- und beweisbelasteten Partei** eine sekundäre Darlegungslast auf, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht, keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, sich diese auch nicht verschaffen kann und daher pauschal behaupten darf, während der Prozessgegner die Kenntnis hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (MünchKommZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, § 138 Rn. 24).

Zwar trägt die **Behauptungs- und Beweislast** der zur Anwendung des § 254 BGB führenden Umstände grundsätzlich der Schädiger, der damit seine Ersatzpflicht mindern oder beseitigen will. Dabei darf dem Schädiger allerdings nichts Unmögliches abverlangt werden. Er kann daher beanspruchen, dass der Geschädigte an der Beweisführung mitwirkt, soweit es sich um Umstände aus seiner Sphäre handelt (BGH, Urt. v. 26.05.2023 – VI ZR 274/22, BeckRS 2023, 16830, Rn. 18).

§§ 52, 267 StGB; § 277 StGB i.d.F. v. 19.11.1998

Fälschung von Impfausweisen

BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, BeckRS 2022, 31209

BGH, Urt. v. 12.07.2023 – 1 StR 260/22, BeckRS 2023, 19471

Leitsätze

1. Das Fälschen von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB a.F. steht zur Urkundenfälschung nach § 267 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität.

2. Impfbescheinigungen sind Gesundheitszeugnisse i.S.v. § 277 a.F. StGB, da nicht nur Feststellungen zum gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen erfasst sind, sondern auch über die Aussichten, von bestimmten Krankheiten befallen oder von ihnen verschont zu werden.

3. Im Fall einer Spezialität zwischen zwei Normen kann eine Privilegierung regelmäßig nur dann eingreifen, wenn ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vollständig erfüllt sind.

§ 277 StGB ist mit Wirkung vom 24.11.2022 (BGBl. I, S. 4906) neugestaltet worden. Da es für die Strafbarkeit allerdings auf die Gesetzeslage zur Tatzeit – jedenfalls, wenn diese (wie im vorliegenden Fall) mildere Rechtsfolgen vorsieht – ankommt (§ 2 Abs. 1 und 3 StGB), wird hier angesichts des Tatzeitraums bis 09.11.2021 auf die alte Fassung abgestellt.

Zur Diskussion um die Änderung des § 277 StGB s. z.B. Lichtenthäler NStZ 2022, 138; Kreuzer JR 2022, 166; Zieschang ZIS 2021, 148

Die folgenden Zitate sind aus der Entscheidung vom 10.11.2022, sofern nichts anderes angegeben ist.

Fall

Um sich eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen, entschloss sich A im August 2021, eigenhändig Impfausweise mit Eintragungen zu angeblichen Impfungen gegen das SARS-CoV-2-Virus anzufertigen oder bereits bestehende Impfausweise entsprechend zu ergänzen und diese Impfausweise an Dritte zu verkaufen. A wollte damit seinen Kunden ermöglichen, mittels der Impfausweise Schutzimpfungen nachzuweisen, um in Apotheken digitale Impfbefreiungen zu erlangen oder aufgrund der COVID-19-Pandemie bestehende Zugangsbeschränkungen für Ungeimpfte, etwa in der Gastronomie, zu umgehen. Zwischen dem 25.09. und dem 09.11.2021 vermerkte A neunmal die vermeintlichen Daten für Erst- und Zweitimpfungen in bereits benutzten Impfausweisen oder in Blankoimpfausweisen handschriftlich und versah die Eintragungen jeweils in derselben Zeile mit selbst gedruckten Aufklebern des angeblich verwendeten Impfstoffs „Comirnaty“ einschließlich fiktiver Chargennummern sowie mit dem Stempel eines Impfzentrums. Auf dem Stempel unterschrieb er jeweils mit einem nachgeahmten Namenszug, um hierdurch den Eindruck zu erwecken, die betreffende Unterschrift sei von einem Arzt des Impfzentrums geleistet worden. A übergab die so angefertigten Ausweise sodann seinen Bestellern. Strafbarkeit des A?

Lösung

I. A könnte sich wegen Fälschung von Gesundheitszeugnissen gemäß § 277 StGB a.F. strafbar gemacht haben, indem er die Impfungen samt Datumsangaben in die Impfausweise eintrug, stempelte und mit Namenskürzel abzeichnete.

1. Es handelt(e) sich um einen **zweiaktig aufgebauten Tatbestand. Erforderlich ist, dass der Täter in einem ersten Teilakt unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein **Zeugnis über den Gesundheitszustand** eines Menschen ausstellt oder ein **derartiges echtes Zeugnis verfälscht** und davon in einem zweiten Teilakt zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften **Gebrauch macht**.**

a) „[16] Gesundheitszeugnisse i.S.v. § 277 StGB a.F. sind schriftliche Erklärungen, in denen der Gesundheitszustand eines Menschen beschrieben wird. Gegenstand kann auch eine frühere Erkrankung oder eine Prognose über die künftige gesundheitliche Entwicklung sein, ebenso die Bescheinigung therapeutischer Maßnahmen. Danach stellt eine **Impfbescheinigung ein solches Gesundheitszeugnis dar. Denn dieses Merkmal umfasst bereits nach seinem Wortsinn nicht nur Feststellungen zum gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen, sondern auch über die Aussichten, von bestimmten Krankheiten befallen oder von ihnen verschont zu werden. Eine Aussage über die Veränderung des Gesundheitszustandes wird auch durch die implizit in einem Impfnachweis enthaltene Feststellung getroffen, dass der Impfpassinhaber mit einem bestimmten Wirkstoff geimpft sei und**



dieser Wirkstoff bei Kontakt mit einem Virus zu bestimmten körperlichen Reaktionen führe.“

Durch die Eintragungen des Impfstoffs samt Datum, Stempel des Impfzentrums sowie Namenskürzel hat A ein derartiges Zeugnis ausgestellt, indem bezeugt wird, der Ausweisinhaber sei mit einem bestimmten Impfstoff geimpft.

b) In der hier einschlägigen Var. 2. des § 277 StGB a.F. ist erforderlich, dass ...

„[22] ... der Täter unter dem **Namen einer approbierten Medizinalperson** ein – inhaltlich richtiges oder falsches – Gesundheitszeugnis ausstellt, er mithin über die Identität eines Ausstellers täuscht, der er die erforderliche Qualifikation zuweist. Dies ist sowohl gegeben, wenn er unter dem Namen einer anderen tatsächlich existierenden approbierten Person handelt, er also eine fremde Identität vortäuscht, als auch dann, wenn die Person, als die er auftritt, in Wahrheit nicht existiert, solange er den Anschein erweckt, dass diese erfundene Person eine approbierte Medizinalperson sei.“

A hat durch das nachgeahmte Namenskürzel in Verbindung mit dem Stempel des Impfzentrums den unzutreffenden Anschein erweckt, der Impfeintrag stamme von einem Arzt des Impfzentrums, sodass er über die qualifizierte Identität des Ausstellers täuschte.

2. § 277 StGB a.F. erforderte jedoch den **Gebrauch des Gesundheitszeugnisses gegenüber Behörden oder Versicherungsgesellschaften**. Insoweit unterschied sich der Tatbestand erheblich von § 267 StGB, wo schon die Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr allgemein genügt. Die Vorlage in der Gastronomie und Apotheken reicht damit nicht. Es handelt sich nicht um Behörden bzw. Versicherungsgesellschaften i.S.v. § 277 StGB a.F.

Somit hat A sich nicht wegen Fälschung von Gesundheitszeugnissen strafbar gemacht.

II. A könnte sich durch die Eintragungen in die Impfpässe jedoch wegen **Urkundenfälschung im besonders schweren Fall** gemäß **§ 267 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 3 StGB** strafbar gemacht haben.

1. A könnte eine **unechte Urkunde hergestellt** haben.

a) Eine **Urkunde** ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt.

„[36] ... Die Eintragung einer Impfdokumentation in einen auf eine bestimmte Person ausgestellten Impfausweis stellt eine **verkörperte Gedankenerklärung** dar, die zum **Beweis geeignet und bestimmt** ist und ihren **Aussteller erkennen lässt**. Die in der ausgefüllten Zeile des Impfausweises enthaltenen Angaben über Datum der Impfung, Impfstoff und Charge ergeben ... im Zusammenhang mit den Personalien auf dem Deckblatt des Impfausweises die Erklärung des Impfarztes, der genannten Person die bezeichnete Impfung an einem bestimmten Tag unter Verwendung eines Vakzins einer bestimmten Charge verabreicht zu haben.“

A hat diese Urkunde durch seine Eintragungen in die Impfpässe **hergestellt**.

b) Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von demjenigen herrührt, der in ihr als Aussteller bezeichnet wird. Nach dem äußeren Anschein waren die Impfbescheinigungen durch einen Arzt eines bestimmten Impfzentrums ausgestellt, wobei sie tatsächlich von A stammten. Dabei ist unschädlich, dass kein Name des vermeintlichen Arztes erkennbar war. Somit waren die Urkunden unecht.

2. A wollte die Impfbescheinigungen entsprechend ausfüllen und handelte damit **vorsätzlich**. Weiterhin müsste er **zur Täuschung im Rechtsverkehr** gehandelt haben. Dabei ist nach h.M. neben der finalen Absicht des Gebrauchs

„[32] **Behörden** i.S.d. §§ 277, 278 StGB a.F. sind nur solche Stellen, welche die **vorgelegten Zeugnisse zur Beurteilung des Gesundheitszustands einer Person verwenden**. Schon das ist hier nicht der Fall. Nach § 1 ApoG obliegt den Apotheken die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Unter diese Aufgabe fällt nicht die Beurteilung des Gesundheitszustands von Personen auf der Grundlage eines von einer (anderen) Medizinalperson erstellten Zeugnisses. [33] Die Vorlage der Fälsfrikate in Apotheken zur Erlangung eines digitalen Impfbescheinigungsfälschungszeugnisses führt auch nicht dazu, dass dem Robert-Koch-Institut die Impfbescheinigungen als der für die Erstellung digitaler Impfbescheinigungen zuständige Behörde zugänglich gemacht werden. Denn ein Gebrauchen setzt jedenfalls ein Verbringen des Gesundheitszeugnisses in den Machtbereich der Behörde mit der Möglichkeit sinnlicher Wahrnehmung voraus. Daran fehlt es, weil gemäß § 22 Abs. 5 IfSG a.F. dem Robert-Koch-Institut durch die Apotheke lediglich personenbezogene Daten aus dem Impfbescheinigungspass elektronisch übermittelt werden, nicht jedoch der Impfbescheinigungspass als solcher.“

Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 267 Rn. 42 m.w.N.

zur Täuschung auch sicheres Wissen ausreichend, dass die unechte Urkunde im Rechtsverkehr als echt gebraucht werden soll.

3. Fraglich ist allerdings, ob überhaupt eine Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB in Betracht kommt.

Für diese Auffassung vgl. OLG Bamberg NJW 2022, 556, 557; BayObLG, Beschl. v. 03.06.2022 – 207 StRR 155/22, BeckRS 2022, 13743 (Rn. 15 ff.); MüKo-StGB/Erb, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 11; Lichtenthäler NStZ 2022, 138, Pschorr NJW 2023, 1981

Für diese Auffassung HansOLG Hamburg, Beschl. v. 27.01.2022 – 1 Ws 114/21, BeckRS 2022, 864, RÜ 2022, 311; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 31.03.2022 – 1 Ws 19/22, BeckRS 2022, 8590; OLG Celle NJW 2022, 2054; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.07.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22, BeckRS 2022, 18816; OLG Stuttgart, Beschl. v. 08.03.2022 – 1 Ws 33/22, BeckRS 2022, 6034

Z.B. Fischer § 277 Rn. 11 a.E.; Jahn JuS 2022, 178, 179

a) Nach einer Auffassung, die auf Rspr. des RG zurückgeht (vgl. RGSt 6, 1 f.; 31, 296, 298), begründet § 277 StGB a.F. eine **umfassende Sperrwirkung** gegenüber § 267 StGB, sobald Tatobjekt ein Gesundheitszeugnis ist. Auch wenn der objektive Tatbestand des § 277 StGB a.F. nicht erfüllt ist, ist demnach ein Rückgriff auf die Urkundenfälschung ausgeschlossen.

b) Andere nehmen **nicht in allen Fällen** eine **Sperrwirkung** des § 277 StGB a.F. gegenüber § 267 StGB an. Eine privilegierende Spezialität soll nicht nur dann gegeben sein, wenn Gesundheitszeugnisse zur Täuschung von Behörden und Versicherungen gebraucht werden, sondern auch dann, wenn sie – ohne tatsächlichen Gebrauch – diese Zweckbestimmung haben. Dies wird damit begründet, dass sonst der bloße Hersteller eines falschen Gesundheitszeugnisses härter bestraft wird als derjenige, der dieses nach Erstellung tatsächlich bei einer Behörde oder einer Versicherung vorlegt. In allen anderen Fällen, etwa wie hier bei beabsichtigter Vorlage in Gastronomiebetrieben und Apotheken, bleibt § 267 StGB anwendbar, wenn der Tatbestand des § 277 StGB a.F. nicht vollständig erfüllt ist.

c) Vermittelnde Stimmen befürworten eine „**Rechtsfolgenlösung**“. Danach ist zwar die Strafbarkeit nach § 267 StGB nicht grundsätzlich gesperrt, jedoch wird die Strafe wegen Urkundenfälschung dem geringeren Strafraum des § 277 StGB a.F. entnommen.

d) Der **BGH** sieht dagegen § 277 StGB a.F. und § 267 StGB als zwei Tatbestände, die verschieden gearbete Begehungsweisen erfassen, aber gemeinsame Unrechtselemente aufweisen, sodass sich die jeweiligen Anwendungsbereiche überschneiden. Dies sei im Strafrecht jedoch nicht ungewöhnlich, sodass die Anwendbarkeit des einen Tatbestands die Anwendbarkeit des anderen deswegen nicht ausschließt.

„[47] **Spezialität** als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es **wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält**, das den infrage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren Gesichtspunkt erfasst, also spezieller ist. Soll der Täter durch das weitere, speziellere Merkmal bessergestellt werden als der Täter nur des allgemeinen Delikts, so handelt es sich um einen Fall der privilegierenden Spezialität. Dann ist ein Rückgriff auf das allgemeinere Delikt ausgeschlossen ... Die Annahme einer Privilegierung bedarf mithin stets einer spezifischen Rechtfertigung.“

aa) Diese Rechtfertigung ergibt sich nicht aus dem **Wortlaut** (Rn. 51).

bb) Vielmehr bestätigt eine systematische Auslegung „die strukturelle Verschiedenheit beider Delikte, die einen fehlenden inneren Zusammenhang offenbart“.

„[53] Dies zeigt sich vor allem darin, dass **§ 277 StGB a.F. als zweiaktiges Delikt** ausgestaltet ist, das Gesundheitszeugnis also stets tatsächlich eingesetzt werden muss, während bei der Urkundenfälschung schon das Herstellen oder Verfälschen zum Zweck der Täuschung Vollendung eintreten lässt.“

[54] Dieser Befund – zweiaktiges Tatgeschehen bei § 277 StGB a.F. im Gegensatz zum einaktigen mit überschießender Innentendenz bei der Urkundenfälschung – lässt sich aber mit der Annahme, dass der zweiaktige Tatbestand das Geschehen nur noch unter spezielleren Gesichtspunkten als der andere erfassen und deswegen

den Täter privilegieren soll, schwerlich vereinbaren. Dies gilt zumal, da der zum Fälschen oder Verfälschen hinzutretende Gebrauch der Urkunde den dem Tatgeschehen innewohnenden Unrechtsgehalt sogar zu steigern geeignet ist, keineswegs aber senkt. Dies wird gestützt durch die gesetzgeberische Wertung, den Gebrauch einer unechten oder verfälschten Urkunde gemäß § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB für sich genommen für ebenso strafwürdig zu erachten wie das Fälschen oder Verfälschen gemäß § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB. Der Blick auf diese Begehungsvarianten der Urkundenfälschung erhellt aber auch, dass der Täter des § 277 Var. 2 und 3 StGB a.F. stets zwei Begehungsvarianten des § 267 Abs. 1 StGB erfüllt, weil er fälschen oder verfälschen und sein Produkt sodann einsetzen muss. Für eine grundsätzlich mildere Bestrafung dieses Täters gegenüber demjenigen, der nur eine Variante der Urkundenfälschung begeht, spricht danach nichts.

Auch der engere Adressatenkreis bei § 277 StGB a.F. begründet kein anderes Ergebnis:

„[55] ... Dem Gesetz sind Anhaltspunkte dafür, dass der Gebrauch gegenüber einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft weniger strafwürdig sein soll als gegenüber anderen Teilnehmern des Rechtsverkehrs, nicht zu entnehmen. Solche sind auch sonst nicht zu Tage getreten. Soweit einzelne Oberlandesgerichte, die eine privilegierende Spezialität annehmen, damit argumentieren, speziell die Vorlage gegenüber diesen Adressaten sei privilegiert und damit als verringertes Unrecht zu begreifen, weil sich Behörden und Versicherungen besser gegen Täuschungen schützen könnten, entbehrt diese Begründung einer Privilegierung eines Belegs und vor allem jeder Stütze in der Gesetzgebungsgeschichte. Zudem könnte diese Lesart die selbstständige Strafbarkeit des Gebrauchs einer schriftlichen Lüge in Form eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nur bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft gemäß §§ 278, 279 StGB in den zur Tatzeit geltenden Fassungen nicht erklären.“

S. OLG Stuttgart, Beschl. v. 08.03.2022 – 1 Ws 33/22, BeckRS 2022, 6034; Hans-OLG Hamburg, Beschl. v. 27.01.2022 – 1 Ws 114/21, BeckRS 2022, 864 (Rn. 34), RÜ 2022, 311

Weiterhin spricht der Umstand, dass § 277 StGB a.F. – anders als § 267 StGB – **bereits schriftliche Lügen unter Strafe stellte**, gegen eine Sperrwirkung:

„[56] ... Denn wenn eine Fälschung oder eine Verfälschung von Urkunden dann als weniger strafwürdig behandelt werden müsste, wenn ein Gesundheitszeugnis als spezielle Urkunde betroffen ist, so erklärt sich nicht, warum eine schriftliche Lüge allein auf einem Gesundheitszeugnis strafbar ist, nicht aber, wenn es sich um eine sonstige Urkunde handelt. Eine Privilegierung stünde zudem in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zur Vorschrift des § 278 StGB in der zur Tatzeit geltenden Fassung, wonach das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse als schriftliche Lüge auch ohne Täuschung über den Aussteller oder dessen Qualifikation strafbar ist. Vielmehr belegen § 277 Var. 1, §§ 278, 279 StGB a.F., dass der Gesetzgeber **den Umgang mit nicht vertrauenswürdigen Gesundheitszeugnissen umfassender strafrechtlich schützen wollte, als dies bei allgemeinen Urkunden der Fall ist**. Mit einer geringeren Vertrauenswürdigkeit der Gesundheitszeugnisse als Grund für die Privilegierung ist dieser umfassende Schutz nicht vereinbar.“

Der BGH betont weiterhin, dass bei § 277 StGB eine besondere Identitätstäuschung erforderlich ist, ...

„[57] ... indem sie den **angeblichen Aussteller als Arzt oder andere approbierte Medizinalperson** erscheinen lässt. Dieses zusätzliche Merkmal im Zusammenhang mit der ersten Begehungsvariante der Vorschrift, in der eine Täuschung über die Qualifikation erforderlich ist, belegt, dass § 277 StGB a.F. eine andere Schutzfunktion hat. Wären auch hierdurch nur die allgemeine Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden geschützt, so bedürfte es der mit der Identitätstäuschung verbundenen Aussage über die Qualifikation des vermeintlichen Ausstellers nicht.“

[58] Diesem zusätzlichen Merkmal einen privilegierenden Gehalt zuzuweisen, würde bedeuten, eine Täuschung über die Identität des Ausstellers dann für weniger strafwürdig zu erachten, wenn der Täter zugleich zum Ausdruck bringt, der Aussteller sei eine approbierte Medizinalperson. Dies wäre weder sinnvoll noch ließe es sich in die Rechtsordnung einpassen, in der diesem **Berufszweig besonderes Vertrauen** entgegengebracht wird (vgl. nur § 218 a, § 218 b Abs. 1 S. 2 StGB) und dessen Missbrauch in herausgehobener Weise als strafwürdig bewertet wird (vgl. § 218 c Abs. 1, § 278 StGB und § 278 StGB a.F.).“

In der systematischen Gesamtschau steht die ...

„[64] Annahme einer Sperrwirkung des § 277 StGB a.F. ... in einem **unerklärlichen Gegensatz zur grundsätzlich weitreichenden Regelung des § 267 StGB, der auch eine Vielzahl von Lebenssachverhalten erfasst, deren Bedeutung für den Rechtsverkehr geringer ist als derjenige von Gesundheitszeugnissen**. Auch die Befürworter einer privilegierenden Spezialität räumen ein, dass bei Annahme einer solchen im Einzelfall erhebliche Wertungswidersprüche bestehen können. Dies zeigt insbesondere der Vergleich der Fälschung von Gesundheitszeugnissen von Menschen und Tieren: Fälschungen von Tiergesundheitszeugnissen sind unstreitig nach § 267 StGB strafbar, sodass der Strafraum deutlich höher wäre als bei der Fälschung von Gesundheitszeugnissen von Menschen, was im Widerspruch zur Bedeutung im Rechtsverkehr steht. Gleiches gilt für die Fälschung eines Totenscheins. Da es sich nicht um ein Gesundheitszeugnis handelt, ist dessen Fälschung auch nach den Befürwortern einer privilegierenden Spezialität als Urkundenfälschung strafbar. Wertungsmäßig erschließt sich nicht, warum sich der Fälscher eines Totenscheins gemäß § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar macht, der Fälscher eines Gesundheitszeugnisses bezüglich eines Lebenden hingegen nicht.“

cc) Weiterhin können Sinn und Zweck der Straftatbestände keine privilegierende Spezialität des § 277 StGB a.F. begründen:

„[65] ... Die **Rechtsgüter** der betroffenen Vorschriften sind **nicht deckungsgleich**. Die Regelung des § 267 StGB dient der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden allgemein, indem er ihn vor dem Herstellen unechter, dem Verfälschen echter und dem Gebrauch unechter oder verfälschter Urkunden strafrechtlich schützt. Er dient damit **nicht unmittelbar dem Schutz von Individualinteressen**, insbesondere nicht solcher vermögensrechtlicher Art. Der Schutz, der Individualinteressen durch diese Norm zuteil wird, ist nur eine **Reflexwirkung**.

[66] Demgegenüber ergibt sich aus den Darlegungen zur unterschiedlichen Struktur der Tatbestände, dass die relevanten Begehungsvarianten des § 277 StGB a.F. **einen Sachverhalt unter anderen Aspekten als § 267 StGB erfassen**. Durch die besonderen Anforderungen an die falsche Urkunde, die vorgetäuschte Identität des vermeintlichen Ausstellers und durch den begrenzten Adressatenkreis der erforderlichen Verwendung wird die **abweichende Schutzrichtung des § 277 StGB a.F.** deutlich. Sie liegt in der Sicherung der Beweiskraft ärztlicher Zeugnisse für Behörden und Versicherungsgesellschaften und schützt diese vor einem Missbrauch des Vertrauens in die Integrität medizinischer Dokumente.“

dd) Eine privilegierende Spezialität des § 277 StGB a.F. folgt auch **nicht aus der Entstehungsgeschichte**, sondern aus dieser folgt vielmehr, dass es sich um unterschiedliche Tatbestände handelt. Insbesondere sollten 1851 mit dem Tatbestand zur Fälschung von Gesundheitszeugnissen Strafbareitslücken geschlossen werden, die durch die damals deutlich engere Fassung der Urkundenfälschung bestanden. Die Vorgängervorschrift hatte also gerade keine Privilegierungswirkung, sondern begründete erst die Strafbarkeit bestimmter Handlungen.

Der BGH nennt hier für die Gegenauffassung MüKo-StGB/Erb, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 9; Lichtenthäler NSTZ 2022, 138.

Der BGH folgt hier Dastis HRRS 2021, 456, 459.

Der BGH untersucht die Entstehungsgeschichte ausführlich (Rn. 67–82), eine detaillierte Wiedergabe der Ausführungen würde den Rahmen sprengen, zumal entstehungsgeschichtliche Argumente im Examen kaum verlangt werden können. Gegen das entstehungsgeschichtliche Auslegungsergebnis des BGH aber Pschorr NJW 2023, 1981.

ee) Auch der **niedrigere Strafrahmen** des § 277 StGB a.F. ist kein schlagendes Argument für eine Sperrwirkung

„[84] ... Zum einen stellt das tatbestandliche Zusammentreffen von Normen mit unterschiedlichen Strafrahmen den **rechtssystematischen Normalfall** dar, wie sich aus der Wertung des § 52 StGB ergibt. Zum anderen erlaubt allein die nicht aufeinander abgestimmt erscheinende Bewertung der Strafwürdigkeit in verschiedenen Tatbeständen nicht den Schluss auf eine intendierte Privilegierung.“

Nach alledem ist die Anwendung des Tatbestands des § 267 StGB also nicht dadurch ausgeschlossen, dass A zwar (auch) ein Gesundheitszeugnis gefälscht hat, der Tatbestand des § 277 StGB a.F. aber nicht erfüllt ist.

4. A handelte auch **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

5. In Betracht kommt weiter ein **besonders schwerer Fall** nach § 267 Abs. 3 S. 2 StGB. Zunächst beging A die Urkundenfälschungen **gewerbsmäßig** (§ 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB), da er sich durch den wiederholten Verkauf der unechten Urkunden eine Einnahmequelle von einigem Gewicht und einiger Dauer verschaffen wollte. Fraglich ist, ob er auch durch eine **große Zahl** von unechten oder verfälschten Urkunden die **Sicherheit des Rechtsverkehrs erheblich gefährdet** hat (§ 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB). Herkömmlich wird eine **Mindestanzahl von etwa 20 Urkunden** für erforderlich gehalten (Fischer § 267 Rn. 54). Dies ist hier bei nur neun Urkunden noch nicht erfüllt.

A hat sich wegen Urkundenfälschung im besonders schweren Fall strafbar gemacht.

Notarassessor Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh)

Der Auffassung des 5. Strafsenats des BGH folgt nunmehr auch der 1. Strafsenat des BGH in seinem Ur. v. 12.07.2023 – 1 StR 260/22, BeckRS 2023, 19471 (vgl. a. BGH, Beschl. v. 13.07.2023 – 1 StR 286/22, BeckRS 2023, 19481 und zust. auch Lichenthäler JZ 2023, 673, 676):

„[8] Entgegen der Ansicht des Landgerichts sperrt der Tatbestand des § 277 Var. 2 u. 3 StGB a.F. und auch der des § 279 StGB a.F. den Rückgriff auf den Tatbestand der Urkundenfälschung nicht. Der Senat schließt sich der überzeugend begründeten Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH an, wonach das Fälschen von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB a.F. zur Urkundenfälschung nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität steht. Nichts Anderes kann für den Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse nach § 279 StGB a.F. gelten, der tatbestandlich die Voraussetzungen des § 277 StGB a.F. zum Inhalt hat.“

Art. 49, 52, 63 AEUV

Rein wirtschaftliche Gründe können eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht rechtfertigen

EuGH, Urt. v. 13.07.2023 – C-106/22, BeckRS 2023, 16921

Leitsätze

1. Der für die Niederlassungsfreiheit erforderliche grenzüberschreitende Bezug liegt auch vor, wenn die betroffene Gesellschaft zu einer Gruppe von Gesellschaften gehört, die in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind, auch wenn diese im konkreten Fall keine unmittelbare Rolle spielen.

2. Rein wirtschaftliche Gründe, die mit der Förderung der nationalen Wirtschaft oder deren gutem Funktionieren verbunden sind, können eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht rechtfertigen.

§ 283 Vmtv

(1) Der Minister überprüft unmittelbar nach Erhalt der Mitteilung, ob ...

b) im Fall des Erwerbs des Eigentums ... durch den Anmelder die staatlichen Interessen, die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Ordnung Ungarns verletzt oder gefährdet werden bzw. die Möglichkeit des Eintretens einer solchen Verletzung oder Gefährdung besteht, insbesondere im Hinblick auf die Sicherheit der Erfüllung der Grundbedürfnisse der Gesellschaft im Einklang mit Art. 36, Art. 52 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 1 AEUV ...

(2) Der Minister muss ...

b) wenn die in Abs. 1 Buchst. b ... genannten Umstände vorliegen, ein Verbot des Erwerbs des Eigentums ... erlassen.

Fall

Nach Art. 65 Abs. 1 Buchst. b AEUV sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union berechtigt, Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs vorzusehen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind. Von dieser Berechtigung hat Ungarn durch das Gesetz Nr. LVIII über Übergangsregelungen im Zusammenhang mit der Beendigung einer Gefahrenlage und über die Epidemievorsorge (Vmtv) Gebrauch gemacht. Die §§ 276 ff. Vmtv sehen vor, dass das ungarische Ministerium für Innovation und Technologie zu benachrichtigen ist, wenn ausländische Investoren Anteile an sog. strategischen Gesellschaften erwerben. Wie die strategischen Gesellschaften zu bestimmen sind, bestimmt das Vmtv ebenfalls. Wird durch den Anteilserwerb die öffentliche Sicherheit oder Ordnung Ungarns verletzt oder gefährdet, muss der Minister den Erwerb gestützt auf § 283 Vmtv untersagen.

Xella M., eine Gesellschaft ungarischen Rechts mit Hauptsitz in Ungarn, ist auf dem ungarischen Baustoffmarkt tätig und stellt hauptsächlich Betonbauelemente her. Ihre Anteile werden von der deutschen Xella Baustoffe GmbH gehalten, die ihrerseits zu 100% im Eigentum der Xella International SA steht, einer Gesellschaft luxemburgischen Rechts. Diese wiederum steht indirekt im Eigentum der LSF10 XL Investments Ltd, der Dachgesellschaft eines in Bermuda registrierten Konzerns, der letztlich J, einem irischen Staatsangehörigen, gehört. Janes T., ebenfalls eine Gesellschaft ungarischen Rechts, ist im Abbau von Kies, Sand und Ton in ihrem Steinbruch tätig. Diese Tätigkeit wird nach den aufgrund des Vmtv erlassenen Rechts als strategisch eingestuft, sodass es sich bei Janes T. um eine strategische Gesellschaft handelt. Xella M. kauft etwa 90% der Jahresproduktion von Janes T. auf, um diese Rohstoffe in ihrem Werk in der Nähe des Steinbruchs zu Kalksandsteinen zu verarbeiten; die restlichen 10% der Produktion werden von lokalen Bauunternehmen gekauft. Als sich Xella M. entschließt, 100% der Geschäftsanteile der Janes T. zu erwerben, informiert sie das zuständige ungarische Ministerium. Der Minister untersagt daraufhin, gestützt auf § 283 Vmtv, den Anteilserwerb mit der Begründung, dass es sich bei Xella M. um einen ausländischen Investor handele, da sie letztlich einem auf Bermuda registrierten Konzern gehöre. Der Erwerb begründe ein langfristiges Risiko für die Sicherheit der Rohstoffversorgung im Bausektor. Verletzt der Bescheid des ungarischen Ministers die Grundfreiheiten der Xella M.?

Bearbeitungsvermerk: Vorrangiges Sekundärrecht ist nicht anwendbar.

Lösung

Der Bescheid des ungarischen Ministers, mit dem dieser Xella M. den Erwerb der Geschäftsanteile der Janes T. untersagt, könnte die Kapitalverkehrsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit verletzen.

I. Zunächst kommt eine Verletzung der **Kapitalverkehrsfreiheit** aus Art. 63 AEUV in Betracht. Dann müsste die Kapitalverkehrsfreiheit **anwendbar** sein.

1. Vorrangiges Sekundärrecht ist nicht einschlägig.

2. Allerdings könnte die Untersagung eine Verletzung der **Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV** darstellen.

„[42] Nach ständiger Rechtsprechung fallen nämlich nationale Rechtsvorschriften, die auf Beteiligungen anwendbar sind, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen, in den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit und nicht in den der Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit.“

Mit dem Erwerb aller Geschäftsanteile hätte Xella M. sicheren Einfluss und die Kontrolle über Janes T. Die ministerielle Verfügung ist deshalb nicht an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.

II. Eine Verletzung der **Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV** liegt vor, wenn diese anwendbar und ihr Schutzbereich eröffnet ist, eine Diskriminierung oder Beschränkung vorliegt und diese nicht gerechtfertigt ist.

1. Mangels vorrangigen Sekundärrechts ist Art. 49 AEUV **anwendbar**.

2. Zunächst müsste der **Schutzbereich** eröffnet sein.

a) In **sachlicher** Hinsicht schützt Art. 49 Abs. 1 AEUV die **Niederlassung**, also jede feste Einrichtung oder Infrastruktur, die der tatsächlichen Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit auf unbestimmte Zeit zu dienen bestimmt ist (vgl. Art. 49 Abs. 2 AEUV). Hierunter fällt der Erwerb von Rohstoffen, deren Verarbeitung zu Kalksandsteinen und die Herstellung von Betonbauelementen. Xella M. als Tochtergesellschaft ist dabei als sekundäre Niederlassung i.S.d. Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV anzusehen.

b) Der **persönliche** Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst nicht nur Unionsbürger, sondern nach **Art. 54 AEUV** auch die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben. Dies könnte hier zweifelhaft sein, da die Geschäftsanteile der Xella M. letztlich im Eigentum der LSF10 XL Investments Ltd. stehen, die ihren Sitz in Bermuda hat.

„[46] „[Es] geht aus keiner Bestimmung des Unionsrechts hervor, dass die Herkunft der Anteilseigner - seien es natürliche oder juristische Personen - von in der Union ansässigen Gesellschaften für deren Recht, sich auf die Niederlassungsfreiheit zu berufen, eine Rolle spielen würde, da der Unionsstatus einer Gesellschaft gemäß Art. 54 AEUV vom **Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes ... und nicht von der Staatsangehörigkeit ihrer Anteilseigner abhängt.**“

Xella M. ist eine nach ungarischem Recht gegründete Gesellschaft, die ihren Hauptsitz in Ungarn hat. Sie kann sich deshalb auf die Niederlassungsfreiheit berufen.

c) Fraglich ist allerdings, ob der ferner erforderliche **grenzüberschreitende Bezug** gegeben ist, da sowohl Xella M. als erwerbende Gesellschaft als auch Janes T. als erworbene Gesellschaft ihren Sitz in Ungarn haben. Generell gilt, ...

„[50] ..., dass diese Bestimmungen auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen, nicht anwendbar sind.

[52] Der Umstand, dass die erwerbende Gesellschaft zu einer **Gruppe von Gesellschaften** gehört, die u.a. in **verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig** sind, stellt jedoch einen ... relevanten Auslandsbezug dar, auch wenn diese Gesellschaften bei dem betreffenden Erwerb offenbar keine unmittelbare Rolle spielen.“

Von dem Erwerbsgeschäft sind – mittelbar – die Xella Baustoffe GmbH mit Sitz in Deutschland sowie die Xela International SA mit Sitz in Luxemburg betroffen. Ein grenzüberschreitender Bezug liegt danach vor.

KLAUSURHINWEIS

Wo sich eine Abgrenzung der Schutzbereiche nicht durch die Definitionen ergibt, ordnet der EuGH den jeweiligen Fall der sachlichsten Grundfreiheit zu (vergleichbar der Einzelfallspzialität der deutschen Grundrechte). Sie sollten diese Abgrenzung – wie der EuGH – bereits im Rahmen der Anwendbarkeit der ersten Grundfreiheit prüfen.

Zur Niederlassungsfreiheit AS-Skript Europarecht (2021), Rn. 537 ff.

Die Grundfreiheiten sind – mit Ausnahme der Warenverkehrsfreiheit – Bereichsspezifische Sonderregeln des allgemeinen Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 AEUV. Sie sind deshalb grds. nur für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger i.S.d. Art. 20 AEUV anwendbar.

Sog. Inländerdiskriminierungen unterfallen nicht den Grundfreiheiten, da sie auf einen Mitgliedstaat beschränkt sind und damit keinen Einfluss auf den gemeinsamen Binnenmarkt haben.

Eine offene Diskriminierung liegt vor, wenn die nationale Norm oder Maßnahme die Staatsangehörigkeit bzw. die Herkunft als ausschlaggebendes Kriterium für nachteilige Rechtsfolgen anführt. Eine versteckte Diskriminierung ist gegeben, wenn nationale Vorschriften zwar auf andere Unterscheidungsmerkmale abstellen, diese aber i.d.R. nur durch EU-Ausländer erfüllt werden (z.B. Wohnsitz, Sprachkenntnisse) und sie so zu einem der offenen Diskriminierung vergleichbaren Ergebnis führen.

Hieran wird deutlich, warum die Rspr. des EuGH kritisiert wird: Obwohl der EuGH die Rechtfertigung auf die allgemeine Formel der „zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“ stützt, kehrt er zu den Kriterien des – eigentlich nicht anwendbaren – Art. 52 Abs. 1 AEUV zurück. Grund genug für einen Teil der Lit., Art. 52 Abs. 1 AEUV im Wege eines Erst-Recht-Schlusses auf die sonstigen Beschränkungen anzuwenden.

d) Da die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 AEUV nicht eingreift, ist der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet.

3. Mangels unmittelbarer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit liegt zwar keine Diskriminierung vor. Das Erwerbsverbot des ungarischen Ministeriums könnte aber eine **Beschränkung** der Niederlassungsfreiheit darstellen.

„[58] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind als ‚Beschränkungen der freien Niederlassung‘ im Sinne von Art. 49 AEUV alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.“

Das Erwerbsverbot schließt es aus, eine Beteiligung an einer gebietsansässigen „strategischen“ Gesellschaft zu erwerben und darüber einen sicheren Einfluss auf die Leitung und Kontrolle dieser Gesellschaft zu erlangen. Dies stellt...

„[59] ... offensichtlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dieser Gesellschaft der Union dar, und zwar im vorliegenden Fall eine **besonders schwerwiegende Beschränkung**.“

4. Die Beschränkung könnte allerdings **gerechtfertigt** sein.

a) Die Erwerbsuntersagung stellt keine Diskriminierung dar, beinhaltet demzufolge keine Sonderregelung für Ausländer. Eine Rechtfertigung nach **Art. 52 Abs. 1 AEUV** scheidet damit aus.

b) „[60] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Beschränkung einer durch den AEU-Vertrag verbürgten Grundfreiheit nur zulässig, wenn die betreffende nationale Maßnahme einem **zwingenden Grund des Allgemeininteresses** entspricht, wenn sie **geeignet** ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und wenn sie **nicht über das hinausgeht**, was zur Erreichung dieses Ziels **erforderlich** ist.“

Hinsichtlich des **zwingenden Grundes des Allgemeininteresses** kann man anhand des Wortlautes des Art. 283 Abs. 1 Vtmv feststellen, ...

„[61] ... dass diese Rechtsvorschriften, soweit sie es ermöglichen, u. a. den Erwerb des Eigentums an gebietsansässigen strategischen Gesellschaften zu verbieten, wenn dieser Erwerb ein Interesse des Staates beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht, im Einklang u.a. mit Art. 52 Abs. 1 AEUV die **Sicherheit und Kontinuität der ‚Erfüllung der Grundbedürfnisse der Gesellschaft‘** gewährleisten sollen.“

[62] Im vorliegenden Fall geht es ... um das besondere Interesse des Staates, die Sicherheit und Kontinuität der Versorgung des Bausektors, insbesondere auf lokaler Ebene, mit bestimmten Grundrohstoffen, nämlich Kies, Sand und Ton, zu gewährleisten, die aus einer Abbautätigkeit im nationalen Hoheitsgebiet stammen.

[63] Insoweit sieht Art. 52 Abs. 1 AEUV vor, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein kann.“

Maßgeblich ist danach, ob das Erwerbsverbot aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erfolgt ist.

aa) „[64] Nach ständiger Rechtsprechung können **rein wirtschaftliche Gründe**, die mit der **Förderung der nationalen Wirtschaft** oder deren **gutem Funktionieren** verbunden sind, **keine Beeinträchtigungen** der in den Verträgen verbürgten Grundfreiheiten **rechtfertigen**.“

bb) Die öffentliche Ordnung ist betroffen, wenn es um die zivile bzw. politische Struktur einer Gesellschaft oder den Schutz vor Bedrohungen des geordneten menschlichen Zusammenlebens geht. Die öffentliche Sicherheit ist bei

einer Gefährdung des Bestands des Staates nach innen oder außen betroffen. Die öffentliche Gesundheit umfasst die im jeweiligen Mitgliedstaat angestrebte Gesundheitslage. Hinsichtlich dieser Allgemeininteressen gilt,

„[66] ... dass die Mitgliedstaaten zwar im Wesentlichen weiterhin **frei nach ihren nationalen Bedürfnissen** bestimmen, was die öffentliche Ordnung und Sicherheit erfordern, doch sind diese Gründe im Unionsrecht, insbesondere wenn sie eine Ausnahme von einer im AEU-Vertrag verbürgten Grundfreiheit rechtfertigen, **eng zu verstehen**, so dass ihre Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Union bestimmt werden kann. So können die öffentliche Ordnung und Sicherheit nur geltend gemacht werden, wenn eine **tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung** vorliegt, die ein **Grundinteresse der Gesellschaft berührt**. Diese Gründe dürfen überdies nicht von ihrer eigentlichen Funktion losgelöst und in Wirklichkeit für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden.

(1) Hier ist der ungarische Minister indes nicht zum Schutz von wichtigen Infrastrukturunternehmen eingeschritten, die das tägliche Leben der ungarischen Bevölkerung betreffen und deren Verkauf den ordnungsgemäßen Ablauf dieses täglichen Lebens gefährden könnte.

„[69] Das [vom ungarischen Ministerium zur Begründung angeführte] Ziel, die Versorgungssicherheit für den Bausektor, insbesondere auf lokaler Ebene, in Bezug auf bestimmte Grundrohstoffe, nämlich Kies, Sand und Ton, die aus einer Abbautätigkeit stammen, zu gewährleisten, entspricht jedoch nicht in gleicher Weise wie das Ziel der Versorgungssicherheit in den Bereichen Erdöl, Telekommunikation und Elektrizität einem ‚Grundinteresse der Gesellschaft‘.

(2) „[71] Im Übrigen ist ... nicht ersichtlich, dass der durch den ... Bescheid untersagte Erwerb ... zu einer ‚tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung‘ der Versorgung mit Grundrohstoffen für den lokalen Bausektor ... führen könnte.

[72] Insoweit scheint nämlich zum einen festzustehen, dass die erwerbende Gesellschaft **bereits vor diesem Erwerb etwa 90% der Produktion** der betreffenden Grundrohstoffe der Abbauanlage der erworbenen Gesellschaft **gekauft hat**, um diese in ihrer Fabrik in der Nähe dieser Abbauanlage zu verarbeiten, und dass die übrigen 10% diese Produktion von lokalen Bauunternehmen gekauft wurden.“

(3) „[73] Zum anderen ist allgemein bekannt, dass diese Grundrohstoffe aufgrund ihrer Natur einen relativ geringen Marktwert haben, vor allem im Vergleich zu ihren Transportkosten, so dass die Verwirklichung der Gefahr der Ausfuhr eines erheblichen Teils der Produktion dieser Abbauanlage anstelle des Verkaufs dieser Grundrohstoffe auf dem lokalen Markt in der Praxis wenig wahrscheinlich oder sogar ausgeschlossen erscheint.“

Damit ist im vorliegenden Fall kein zwingender Grund des Allgemeininteresses betroffen, der die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch das Erwerbsverbot rechtfertigen könnte.

Ergebnis: Das Erwerbsverbot des ungarischen Ministers verletzt die Niederlassungsfreiheit der Xella M.

Eine der – inzwischen selten gewordenen – Entscheidungen des EuGH zu den Grundfreiheiten des AEUV. Prozessual kann der Fall Ihnen insbesondere in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV begegnen, aber auch als eigenständige Klausuraufgabe.

Zur Warenverkehrsfreiheit zuletzt EuGH RÜ 2023, 243