

RU Start

6/25

Seiten 57–84

1. Jahrgang

ISSN 3052-0894

RechtsprechungsÜbersicht

So bestehst Du Deine Klausur im Studium

Zivilrecht

SchuldR BT	Der Flugreisefall – für lau mit Lufthansa nach New York?	S. 57
SchuldR AT/BT	Totalschaden wegen herabfallenden Astes – Bäume müssen regelmäßig kontrolliert werden!	S. 62

Strafrecht

StrafR AT	Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der fahrlässigen Tötung (Radfahrerfall)	S. 67
StrafR BT 1	Alternativvorsatz zwischen Betrug und Diebstahl	S. 70

Öffentliches Recht

StaatsorganisationsR	Keine Wahlwerbung auf Staatskosten	S. 76
GrundR	Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen	S. 80

Alles für Deinen Klausurerfolg:

- **Klausurklassiker** und **aktuelle Urteile** dargestellt als **Fall + Musterlösung**
- **Tipps** und **Hacks** für **Aufbau**, **Prüfungsreihenfolge** und **Gutachtenstil**



← zum
Probeabo

www.RÜStart.de

PODCAST

DIE JURA FLÜSTERER

Der Jura-Podcast von Alpmann Schmidt



hier Reinhören



Impressum

RÜ-RechtsprechungsÜbersichtStart

Herausgeber:

RA Dr. Tobias Langkamp, RA Christian Sommer, RA Dr. Klaus Winkler

Verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Tobias Langkamp (Zivilrecht), RA Dr. Marc Reiß (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: RA Dr. Tobias Langkamp, RA Dr. Jan Stefan Lüdde, Dr. Jannina Schäffer; **Strafrecht:** RA Dr. Marc Reiß, Dr. Jannina Schäffer; **Öffentliches Recht:** RA Christian Sommer, 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

Internet: www.alpmann-schmidt.de

E-Mail: info@alpmann-schmidt.de

Media Sales:

Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG, Media Sales, Wilhelmstraße 9,
80801 München, **Postanschrift:** Postfach 40 03 40, 80703 München

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

E-Mail: mediasales@beck.de

Auftragsmanagement: Tel. (089) 38189-609, Fax (089) 38189-589,

E-Mail: anzeigen@beck.de

Verantwortlich für den Anzeigenteil: Dr. Jiri Pavelka

ISSN 0178-0689

Druck: Himmer GmbH Druckerei und Verlag, Steinerne Furt 95,
86167 Augsburg

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 Fernsendedung, 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: Print: Jahresabo-Vorteilspreis 39 € (inkl. gesetzl. MwSt) inkl. Versand; digital: Jahresabo-Vorteilspreis 29 € (inkl. gesetzl. MwSt).

Einzelausgabe: Print: 3,90 € (inkl. gesetzl. MwSt), Versandkosten zzgl.; digital: 2,90 € (inkl. gesetzl. MwSt).

Bestellungen unter: info@alpmann-schmidt.de und in jeder Buchhandlung.

Abbestellungen: müssen 6 Wochen zum Quartalsende vorliegen.

DIE BESTE VORBEREITUNG AUF DEINE SEMESTER- ABSCHLUSSKLAUSUREN:

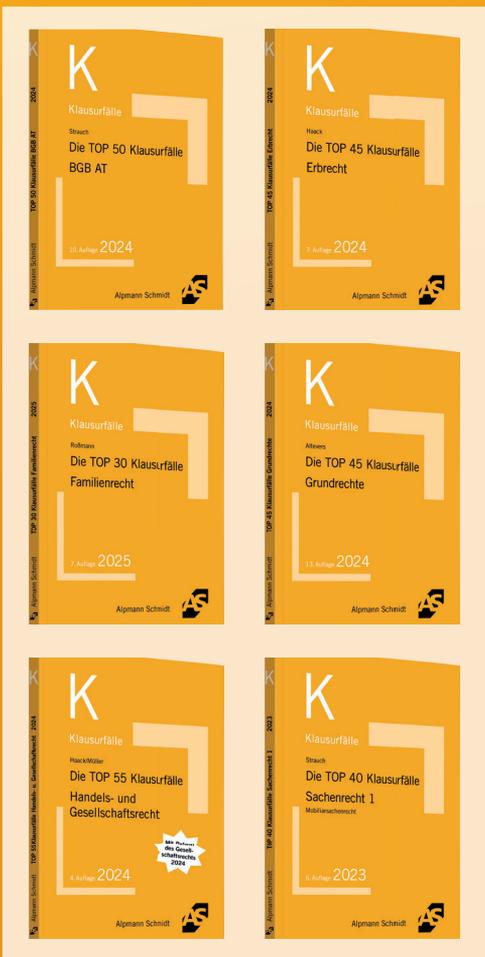


Die typischen **Klausurfälle** mit
Musterlösung im **Gutachtenstil**

Leseproben und
Bestellungen



shop.almann-schmidt.de



Leichter Lernen mit unseren Schemata

Preis
18,90 €



Aufbauschemata Zivilrecht/ZPO

Dr. Tobias Langkamp,
Rechtsanwalt und Repetitor

Frank Müller, Rechtsanwalt und Repetitor

A. Aufbauschemata V. Herausgabe/Rückzahlung/Wertersatz
15. Nichtleistungskondition gegenüber Verfügendem oder Dritten, § 816 Abs. 1 S. 1 bzw. § 816 Abs. 1 S. 2

Nichtleistungskondition gegenüber Verfügendem, § 816 Abs. 1 S. 1

Nichtleistungskondition gegenüber Dritten, § 816 Abs. 1 S. 2

I. Voraussetzungen

- Verfügung:** Ein Recht wird aufgegeben/übertragen/belastet/inhaltlich verändert.
- Über einen Gegenstand:** Gegenstände sind alle Sachen/Rechte.
- Eines Nichtberechtigten**
Berechtigter ist
 - der verfügungsberechtigte Rechtsinhaber
 - der kraft Gesetzes Verfügungsberechtigte
 - der gem. § 185 Abs. 1 zur Verfügung Ermächtigte
 Nichtberechtigter ist demnach
 - derjenige, der überhaupt nicht berechtigt ist
 - derjenige, der nur gemeinsam mit einem anderen berechtigt ist (Bruchteil- oder Gesamthandsberechtigung)
 - derjenige, der zwar Rechtsinhaber ist, dessen Verfügungsbefugnis aber beschränkt ist
 - derjenige, der ein belastetes Recht unbelastet überträgt*Δ Obwohl eine Genehmigung nach § 185 Abs. 2 Var. 1 gem. § 184 Abs. 1 auf den Zeitpunkt der Verfügung zurückwirkt, handelt der Verfügende als „Nichtberechtigter“ i.S.d. § 816. Grund: Durch Genehmigung soll der eigentlich Berechtigte gegenüber dem Nichtberechtigten zum Berechtigten werden, nicht aber umgekehrt.*
Δ Zur Berechtigung des Veräußerers einer Sache
- Entgeltlichkeit**
Die Kondition ist auf Herausgabe der „Gegenleistung“ gerichtet, die bei Unentgeltlichkeit fehlt.
 - Rechtsgrundlos = unentgeltlich?
 - Verfügt der Nichtberechtigte an den Dritten rechtlich ebenfalls keinen Anspruch auf eine Gegenleistung
 - Nach e.A. kann er deshalb analog § 816 Abs. 1 S. 2
 - Nach h.M. muss der Dritte sich bereicherungsrecht setzen.

B. Vertiefungsschemata I. Allgemeiner Teil
Beschränkte Geschäftsfähigkeit, Geschäftsunfähigkeit (Fortsetzung)

2. Rechtsfolgen

Geschäft wirksam	Geschäft schwebend unwirksam	Geschäft unwirksam
<ul style="list-style-type: none"> § 112: Betrieb eines Erwerbsgeschäftes § 113: Dienst- oder Arbeitsverhältnis § 107: Lediglich rechtlich vorläufige Geschäfte 	<ul style="list-style-type: none"> § 107: Geschäfte mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters § 108: Zweiseitige Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam 	<ul style="list-style-type: none"> § 111: Einseitige Rechtsgeschäfte endgültig unwirksam
Wirksamkeit ist abhängig von Genehmigung der gesetzlichen Vertretung		
<ul style="list-style-type: none"> Δ Ausschluss der Vertretungsmacht gem. § 1629 Abs. 2 i.V.m. § 1626 Δ Beschränkung der Vertretungsmacht gem. § 1643 i.V.m. § 1626 		
Geschäft endgültig wirksam	<ul style="list-style-type: none"> Verzögerung der Genehmigung gegenüber Vertragspartner Ermittlung der Genehmigung gegenüber Vertragspartner Verzögerung der Genehmigung gegenüber Vertragspartner 	<ul style="list-style-type: none"> Geschäft unwirksam, es sei denn Vertragspartner fordert zur Genehmigung auf Geschäft unwirksam, es sei denn innerhalb von zwei Wochen (10) die Genehmigung erfolgt Geschäft endgültig unwirksam Geschäft endgültig unwirksam

B. Vertiefungsschemata II. Schuldrecht
14. Systematik Gewährleistungsrecht Kaufrecht

Die drei Stufen der kaufrechtlichen Gewährleistung

A. Grundvoraussetzungen:

- Wirksamer Kaufvertrag = S. 7
- Sach- oder Rechtsmangel § 434, 435 = S. 186
- Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bzw. des Erwerbs, § 446, 447 (S. 474 Abs. 2) = S. 186

1. Stufe: § 437 Nr. 1, Nacherfüllung

Mangelbehebung	Neuerlieferung
§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, Art. 1	§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, Art. 2

Wahrsicht des Käufers, sofern nicht eine Nacherfüllungsart unmöglich, § 275

Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers, § 276 Abs. 2, 439 Abs. 4

Aufwendungsersatzanspruch des Käufers, § 439 Abs. 2 i. V. m. § 24, 14

Bei Verzug mit der Nacherfüllung, § 286

Verzögerungsschaden, § 437 Nr. 2 Abs. 1, 285 Abs. 1 u. 2, 286

B. Zusätzliche Voraussetzungen für die zweite und dritte Stufe:

- Entstehen über eine angemessene Nacherfüllungsfrist oder
 - Entbehrlichkeit der Fristsetzung
 - Nach Kaufrecht, § 440
 - § 1 Var. 1, Verkäufer verzögert beide Arten der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 4 (unmittelbar/indirekt hohe Kosten)
 - § 1 Var. 2, Fehlschlagen der Nacherfüllung
 - Unternehmenserfolg § 478 Abs. 1
- Nach Schuldrecht AT
 - Entbehrlichkeit nach § 323 Abs. 2 i.V.m. § 440 S. 1 (bei Rücktritt) oder § 281 Abs. 2 i.V.m. § 440 S. 1 (bei Schadensersatz statt der Leistung)
 - Bei Unmöglichkeit: Entbehrlichkeit nach § 326 Abs. 5 (bei Rücktritt) oder § 283 bei Unmöglichkeit

- 2. Stufe: § 437 Nr. 2, Rücktritt/Mindererwerb

Rücktritt	Mindererwerb
§ 437 Nr. 2 Abs. 1, 440, 323, 326 Abs. 5	§ 437 Nr. 2 Abs. 2, 441

 (1) auch wenn Mangel nur unentgeltlich, § 323 Abs. 5 S. 2, oder bei Teilleistung, Indemkommwegfall, § 323 Abs. 5 S. 1
- 3. Stufe: § 437 Nr. 3 i.V.m. ... Schadensersatz/Aufwendungsersatz

SE statt der Leistung	Aufwendungsersatz
§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 oder § 280 Abs. 1 u. 3, 281 oder § 311a	§ 284

 (1) kein SE statt der ganzen Leistung, wenn Mangel unentgeltlich, § 281 Abs. 1 S. 3, oder bei Teilleistung kein Interessenswegfall, § 281 Abs. 1 S. 2

D. Kein Gewährleistungsausschluss durch Rechtsgeschäft oder Gesetz

E. Keine Verjährung, § 438

Unsere Aufbauschemata gibt es für alle drei Rechtsgebiete

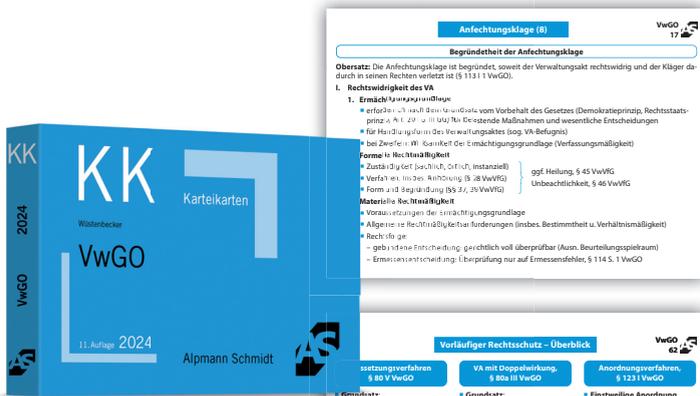


Leseproben und Bestellungen:
shop.alpmann-schmidt.de



Leichter Lernen mit unseren Karteikarten

zum schnellen Erfassen des Prüfungsstoffs – mit vielen Übersichten



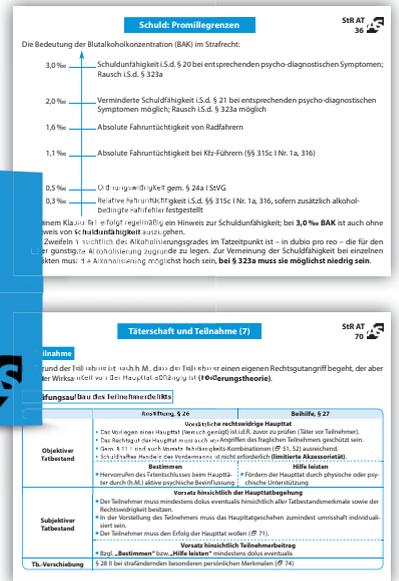
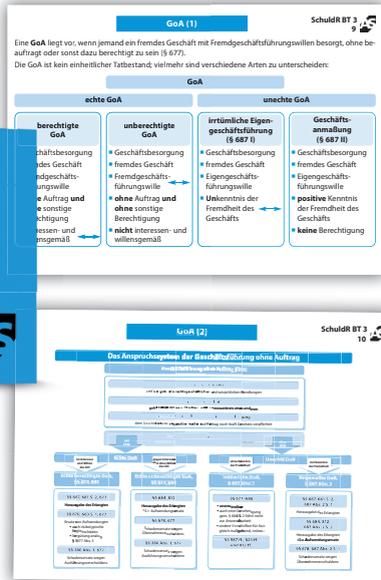
VwGO
11. Auflage 2024
84 Karten, € 13,90



Strafrecht AT
19. Auflage 2024
88 Karten, € 13,90



Schuldrecht BT 3
10. Auflage 2025
65 Karten, € 13,90



Außerdem lieferbar:

Alle Titel aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht in unserem Shop unter shop.alpmann-schmidt.de



Alpmann Schmidt



§§ 683, 818, 819, 828 BGB

Der Flugreisefall – für lau mit Lufthansa nach New York?

BGH, Urt. v. 30.10.1975 – VII ZR 9/70, NJW 1971, 609

Fall

Der 17-jährige B flog nach Erwerb eines entsprechenden Flugtickets mit einer Linienmaschine der Lufthansa (K) von München nach Hamburg. Dort gelang es ihm, mit den Transitpassagieren das Flugzeug wieder zu besteigen und an dem (nicht ausgebuchten) Weiterflug nach New York teilzunehmen, ohne dass er im Besitz eines Flugtickets für diese Strecke gewesen wäre. Die Mutter des B, seine gesetzliche Vertreterin, hat die Genehmigung für alle etwaigen Rechtsgeschäfte, die der B mit der K geschlossen hat, verweigert.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Bezahlung des Flugpreises i.H.v. 750 € für die Strecke Hamburg nach New York?

Lösung

A. Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch i.H.v. 750 € aus Werkvertrag in Gestalt eines **Beförderungsvertrages** gemäß § 631 Abs. 1 BGB haben.

Voraussetzung dafür ist ein Vertragsschluss zwischen K und B über die Beförderung und den dafür zu entrichtenden Preis. B hat sich in Hamburg an Bord geschmuggelt. Folglich hat er weder ausdrücklich noch konkludent ein Angebot gegenüber dem Personal der K abgegeben. In **Ermangelung einer Willenserklärung des B** ist somit zwischen ihm und K kein Vertrag zustande gekommen.

Hinweis: Hier kann kurz die Lehre vom **sozialtypischen Verhalten** oder **faktischen Vertrag** angesprochen werden. Diese lockert das Erfordernis einer Willenserklärung, um insb. bei Massenverkehrsgeschäften aus der tatsächlichen Nutzung öffentlich angebotener Leistungen einen Entgeltanspruch ableiten zu können. Diese Ansicht widerspricht jedoch nach ganz h.M. dem Grundprinzip der Privatautonomie. Zudem lehnt der BGH die Anwendung dieser Lehre auf **Flugreisen** ab, da es sich hierbei **nicht** um **Massengeschäfte** handelt.

K hat gegen B keinen Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB.

B. Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Aufwendungsersatz i.H.v. 750 € aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB haben.

Gutachtentechnik: Der Obersatz sollte immer die Fragen beantworten: Wer (hier: K) will was (Aufwendungsersatz) von wem (B) woraus (GoA). Gibt es mehrere in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen gilt die Prüfungsreihenfolge: vertragliche – vertragsähnliche – gesetzliche Ansprüche.

I. Geschäftsbesorgung

Der Begriff des Geschäfts i.S.d. § 677 BGB ist **weit auszulegen** und umfasst **alle rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Handlungen**. Die Beförderung des B von Hamburg nach New York ist eine tatsächliche Handlung, sodass eine Geschäftsbesorgung der K vorliegt.

Lernsätze

1. Wer ohne Rechtsgrund eine geldwerte Leistung in Anspruch nimmt (hier: eine Flugreise), die er sich anderweitig nicht verschafft hätte und durch die auch sonst sein Vermögen nicht vermehrt worden ist, muß sich gleichwohl so behandeln lassen, als hätte er die dafür übliche bzw. angemessene Vergütung erspart, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfang der Leistung kannte.

2. Handelt es sich um einen kurz vor der Vollendung seines 18. Lebensjahres stehenden Minderjährigen, so kommt es auf dessen Kenntnis (und nicht die seines gesetzlichen Vertreters) jedenfalls dann an, wenn er sich in den Genuss der Leistung durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung gebracht hat und die erforderliche Einsicht in die Erkenntnis hatte, zur unentgeltlichen Inanspruchnahme der Leistung nicht berechtigt zu sein.

Prüfungsschema: §§ 670, 683 S.1, 677 BGB

A. Voraussetzungen

- I. Geschäftsbesorgung
- II. Für einen anderen
 1. Fremdes Geschäft
 2. Fremdgeschäftsführungswillen
- III. Ohne Auftrag/sonstige Berechtigung
- IV. Übernahme im Interesse
- V. Übernahme entspricht Willen

B. Rechtsfolgen

- I. Ersatz der erforderlichen Aufwendungen (§ 670 BGB)
- II. Ersatz risikotypischer Begleitschäden (§ 670 BGB analog)
- III. Tätigkeitsvergütung (§ 1877 Abs. 3 BGB analog)

Klausurhinweis: Benennen Sie immer konkret die rechtliche oder tatsächliche Handlung des Geschäftsführers. Dieser Punkt wird oft unsauber bearbeitet, obwohl es ganz entscheidend sein kann, einen **konkreten Bezugspunkt** für die Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale zu haben.

II. Für einen anderen

Nach § 677 BGB muss der Geschäftsführer das Geschäft „für einen anderen“ besorgen. Dazu muss ein fremdes Geschäft vorliegen und der Geschäftsführer muss mit entsprechendem Fremdgeschäftsführungswillen handeln.

1. Fremdes Geschäft

Fremd ist das Geschäft, wenn es objektiv zum **Pflichten- oder Interessenkreis einer anderen Person** gehört.

Eine Fluggesellschaft befördert üblicherweise nur Passagiere, die im Besitz eines gültigen Flugtickets sind. Besteht kein Beförderungsvertrag, so gehört es allein zum Rechts- und Interessenkreis des B, wie er von Hamburg nach New York gelangt. Die **Beförderung** des B **ohne gültiges Ticket** war damit für K ein **objektiv fremdes Geschäft**.

2. Fremdgeschäftsführungswillen

K müsste außerdem mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Bei einem **objektiv fremden Geschäft** wird dieser Wille **widerleglich vermutet**. Der Geschäftsführer muss dafür zunächst einmal **wissen**, dass es sich um ein fremdes Geschäft handelt, und es sodann für den anderen führen **wollen**.

K befördert ihre Passagiere mit dem Bewusstsein, eine entsprechende vertragliche Verpflichtung zu erfüllen, die gegenüber B aber gerade nicht besteht. Er kommt nur in den Genuss der Beförderungsleistung, da er sich **unbemerkt** in den Flieger geschlichen hat. **K** (bzw. das für sie handelnde Personal) **weiß also gar nicht, dass sie ein fremdes Geschäft für B führt** und handelte mithin ohne Fremdgeschäftsführungswillen.

K hat gegen B keinen Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB.

C. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Der Anspruch scheitert bereits daran, dass B kein (absolutes) Recht der K verletzt hat. K könnte durch die erschlichene Beförderung also allenfalls einen **bloßen Vermögensschaden** erlitten haben. Das Vermögen als solches ist jedoch nicht als sonstiges Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB geschützt.

D. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. **§ 265a StGB** haben.

I. Schutzgesetz

§ 265a Abs. 1 StGB müsste dafür ein Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB sein. Ein Schutzgesetz in diesem Sinne ist **jede Norm**, die (zumindest neben dem Schutz der Allgemeinheit) **auch dem Schutz des einzelnen** vor der Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts zu dienen bestimmt ist.

Durch § 265a StGB werden alle Transportleistungen geschützt, unabhängig davon, ob das Verkehrsmittel öffentlich oder privat ist. Schutzobjekt der Vorschrift ist dabei das Vermögen des Leistungserbringers. K fällt als Fluggesellschaft somit in den persönlichen Schutzbereich der Norm. Der sachliche Schutzbereich ist nicht zuletzt deshalb eröffnet, weil die Norm gerade der Schließung von Strafbarkeitslücken im **Vermögensschutz bei unbefugter Nutzung** von Verkehrsmitteln dient. § 265a StGB ist somit ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

Hält der Geschäftsführer das objektiv fremde Geschäft **irrig für ein eigenes**, gilt § 687 Abs. 1 BGB und die Regeln der GoA sind gar nicht anwendbar.

Alle prüfungsrelevanten Schemata findet Ihr in AS-Aufbauschemata Zivilrecht/ZPO (2025).

Prüfungsschema: Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB

A. Voraussetzungen

- I. Schutzgesetz
- II. Verletzung des Schutzgesetzes
- III. Rechtswidrigkeit
- IV. Verschulden

B. Rechtsfolge

Ersatz des durch die Schutzgesetzverletzung verursachten Schadens

II. Verletzung des Schutzgesetzes

Nach § 265a Abs. 1 StGB wird bestraft, wer sich die Beförderung durch ein Verkehrsmittel in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Ausreichend ist in diesem Kontext, dass der Täter **sich mit dem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ umgibt**.

B hat sich ohne gültiges Flugticket **vorsätzlich und unbemerkt** in das Flugzeug **eingeschlichen**. Nicht entscheidend ist, ob es zusätzlich auf die Überwindung eines faktischen Hindernisses zur Erfüllung des Merkmals „Erschleichen“ ankommt.

B hat es geschafft, **unentdeckt durch die Ticketkontrollen** zu gelangen. Darin kann nämlich die Überwindung eines Hindernisses gesehen werden. Er umgab sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit, wohlwissend, dass ihm kein Anspruch auf eine Beförderung zustand. Der Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB ist daher erfüllt.

III. Rechtswidrigkeit

Da **Rechtfertigungsgründe nicht ersichtlich** sind, war das Verhalten des B auch rechtswidrig.

IV. Verschulden

Es müsste ein Verschulden des B vorliegen. Verschulden umfasst gemäß **§ 276 Abs. 1 BGB** Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Maßstab für die **Verantwortlichkeit** des 17-jährigen B ist **§ 828 Abs. 3 BGB**. Danach sind Minderjährige für Schäden, die sie einem anderen zufügen, nicht verantwortlich, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten. B war zum Zeitpunkt der Handlung 17 Jahre alt und **konnte die Folgen seiner Handlung vollständig begreifen**. Ihm war bewusst, dass er ein Flugticket erwerben musste, um rechtmäßig von K befördert zu werden. In der Absicht, sich dieses zu ersparen, hat er sich ohne gültigen Flugschein in die Maschine geschmuggelt.

B handelte deshalb auch schuldhaft gemäß §§ 276 Abs. 1, 828 Abs. 3 BGB.

V. Schaden

K müsste gemäß **§ 249 Abs. 1 BGB** einen ersatzfähigen Schaden erlitten haben. Nach der **Differenzhypothese** ist die Vermögenslage nach dem Schadensereignis mit der Situation zu vergleichen, die ohne den schadensbegründenden Vorgang, hier die Schutzgesetzverletzung, bestehen würde. K ist demnach so zu stellen, als ob B nicht zugestiegen wäre. Da der Flug aber **nicht ausgebucht** war, stünde K in diesem Fall nicht anders als mit B als Passagier.

„[[I.1.] **Nur wenn** [K also] einen **zahlungswilligen Fluggast hätte zurückweisen müssen**, weil [B] einen Sitz im Flugzeug eingenommen hatte, wäre eine Schadenshaftung aus unerlaubter Handlung denkbar.“

K hat keinen Anspruch gegen B aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 265a Abs. 1 StGB.

E. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

I. Etwas erlangt

B müsste zunächst „Etwas“ i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB erlangt haben. Der Begriff ist weit zu verstehen und umfasst **jeden vermögenswerten Vorteil**. B hat den Hinflug nach New York erlangt. **Zweifelhaft** ist, **ob** er damit **Etwas** i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB **erlangt** hat, weil mangels Ersparnis von Aufwendungen kein Vermögensvorteil vorliegen könnte.

Die **meisten Strafvorschriften** sind **Schutzgesetze** i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Das gilt **jedoch** nicht ausnahmslos, so handelt es sich beispielsweise bei der **Urkundenfälschung** (§ 267 StGB) **nicht** um ein Schutzgesetz, da dieser Straftatbestand nur die Sicherheit des Rechtsverkehrs schützt und daher keinen Individualschutz verfolgt.

Prüfungsschema:
§ 818 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

A. Voraussetzungen

- I. Etwas erlangt
- II. Durch Leistung
- III. Ohne Rechtsgrund
- IV. Kein Ausschluss (§ 814 BGB, § 817 S. 2 BGB analog)

B. Rechtsfolgen

- I. Herausgabe des Erlangten
- II. Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB)
- III. Entreicherung (818 Abs. 3 BGB)
- IV. Verschärfte Haftung (818 Abs. 4 BGB)

Das ist die **Lösung des BGH**, für die der **Flugreisefall prägend** war. Folgt man dieser Ansicht, müsste bereits an dieser Stelle entschieden werden, ob sich B auf den Einwand der Entreicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen kann. Damit wird jedoch die Systematik der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite aufgebrochen. Es ist daher aus dogmatischer Sicht vorzugswürdig, der im folgenden dargestellten Ansicht der h.Lit. (vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Looschelders Schuldrecht BT, 20. Aufl. 2025, § 54 Rn. 5) zu folgen und das erlangte Etwas in der Beförderung selbst zu sehen.

**Prüfungsschema:
§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB**

A. Voraussetzungen

- I. Etwas erlangt
- II. In sonstiger Weise auf Kosten
- III. Ohne Rechtsgrund

B. Rechtsfolge

- I. Herausgabe des Erlangten
- II. Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB)
- III. Entreicherung (818 Abs. 3 BGB)
- IV. Verschärfte Haftung (818 Abs. 4 BGB)

Ausführlich zur allgemeinen Nichtleistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB AS-Wissen kompakt Gesetzliche Schuldverhältnisse (2025), S. 38 ff.

Teilweise wird das „erlangte Etwas“ mit der „Bereicherung“ gleichgesetzt, so dass der Tatbestand des § 812 BGB **nur** gegeben ist, ...

[II.3.] ... soweit der Bereicherte eine **echte Vermögensvermehrung**, und sei es allein durch die Ersparnis von Aufwendungen, erfahren hat.“

Da B als blinder Passagier durch den Flug keine eigenen Aufwendungen erspart hat, hätte er nach dieser Auffassung nichts erlangt.

Nach der **h.Lit.** hat der Anspruchsgegner immer dann etwas erlangt, wenn mit der Inanspruchnahme einer Leistung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine **vermögensrechtliche Besserstellung** erfolgt, sodass es nicht darauf ankommt, ob bei ihm eine Bereicherung eingetreten ist. Nach dieser Ansicht hat B somit durch die Inanspruchnahme der Flugreise etwas erlangt.

Der **Vermögensvorteil** liegt im **Gebrauch selbst**, nicht aber in der Ersparnis von Aufwendungen. Deshalb ist zwischen dem Erlangten und der (noch vorhandenen) Bereicherung (vgl. § 818 Abs. 3 BGB) zu differenzieren. Da die h.Lit. diese systematische korrekte Unterscheidung berücksichtigt, ist ihr zu folgen

II. Durch Leistung

Weiterhin müsste B die Beförderung durch Leistung der K erhalten haben. Eine Leistung ist **jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens**. Fluggesellschaften befördern Personen zur Erfüllung gültiger Beförderungsverträge. Ein **Vertrag**, auf dessen Erfüllung sich die Leistung der K hier richten könnte, **bestand** zwischen K und B jedoch **nicht**.

Das wäre aber unerheblich, wenn K einen **generellen Leistungswillen** zur Beförderung aller Passagiere im Flugzeug gehabt hätte. Entscheidend ist also, ob ein konkreter Leistungswille bezüglich der Beförderung von B bestehen musste. Für einen generellen Leistungswillen spricht die Annahme, dass die Airline alle an Bord befindlichen Menschen transportieren möchte.

Dagegen lässt sich anführen, dass die Airline dies bei **lebensnaher Betrachtung nur** macht, weil sie davon ausgeht, dass sich an Bord nur **Menschen** befinden, **die ein gültiges Flugticket erworben** haben. Ein Flugticket wird, im Gegensatz zum ÖPNV, nur ausgestellt, wenn die Passagiere sich vorher mit ihren persönlichen Daten registrieren. Auch die mehrfachen Ticketkontrollen und die streng begrenzte Sitzplatzanzahl im Flugzeug zeigen, dass ein **konkreter Leistungswillen** der K zur Beförderung des B bestehen müsste.

Ein konkreter Leistungswille der K gegenüber B besteht jedoch mangels zu erfüllender Pflichten aus einem Vertragsverhältnis gerade nicht. Es liegt deshalb keine Leistung der K an B vor.

K hat gegen B auch keinen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

F. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben.

I. Etwas erlangt

B hat durch die Beförderung von Hamburg nach New York etwas erlangt (s.o.).

II. In sonstiger Weise auf Kosten des Anspruchstellers

B müsste den Hinflug in **sonstiger Weise** auf Kosten der K erworben haben. Dazu darf **keine vorrangige Leistung** vorliegen. Die K hat den blinden Passagier B nicht bewusst befördert. Sie wollte gegenüber B weder eine Verbindlichkeit erfüllen noch einen anderen rechtsgeschäftlichen Zweck erreichen (s.o.). Ein Erwerb in sonstiger Weise liegt mithin vor.

Ein Erwerb auf Kosten des Anspruchstellers ist gegeben, wenn der Anspruchsgegner in den **Zuweisungsgehalt des fremden Rechts** oder der **fremden Rechtsposition eingegriffen** hat. B hat eine Leistung der K in Anspruch genommen, die **regelmäßig nur gegen Zahlung** eines Entgelts erbracht wird. Allein die K entscheidet darüber, zu welchen Bedingungen sie jemanden befördern will. Wer sich ohne oder gegen ihren Willen diese Leistung verschafft, greift in den **Zuweisungsgehalt** ihrer rechtlich geschützten Position auf Kontrahierungsfreiheit ein.

B hat die Beförderung damit nicht durch Leistung, sondern in sonstiger Weise auf Kosten der K erlangt.

III. Ohne Rechtsgrund

Für diese Vermögensverschiebung zugunsten des B bestand außerdem kein Rechtsgrund, **insbesondere lag kein Beförderungsvertrag** vor.

IV. Rechtsfolge

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB ist als Rechtsfolge das Erlangte herauszugeben. Dies ist hier wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich. Deshalb ist gemäß **§ 818 Abs. 2 BGB** der **objektive Wert** der erschlichenen Leistung zu ersetzen, es sei denn, B ist nicht mehr bereichert (§ 818 Abs. 3 BGB).

1. Entreichungseinwand

Da B befördert worden ist und nachträglich keine Umstände eingetreten sind, die zu einer Vermögensminderung geführt haben, kommt nach dem Wortlaut des **§ 818 Abs. 3 BGB** ein Wegfall der Bereicherung eigentlich nicht in Betracht. Allerdings soll der Empfänger des Etwas, die bei ihm im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens noch vorhandene Bereicherung herausgeben, sodass § 818 Abs. 3 BGB auch dann eingreift, wenn **von vornherein keine echte Vermögensmehrung** eingetreten ist.

Da durch die Beförderung keine bleibende Vermögensmehrung bei B eingetreten ist, er keine Aufwendungen erspart hat und die Reise für B einen Luxus darstellte, ist der Tatbestand des **§ 818 Abs. 3 BGB** verwirklicht.

2. Ausschluss des Entreichungseinwands

Dem B könnte jedoch die Berufung auf die Entreichung versagt sein. Für **Bösgläubige** ist sie nämlich ausgeschlossen, **§§ 818 Abs. 4, 819 BGB**. Fraglich ist hier, ob hinsichtlich der Bösgläubigkeit auf die Kenntnis des B oder die der Mutter abzustellen ist, da B noch nicht volljährig war. Dabei ist ein angemessener Ausgleich zwischen der verschärften Haftung gemäß **§§ 818 Abs. 4, 819 BGB** (u.a. mit der Folge des Ausschlusses des Bereicherungseinwands) und dem grundsätzlichen Minderjährigenschutz des BGB zu beachten.

Die wohl **h.M. differenziert nach der Art der Kondition**. Bei der **Leistungskondition** wird eine Haftungsverschärfung nur bei **Kenntnis des gesetzlichen Vertreters** angenommen, da es um die Rückabwicklung nichtiger Verträge geht. Es wird also an die allgemeine Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB analog) angeknüpft. Dagegen genügt bei der **Eingriffskondition** die **Kenntnis des Minderjährigen** selbst, **soweit er deliktstfähig** ist (§ 828 Abs. 3 BGB).

Da es sich hier um eine Eingriffskondition handelt, ist insoweit auf die Kenntnis des B abzustellen, der auch die **nach § 828 Abs. 3 BGB analog erforderliche Einsichtsfähigkeit** besaß. B war deshalb bösgläubig und kann sich somit nicht auf Entreichung berufen.

Ergebnis: K hat gegen B einen Zahlungsanspruch i.H.v. 750€ aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

RA Dr. Tobias Langkamp

Ausführlich zum Wegfall der Bereicherung AS-Wissen kompakt Gesetzliche Schuldverhältnisse (2025), S. 55 ff.

Zum **Meinungsstand** mit weiteren Nachweisen Looschelders § 56 Rn. 16. Der **BGH** hat im **Flugreisefall** gemäß § 828 BGB analog auf den Minderjährigen abgestellt.

§§ 823 BGB

Totalschaden wegen herabfallenden Astes – Bäume müssen regelmäßig kontrolliert werden!

OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.05.2023 – 1 U 310/20, BeckRS 2023, 11360

Lernsätze

1. Zur Verkehrssicherungspflicht einer Gemeinde gehört auch die regelmäßige Kontrolle der Bäume an gemeindeeigenen Straßen.

2. Ob eine jährliche oder halbjährliche Kontrolle der Bäume erforderlich ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, also insb. dem Alter und dem Gesundheitszustand des Baumes.

Fall

K parkte ihr Fahrzeug in der Nacht vom 02.08. auf den 03.08.2019 ordnungsgemäß am Rand einer öffentlichen Straße im Wohngebiet der Stadt S in Hessen. Von einer 40 Jahre alten Robinie auf dem Bürgersteig brach ein großer Ast ab und stürzte auf das Fahrzeug, das dadurch einen technischen Totalschaden erlitt. K entstand dadurch ein Schaden in Höhe von 6.528 €.

K ist der Meinung, die Stadt S hätte die Bäume an Straßen regelmäßig kontrollieren und bei Bedarf zurückschneiden oder morsche Äste entfernen müssen. Die Stadt S beruft sich darauf, dass der Baum durch Angestellte der Kommune einmal im Jahr – letztmalig am 21.08.2018 – kontrolliert wurde. Eine häufigere Kontrolle sei nicht erforderlich. K ist jedoch der Ansicht, die Bäume müssten mindestens zweimal jährlich – einmal im belaubten und einmal im unbelaubten Zustand – überprüft werden.

Sowohl K als auch S berufen sich auf die sog. FLL-Richtlinie. Dabei handelt es sich um eine anerkannte Richtlinie für die Baumkontrolle, die von der Forschungsgesellschaft Landschaftsentwicklung Landschaftsbau e. V. (FLL) herausgegeben wird. Diese sieht nicht generell das Erfordernis einer Sichtkontrolle im halbjährlichen Abstand vor, sondern macht das Kontrollintervall von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Auch bei leicht beschädigten Bäumen in der Alterungsphase und bei erhöhten Sicherungserwartungen könne eine einmal jährliche Kontrolle ausreichend sein.

Ein Sachverständiger kam hier zu dem Ergebnis, dass bereits das äußere Erscheinungsbild der Baumkrone der streitgegenständlichen Robinie nicht mit einem gesunden, vitalen Baum vergleichbar sei. Das Trockenjahr 2018 habe zu Totholzbildung und einer schütterten Krone geführt. Ein anderes schadensursächliches Ereignis (z.B. Sturm) sei nicht ersichtlich.

Hat K gegen S einen Schadensersatzanspruch?

Bearbeitungshinweis: Die Pflicht zur Baumkontrolle ist in Hessen nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich ausgestaltet.

Lösung

Hinweis: Der Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gehört zum Pflichtstoff im Staatsexamen. Es ist jedoch sehr unwahrscheinlich, dass der Anspruch in einer Anfängerklausur abgeprüft wird. Hier gehört der „normale“ § 823 Abs. 1 BGB zum Standardrepertoire, das Du unbedingt „draufhaben“ musst.

A. Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Da die Pflicht zur Baumkontrolle in Hessen nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich ausgestaltet ist, scheidet die Amtshaftung aus **§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG** als Anspruchsgrundlage aus.

Aufbauhinweis: Halte Dich im Zivilrecht immer an folgende Prüfungsreihenfolge und prüfe diese gedanklich kurz durch, bevor Du Dich auf den deliktischen Anspruch aus § 823 BGB „stürzt“.

- Vertragliche Ansprüche
- Quasivertragliche Ansprüche
- Sachen-rechtliche Ansprüche
- Deliktische Ansprüche
- Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Eselsbrücke: Viel Quatsch schreibt der Bearbeiter.

Vergiss bei Verkehrsunfällen die verschuldensunabhängige Halterhaftung aus § 7 StVG und die Fahrerhaftung aus § 18 StVG (vermutetes Verschulden) nicht. Beide sind spezieller als § 823 BGB.

B. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

K könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aus **§ 823 Abs. 1 BGB** haben.

I. Haftungsbegründender Tatbestand

1. Rechtsgutsverletzung

Zunächst müsste eines der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter verletzt sein. K hat durch den Totalschaden an dem in ihrem Eigentum stehenden Pkw eine **Eigentumsverletzung** erlitten.

2. Verletzungshandlung

Klausurhinweis: Frage Dich zunächst, ob der Anspruchsgegner gehandelt hat (z. B. „S schlägt A auf die Nase“). Immer, wenn der Schädiger überhaupt nichts tut, ist in einem zweiten Schritt auf ein rechtserhebliches Unterlassen abzustellen. In Zweifelsfällen erfolgt die Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit.

Diese Eigentumsverletzung müsste durch eine **Verletzungshandlung der S** verursacht worden sein. S hat es vorliegend **unterlassen, die Bäume** an öffentlichen Verkehrsflächen mehr als einmal im Jahr auf Schäden und die Notwendigkeit zum Rückschnitt **zu kontrollieren**. Ein Unterlassen kann nur dann eine tatbestandsmäßige Verletzungshandlung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sein, wenn eine **Rechtspflicht zum Handeln** bestand.

a) Rechtspflicht zum Handeln

Eine Rechtspflicht zum Handeln könnte sich hier aus einer **allgemeinen Verkehrssicherungspflicht** der S ergeben. Eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht besteht für denjenigen, der eine **Gefahrenquelle schafft oder unterhält**. Vorliegend hat S die Pflicht, die **Sicherheit der öffentlichen Wege und Straßen** im Stadtgebiet zu gewährleisten. S ist insb. verpflichtet, Schäden von Verkehrsteilnehmenden sowie dem ruhenden Verkehr **durch herabfallende Äste und umstürzende Bäume** zu verhindern. Mithin trifft S grundsätzlich eine Verkehrssicherungspflicht.

b) Verletzung der Rechtspflicht

S müsste diese **Pflicht verletzt** haben. Das ist nur dann der Fall, wenn S verpflichtet war, den Baumbestand nicht nur – wie geschehen – einmal im Jahr zu kontrollieren, sondern öfter.

Prüfungsschema: § 823 Abs. 1 BGB

I. Haftungsbegründender Tatbestand

1. Rechtsgutsverletzung
2. Verletzungshandlung
3. Haftungsbegründende Kausalität
4. Rechtswidrigkeit
5. Verschulden

II. Haftungsausfüllender Tatbestand

1. Schaden
2. Haftungsausfüllende Kausalität

Vgl. dazu AS-Wissen kompakt Gesetzliche Schuldverhältnisse (2025), S. 81 ff.

Klausurhinweis: Von Dir wird **kein Vorwissen** dahingehend erwartet, dass Du weißt, wie die Rechtsprechung zur Baumkontrolle durch eine Gemeinde gerade ausgestaltet ist bzw. wie oft ein Baum kontrolliert werden muss. Deine Aufgabe in einer Klausur besteht lediglich darin, alle **Sachverhaltsangaben** zu verwerten; die Angaben also **zu „spiegeln“**. Alle relevanten Argumente, die im Sachverhalt erwähnt wurden, müssen sich an der passenden Stelle in Deinem Gutachten wiederfinden. Für die Hausarbeit gilt natürlich etwas anderes: Hier wird von Dir erwartet, dass Du die Rechtslage recherchiert und auch die einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidungen dazu liest.

„[11] Nach der Rspr. des BGH genügt eine Gemeinde ihrer Verkehrssicherungspflicht, wenn sie **Straßenbäume regelmäßig auf trockenes Laub, dürre Äste, Beschädigungen oder Frostrisse beobachtet** und eine eingehende Untersuchung dort vornimmt, wo **besondere Umstände** wie das Alter des Baums, sein Erhaltungszustand, die Eigenart seiner Stellung oder sein statischer Aufbau sie dem Einsichtigen angezeigt erscheinen lassen.“

Hier haben Angestellte der Stadt die Robinie **knapp ein Jahr vor dem Schadensfall, am 21.08.2018, kontrolliert**. Problematisch ist, **in welchem Intervall** eine Stadt verpflichtet ist, ihren Baumbestand zu überprüfen.

Manche Oberlandesgerichte nehmen an, dass – unabhängig von besonderen Umständen – eine **zweimalige jährliche Kontrolle in belaubtem und unbelaubtem Zustand** erfolgen soll. Andere halten **eine Kontrolle pro Jahr** für ausreichend. Bei dieser Streitfrage kann die anerkannte Baumkontrollrichtlinie der Forschungsgesellschaft Landschaftsentwicklung Landschaftsbau e.V. (sog. **FLL-Richtlinie**) helfen. Diese sieht vor, dass das **Kontrollintervall differenziert bestimmt** werde und gesunde und **leicht beschädigte Bäume in der Alterungsphase** auch bei erhöhten Sicherungserwartungen des Verkehrs **einmal jährlich** zu kontrollieren seien.

Daher war es auch bei einer **40 Jahre alten Robinie** mit Standort an einer **Straße in einem Wohngebiet** grundsätzlich angemessen, ein nur jährliches Kontrollintervall vorzusehen.

Klausurhinweis: Oft besteht Deine Aufgabe in einer Klausur darin, zunächst den „Normalfall“ darzustellen und dann zu prüfen, ob der Sachverhalt in Deinem **Klausurfall von diesem Normalfall abweicht** und sich deswegen unter Umständen ein anderes Ergebnis ergibt.

Möglicherweise könnte sich aber aus den **Umständen des Einzelfalles** ein **kürzeres Kontrollintervall** ergeben. Das wäre dann der Fall, wenn besondere Umstände vorliegen, wie beispielsweise **starke Schäden am Baum**.

Vorliegend wurde nämlich nicht hinreichend berücksichtigt, dass das **äußere Erscheinungsbild der Baumkrone**, der sog. Habitus, mit einer gesunden und vitalen Robinie nicht annähernd vergleichbar war. Denn die Krone des Baums ist **ausgesprochen schütter**; auch ein **Totholzbereich** ist vorhanden. Zu berücksichtigen war auch die **Trockenheit des Jahres 2018**. Diese besonderen Umstände hätten S Anlass geben müssen, den Baum **in kürzeren Abständen besonders zu kontrollieren**.

Da S die Robinie nur einmal im Jahr kontrolliert hat, hat sie ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt.

3. Haftungsbegründende Kausalität

Achtung Verwechslungsgefahr: Bei der haftungsbegründenden Kausalität geht es um den Zusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und der

Rechtsgutverletzung. Die haftungsausfüllende Kausalität bezieht sich auf den Zusammenhang zwischen der Rechtsgutverletzung und dem eingetretenen Schaden.

Zwischen **Verletzungshandlung und Rechts(guts)verletzung** muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen – die haftungsbegründende Kausalität.

Lernhinweis: *Lerne die Rechtsgebiete nicht einzeln, sondern verknüpft. Den Inhalt der conditio-sine-qua-non-Formel – auch Äquivalenztheorie genannt – kennst Du bereits aus der Vorlesung Strafrecht AT. Achtung: Bei einem Unterlassen (wie hier) musst Du die Definition gegenüber einem Handeln „umdrehen“. Zu fragen ist also nicht, ob die Handlung hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel, sondern ob die unterlassene Handlung hinzuge-dacht werden kann.*

Nach der **Äquivalenztheorie** ist eine Handlung dann für den Erfolg kausal, wenn sie nicht hinweggedacht (bzw. bei einem Unterlassen hinzugedacht) werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiel.

Hier kann die **unterlassene Baumkontrolle nicht hinzugedacht** werden, ohne dass die **Beschädigung des Pkw der K** durch den herabfallenden Ast entfiel, sodass Kausalität nach der Äquivalenztheorie gegeben ist.

Die sehr weitgehende Beurteilung der Kausalität nach der Äquivalenztheorie muss nach h.M. durch die **Adäquanztheorie** eingeschränkt werden. **Adäquat** kausal ist ein Umstand, der aufgrund objektiv nachträglicher Prognose vom Standpunkt des optimalen Beobachters und nach den dem Handelnden bekannten Umständen generell geeignet ist, einen solchen Erfolg allein oder im Zusammenwirken mit anderen Umständen herbeizuführen. D.h. mit anderen Worten, dass nur solche Umstände nicht zugerechnet werden, die so unwahrscheinlich sind, dass mit ihrem Eintritt vernünftigerweise nicht gerechnet werden kann.

Hier liegt es **nicht außerhalb der Lebenserfahrung**, dass von einem bereits kränklichen Baum ein Ast herabfällt und das darunter geparkte Auto beschädigt wird. Insb. **kann ein anderes schadensursächliches Ereignis (z.B. Sturm) ausgeschlossen** werden. Demnach war das Unterlassen der S auch **adäquat kausal** für die Eigentumsverletzung der K.

4. Rechtswidrigkeit

S müsste die Rechts(gut)verletzung widerrechtlich verursacht haben. Nach der **h.L. vom Erfolgsunrecht** wird die Rechtswidrigkeit durch die Verwirklichung des Tatbestands **indiziert**. Rechtfertigungsgründe sind für S vorliegend nicht ersichtlich.

5. Verschulden

Gemäß **§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB** hat der Schuldner **Vorsatz und Fahrlässigkeit** zu vertreten. Fahrlässig handelt nach § 276 Abs. 2 BGB, wer die **im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt**. Indem S den Baum nicht öfter kontrolliert hat, hat sie die **Sicherheit des Straßenverkehrs gefährdet** und damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und somit fahrlässig gehandelt.

II. Haftungsausfüllender Tatbestand

1. Schaden

K müsste ein **ersatzfähiger Schaden** i.S.d. **§ 249 ff. BGB** entstanden sein. Nach dem sog. **natürlichen Schadensbegriff** versteht man unter einem Schaden

Vgl. dazu AS-Wissen kompakt Gesetzliche Schuldverhältnisse (2025), S. 98.

Vgl. dazu AS-Wissen kompakt Gesetzliche Schuldverhältnisse (2025), S. 140 ff.

jede unfreiwillige Einbuße an rechtlich geschützten Gütern. Ob überhaupt ein Schaden vorliegt, wird nach der sog. **Differenzhypothese** ermittelt: Die tatsächliche Lage, die durch das schädigende Ereignis geschaffen wurde, wird mit der hypothetischen Lage, die ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, verglichen und die dabei auftretende Differenz ist der Schaden.

Klausurhinweis: §§ 249 ff. BGB regeln, auf welche Art und Weise der Schaden auszugleichen ist. Der Gesetzgeber unterscheidet zwei Arten des Schadenersatzes: die Naturalrestitution, § 249 BGB und die Schadenskompensation, § 251 BGB. Die Naturalrestitution ist darauf gerichtet, den tatsächlichen Zustand herzustellen, der wirtschaftlich gesehen der Lage ohne das Schadensereignis entspricht (Schutz des Integritätsinteresses). Bei der Schadenskompensation soll eine durch das Schadensereignis eingetretene Einbuße am Vermögen ausgeglichen werden (Schutz des Wertinteresses). Die Naturalrestitution ist dabei vorrangig.

Vorliegend erlitt K eine **Eigentumsverletzung** an ihrem Pkw, an dem ein **Totalschaden** entstand, das Kfz ist durch einen Unfall also derart beschädigt worden, dass eine Reparatur technisch nicht mehr möglich ist. Die Höhe des Schadens beträgt laut Sachverhalt 6.528 €.

Klausurhinweis: Kommt in der Klausur ein Schaden an einem Auto vor, ist oft auf die durch den BGH ausdifferenzierte Rechtsprechung zur Schadensberechnung an Pkw einzugehen. Hier wird von Dir erwartet, dass Du die wichtigsten Konstellationen kennst (Stichwort: Technischer Totalschaden, merkantiler Minderwert, Wirtschaftlichkeitspostulat usw.). Nachzulesen in unserem AS Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 489 ff.

Bei einem technischen Totalschaden nimmt die **h.Rspr.** einen Fall der **Naturalrestitution** gemäß **§ 249 Abs. 2 BGB** an. Die **Lit.** geht hingegen wegen der Unmöglichkeit der Reparatur von einer Schadenskompensation gemäß **§ 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB** aus.

Unstreitig erhält der Geschädigte bei einem technischen Totalschaden nach beiden Ansichten den Betrag, den er für die Beschaffung eines vergleichbaren Fahrzeugs aufwenden muss (= **Wiederbeschaffungswert**). Hat der Unfallwagen noch einen **Restwert**, so muss der Geschädigte ihn dem Schädiger herausgeben oder sich den Wert **anrechnen** lassen. So auch hier.

Klausurhinweis: Wenn der Anspruchsteller den Schaden schuldhaft mitverursacht hat, ist der Ersatzanspruch gemäß § 254 BGB zu kürzen. Hierfür gibt es im Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte.

2. Haftungsausfüllende Kausalität

Es ist nur derjenige Schaden vom Schädiger zu ersetzen, der durch das von ihm verwirklichte schadensbegründende Ereignis entstanden ist. Daher müsste ein Ursachenzusammenhang zwischen der Rechtsgutsverletzung und dem entstandenen Schaden bestehen, sog. **haftungsausfüllende Kausalität**. Hier wäre kein Schaden am Pkw entstanden, wenn S den Baum kontrolliert und den morschen Ast entfernt hätte, bevor er auf das Auto fallen konnte. Die haftungsausfüllende Kausalität ist gegeben.

Ergebnis: K hat einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen S.

Dr. Jannina Schäffer

§§ 15, 222 StGB

Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der fahrlässigen Tötung (Radfahrerfall)

BGH, Beschl. v. 25.09.1957 – 4StR 354/57, BeckRS 1957, 104980

Fall

Lkw-Fahrer L überholt mit seinem Lastzug auf einer sechs Meter breiten Landstraße den Radfahrer R mit einem Seitenabstand von 75 cm bei einer Geschwindigkeit von 26 km/h. Dabei gerät R unter das rechte Hinterrad des Anhängers, wird überrollt und verstirbt. Die Polizei entnimmt der Leiche des R eine Blutprobe, die für den Unfallzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration (BAK) von 1,96 ‰ ergibt. Ein Sachverständiger kommt zu dem Ergebnis, dass sich der Unfall mit denselben tödlichen Folgen sehr wahrscheinlich auch dann ereignet hätte, wenn L einen Abstand von mehr als einem Meter zu R eingehalten hätte. Denn R kam deswegen zu Fall und unter das Hinterrad des Anhängers, weil er aufgrund seiner Alkoholisierung den Lkw zunächst nicht bemerkt und dann wegen seiner alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit in einer unkontrolliert schreckhaften Reaktion das Fahrrad nach links gezogen hatte.

Hat sich L wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht?

Lösung

§ 222 (Überholen)

L könnte sich wegen einer fahrlässigen Tötung an R gemäß § 222 StGB strafbar gemacht haben, indem er R überholte.

I. Tatbestand

Aufbauhinweis: Eine Unterteilung in „objektiver Tatbestand“ und „subjektiver Tatbestand“ gibt es beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht – die subjektive Seite der Fahrlässigkeit wird in der Schuld geprüft.

1. Täter, Tathandlung, Taterfolg

L hat R mit seinem Lkw überholt, wobei R unter den Anhänger geriet und verstarb.

Klausurhinweis: Der Schwerpunkt der Tathandlung liegt hier nicht auf einem Unterlassen (zu geringer Sicherheitsabstand), sondern auf einem aktiven Tun (Überholen mit dem Lkw). Deswegen war hier auch keine fahrlässige Tötung durch Unterlassen zu prüfen.

2. Kausalität

Die Tathandlung des L müsste kausal für den Tod des R gewesen sein. Das setzt voraus, dass sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel (**conditio-sine-qua-non-Formel**).

Lernhinweis: Grundlegende Definitionen wie die der Kausalität müssen im Wortlaut (und im Schlaf) beherrscht werden. Frage Dich bei der Kausalität als „Eselsbrücke“ immer: „Hätte, hätte, Fahrradkette ...“, also hier: „Hätte L nicht R überholt, hätte sich R nicht erschreckt, dann hätte R nicht nach links gelenkt, dann hätte L ihn nicht überfahren.“

Lernsatz

Beim „Radfahrerfall“ handelt es sich um einen Fallklassiker zur Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei Fahrlässigkeitsdelikten. Der BGH erteilte darin der Risikoerhöhungslehre eine Absage und wendete den Zweifelsgrundsatz auch auf das pflichtgemäße Alternativverhalten an. Im Ergebnis hat sich der Lkw-Fahrer im Radfahrerfall deswegen nicht wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB strafbar gemacht.

Prüfungsschema: Fahrlässiges Begehungsdelikt

I. Tatbestand

1. Täter, Tathandlung, Taterfolg
2. Kausalität
3. Objektive Fahrlässigkeit
 - a) Objektive Sorgfaltpflichtverletzung unter Berücksichtigung des erlaubten Risikos
 - b) Objektive Vorhersehbarkeit
4. Rspr. Pflichtwidrigkeitszusammenhang/Lit. Zurechnungszusammenhang
 - a) Schutzzweckzusammenhang
 - b) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung
 - c) Rechtmäßiges Alternativverhalten

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

1. Schuldfähigkeit
2. Fahrlässigkeitsschuld (subjektiver Sorgfaltsverstoß bei subjektiver Vorausehbarkeit)
3. Fehlen von Entschuldigungsgründen (Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens)

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht BT (2023), S. 121 ff.

Hätte L nicht R überholt, dann wäre R nicht unter den Anhänger geraten und getötet worden. Dass R wahrscheinlich auch bei Einhaltung des gebotenen Sicherheitsabstandes durch L zu Tode gekommen wäre, steht der Annahme der Kausalität nicht entgegen, da **hypothetische Kausalverläufe und Reserveursachen** bei der Ermittlung des Ursachenzusammenhangs außer Betracht bleiben.

Klausurhinweis: Zum gleichen Ergebnis kommt, wer statt der Äquivalenztheorie der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung folgt. Nach ihr setzt der Kausalzusammenhang voraus, dass Erfolg und Handlung durch eine ununterbrochene Reihe natürlicher Gesetzmäßigkeiten verbunden sind. Auch danach war das Überholen kausal für den Tod von R. In Klausuren genügt es, die Kausalität nach der Äquivalenztheorie zu bestimmen.

3. Objektive Fahrlässigkeit

L müsste **fahrlässig** gehandelt haben. Unter Fahrlässigkeit wird das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei gleichzeitiger Vorhersehbarkeit der Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolgs verstanden.

a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

L könnte beim Überholen den gemäß **§ 5 Abs. 4 S. 2 StVO erforderlichen Seitenabstand** nicht eingehalten haben. Beim Überholen von Radfahrern mit Kraftfahrzeugen beträgt der vorgeschriebene Seitenabstand innerorts mindestens 1,5 m und **außerorts mindestens 2 m**. L überholt R auf einer Landstraße mit einem Abstand von lediglich **75 cm**, sodass er objektiv sorgfaltspflichtwidrig handelt.

b) Objektive Vorhersehbarkeit

Als objektiv vorhersehbar gilt alles, was ein **besonnener und gewissenhaft handelnder Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters** unter den jeweiligen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung berücksichtigen würde. Dass eine Missachtung des vorgeschriebenen Seitenabstandes dazu führen könnte, dass R überfahren werden würde, war für einen besonnenen Fahrer an Stelle von L objektiv vorhersehbar.

4. Zurechnungszusammenhang/Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Schließlich müsste A der Tod des R objektiv zuzurechnen sein. **Objektiv zurechenbar** ist ein Erfolg dann, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat und sich diese Gefahr in tatbestandskonformer Weise in dem Erfolg niedergeschlagen hat. Das Schaffen einer rechtlich missbilligten Gefahr ergibt sich bereits aus dem objektiven Sorgfaltspflichtverstoß gegen die Vorgaben der StVO (s.o.). Der Zurechnungszusammenhang könnte hier aber aus anderen Gründen unterbrochen sein:

a) Schutzzweckzusammenhang

Der Erfolgseintritt müsste im Schutzbereich der verletzten Norm liegen. Das Einhalten eines ausreichend großen Sicherheitsabstandes dient den **Sicherheitsinteressen überholter Verkehrsteilnehmer**, der Abstand soll gerade verhindern, dass es zu einer Kollision beim Überholen kommt. Das R als Überholter während des Überholvorgangs von L unter die Räder gerät, liegt damit im Schutzbereich der verletzten Norm.

Verständnisbeispiel: Wenn ein Autofahrer bei Rot über eine Ampel fährt und deswegen mit dem Gegenverkehr kollidiert, liegt der Unfall innerhalb des Schutzzwecks der Norm, da die Ampelschaltung gerade Unfälle an der Kreuzung verhindern soll. Etwas anderes gilt, wenn ein Autofahrer wegen Überfahren einer roten Ampel eine Minute früher an der nächsten Kreuzung ist und dort ein Kind überfährt. Die Ampel soll nicht verhindern, dass Unfälle an einem anderen Ort entstehen, weil man diesen früher erreicht.

b) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

R hatte aufgrund seiner Alkoholisierung die Gefahr des herannahenden Lkw schon nicht erkannt, insofern konnte er sich auch nicht freiverantwortlich dieser Gefahr aussetzen.

c) Rechtmäßiges Alternativverhalten

Fraglich ist, ob der Umstand, dass R sehr wahrscheinlich auch bei Einhaltung des gebotenen Seitenabstandes zu Tode gekommen wäre, den Pflichtwidrigkeitszusammenhang ausschließt.

Nach der **Vermeidbarkeitslehre** (h.M.) ist der Erfolg dem Täter nicht zuzurechnen, wenn er auch bei einem pflichtgemäßem Alternativverhalten nicht zu vermeiden war. Besteht die Möglichkeit, dass derselbe Erfolg ebenso bei sorgfaltsgerechtem Verhalten eingetreten wäre, so ist nach dem Grundsatz „**in dubio pro reo**“ zugunsten des Angeklagten hiervon auszugehen. Laut Sachverständigengutachten wäre R auch bei der Einhaltung des gebotenen Seitenabstandes sehr wahrscheinlich zu Tode gekommen. Daher ist **L der Tod des R nicht zuzurechnen**.

Die **Risikoerhöhungslehre** lehnt eine Berufung auf das rechtmäßige Alternativverhalten ab. Für eine Zurechnung des Erfolges genüge es, wenn sich durch die sorgfaltswidrige Handlung das Risiko erhöht hat, dass sich der tatbestandsmäßige Erfolg realisiert. **Der Zweifelsatz gilt lediglich für die Frage, ob die Handlung zu einer Risikoerhöhung geführt hat.** Indem L den gebotenen Sicherheitsabstand missachtete, hat sich das Risiko für eine Kollision erhöht, das sich sodann im Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs realisierte. Nach der Risikoerhöhungslehre ist L der Tod des R zuzurechnen.

Aufbauhinweis: *Stell die beiden Ansichten zunächst abstrakt dar und subsumiere dann unter beide. Nur, wenn Du zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommst, ist ein Streitentscheid notwendig. In diesem stellst Du dann Argumente für und gegen die jeweiligen Ansichten dar. Ein Berufen auf die „herrschende Meinung“ ersetzt eine Argumentation nicht und das Zuweisen von „Meinungshoheiten“ ist im Gutachten überflüssig.*

Für die Risikoerhöhungslehre spricht, dass Sorgfaltsregeln auch dann zu beachten sind, wenn nicht sicher ist, ob sich dadurch ein Schaden vermeiden lässt. Gegen sie spricht der **Wortlaut des § 222 StGB**, der ausdrücklich die Verursachung des Erfolgs „durch Fahrlässigkeit“ voraussetzt. Daraus lässt sich ableiten, dass sich in dem Erfolg gerade der Sorgfaltsverstoß niedergeschlagen haben muss. Die Risikoerhöhungslehre führt zudem dazu, dass der Richter die Ursächlichkeit der Handlungsweise selbst bei beachtlichen, auf bestimmten Tatsachen beruhenden Zweifeln zulasten des Angeklagten bejahen müsste, solange nicht durch sichere Feststellungen der gegenteilige Beweis erbracht ist. Die Risikoerhöhungslehre führt deshalb zu einem **Verstoß gegen den Zweifelsatz**. Eine solche Erfolgshaftung führt außerdem dazu, dass **Verletzungsdelikte in reine Gefährdungsdelikte umgedeutet** werden. Die Risikoerhöhungslehre ist deswegen abzulehnen.

Der Erfolg ist L im Ergebnis nicht zuzurechnen.

Aufbauhinweis: *Im Rahmen der Rechtswidrigkeit ergeben sich beim Fahrlässigkeitsdelikt keine Besonderheiten. Im Rahmen der Schuld sind neben der Schuldfähigkeit und den Entschuldigungsgründen auch der subjektive Sorgfaltspflichtverstoß und die subjektive Vorhersehbarkeit als subjektive Elemente der Fahrlässigkeit zu prüfen.*

II. Ergebnis

L hat sich nicht wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB strafbar gemacht.

Dr. Jannina Schäffer

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht AT (2023), S. 123 f.

§§ 22, 242, 263 StGB

Alternativvorsatz zwischen Betrug und Diebstahl

BGH, Beschl. v. 14.03.2024 – 2 StR 436/23, BeckRS 2024, 19625

Lernsatz

Diebstahl als Fremdschädigungsdelikt und Betrug als Selbstschädigungsdelikt schließen sich gegenseitig aus. Welches Delikt in einer Klausur einschlägig ist, ist in bestimmten Konstellationen nicht immer einfach zu klären. Diese sind dann besonders klausurrelevant. Im vorliegenden Fall wurde die Problematik der Abgrenzung zwischen zwei Delikten mit einem AT-Problem kombiniert. Nämlich der Frage, wie mit einem Alternativvorsatz umzugehen ist, wenn der Täter in seinen Tatplan sowohl eine Wegnahme (Diebstahl) als auch eine Vermögensverfügung (Betrug) aufgenommen hat. Die h.M. bejaht dann den Vorsatz hinsichtlich beider Delikte und löst das Problem im Rahmen der Konkurrenzen.

Prüfungsschema: Betrug

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Täuschung über Tatsachen
 - b) Dadurch Irrtum
 - c) Dadurch Vermögensverfügung
 - d) Dadurch Vermögensschaden
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Absicht stoffgleicher Eigen-/Drittbereicherung
 - c) Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und Vorsatz dazu

II. Tatbestand

III. Schuld

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht BT (2023), S. 58 ff.

Fall

Unter dem Vorwand, für einen Schweizer Investor ein Reitpferd zu einem Preis in Höhe von 500.000 € erwerben zu wollen, trafen sich der unter einem falschen Namen auftretende D und der als Pferdewirt tätige G in einem Hotel.

Wie vereinbart hatte G in einer Tasche einen Betrag in Höhe von 100.000 € „in kleinen Scheinen“ mitgebracht, der vor Ort – gegen eine fünfstellige Provision – in einen Betrag der gleichen Höhe, jedoch in einer Stückelung von 500-€-Scheinen, umgetauscht werden sollte, wobei G über die Echtheit des Tauschgeldes getäuscht werden sollte.

D gelang es, G dazu zu veranlassen, mit ihm und der Tasche nebst Geld das Hotel durch einen Seiteneingang zu verlassen. D begab sich zu einem am Seitenrand stehenden Fahrzeug, in dem abfahrbereit sein Kumpel K saß, den G aus vorangegangenen Verkaufsverhandlungen kannte. D, der mittlerweile auf dem Beifahrersitz Platz genommen hatte, rief G zur Abwicklung des Geldtauschgeschäfts zu sich, der sodann an die geöffnete Beifahrertür herantrat.

Beide hantierten „wechselseitig“ für 18 Sekunden an der geöffneten Tür, wobei die 100.000 € zu D gelangten. Als sich G mit seinem Oberkörper in das Fahrzeug hineinbeugte, fuhr K – für G überraschend und unerwartet – mit sehr hoher Geschwindigkeit los. Auf der sich anschließenden rasanten Fahrt gelang es G nicht, sich weiter festzuhalten. Er rutschte ab, geriet unter das Fahrzeug und erlitt erhebliche Verletzungen. Von dem erbeuteten Geld erhielt D später einen Anteil in Höhe von 30.000 €.

Haben sich D und K wegen Diebstahl oder Betrugs strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk: Gehe davon aus, dass der Tatplan von D und K zwar vorrangig darauf gerichtet war, dass G ihnen das Geld täuschungsbedingt freiwillig überlassen sollte, beide das Geld ggf. jedoch auch dadurch in ihren Besitz bringen wollten, dass „man ein Überraschungsmoment ausnutzt“ und mit dem Auto und dem Geld davonfährt.

Lösung

Aufbauhinweis: Bei Diebstahl und Betrug stellt sich immer wieder die Frage, mit welchem Delikt in die Prüfung einzusteigen ist. Im Rahmen des Diebstahls stellt sich die Abgrenzungsfrage bei der „Wegnahme“. Im Rahmen des Betrugs bei der „Vermögensverfügung“. Es ist grundsätzlich legitim die Prüfung mit dem einen oder dem anderen Delikt anzufangen. Klausurtaktisch ist es aber klüger, dasjenige Delikt als erstes zu prüfen, das im Ergebnis nicht einschlägig ist (hier der Betrug). Im Rahmen der Vermögensverfügung stellst Du dar, wieso diese hier nicht gegeben ist. Dann beendest Du die Prüfung des Betrugs und beginnst unter einer neuen Gliederungsebene, den Diebstahl zu prüfen.

Gutachtentechnik: In einer Klausur musst Du Deinen Aufbau nie erklären!

A. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB (Nehmen des Geldes)

Gutachtentechnik: Mache bei mehreren Tathandlungen immer direkt in der Überschrift und im Obersatz klar, welche Tathandlung Du gerade prüfst. Hier beim Betrug durch das „Nehmen des Geldes“; unten beim Diebstahl durch das „Wegfahren“.

D könnte sich wegen Betruges strafbar gemacht haben, indem er das Geld des G entgegengenommen hat.

I. Tatbestandsmäßigkeit

Gutachtentechnik: Die nächste Überschrift hat bewusst kein Gliederungszeichen. Das liegt daran, dass die Prüfung bereits im objektiven Tatbestand beendet ist. Bzgl. der Gliederungszeichen gilt aber „wer A sagt, muss auch B sagen“. Das bedeutet, dass alle geöffneten Gliederungsebenen auch geschlossen werden müssen. Nach I. muss also zwingend mindestens II. folgen. Hier kommen wir zwar zu „II. Ergebnis“, aber nicht zu „2. Subjektiver Tatbestand“, sodass die Gliederungszeichen deswegen weggelassen wurden. In einer Klausur kannst Du das entweder so handhaben oder ein weiteres Zwischenergebnis einfügen, das dann das zweite Gliederungszeichen trägt. Von letztgenanntem sollte aber eher sparsam Gebrauch gemacht werden, damit die Gliederung nicht nur aus Zwischenergebnissen besteht.

Objektiver Tatbestand

1. Täuschung über Tatsachen

D müsste G zunächst getäuscht haben. Eine **Täuschung** ist die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen durch ausdrückliche oder schlüssige Behauptung unwahrer Tatsachen. Unter einer **Tatsache** versteht man alle konkreten Vorgänge und Zustände in der Vergangenheit oder Gegenwart, die objektiv dem Beweis zugänglich sind.

D und G hatten einen Tausch von Geld in unterschiedlicher Stückelung vereinbart, womit jedenfalls konkludent die Echtheit der Scheine vereinbart war. Tatsächlich sind sie falsch, D hat G somit getäuscht.

2. Irrtum

Dadurch müsste bei G ein Irrtum entstanden sein. Unter einem **Irrtum** ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen zu verstehen. G ging von der Echtheit des Geldes aus, somit lag bei ihm ein kausal hervorgerufener Irrtum vor.

3. Vermögensverfügung

Klausurtaktik: Bei der Abgrenzung zwischen Diebstahl (Wegnahme = Fremdschädigungsdelikt) und Betrug (Vermögensverfügung = Selbstschädigungsdelikt) handelt es sich um einen absoluten „Klassiker“. Es gibt vier oder fünf Konstellationen, die immer wieder abgefragt werden und von Dir im Schlaf beherrscht werden müssen.

Dadurch müsste G zu einer **Vermögensverfügung** veranlasst worden sein.

Verständnishinweis: Es handelt sich um ein **ungeschriebenes** Tatbestandsmerkmal des Betrugs, da andernfalls keine Selbstschädigung des Opfers vorläge.

Darunter versteht man jedes rechtliche und tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt. **Unmittelbarkeit** bedeutet, dass das irrumsbedingte Verhalten des Getäuschten die Vermögensminderung auslöst, ohne dass noch zusätzliche deliktische Zwischenhandlungen erforderlich sind.

Wenn der Täter mit Täuschungsmitteln eine Sache erlangt, muss das Schädigungsdelikt des Betruges vom **Fremdschädigungsdelikt des Diebstahls abgegrenzt** werden. Die Zustimmung zur Aufgabe der Sachherrschaft muss bei § 263 StGB von **Freiwilligkeit** geprägt sein. G wollte zwar das Geld überge-

Prüfungsschema: Diebstahl

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Fremde, bewegliche Sache
 - b) Wegnahme
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Zueignungsabsicht

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht BT (2023), S. 44 ff.

ben, allerdings im Austausch mit den Scheinen größerer Stückelung. Aus seiner Sicht sollte die Sachherrschaft an seinen Scheinen bis zur Aushändigung des Tauschgeldes nicht vollständig übertragen werden, somit lag keine freiwillige Verfügung durch G zum Zeitpunkt der Übergabe vor.

II. Ergebnis

D hat sich nicht wegen Betruges nach § 263 StGB strafbar gemacht.

B. §§ 242, 25 Abs. 2 StGB (Wegfahren)

D und K könnten sich wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem sie das Geld entgegengenommen haben und weggefahren sind.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Dafür müssten sie eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

a) Fremde bewegliche Sache

Das Geld als fortschaffbarer körperlicher Gegenstand stand im Eigentum von G und war damit eine fremde bewegliche Sache.

b) Wegnahme

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams, also eines von einem Herrschaftswillen getragenen tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses einer Person über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung. Ursprünglich hatte G das Geld bei sich und war damit Gewahrsamsinhaber.

Neuer Gewahrsam liegt vor, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen. G hat D das Geld durch das offene Autofenster gereicht. Insofern könnte D den Gewahrsam erlangt haben.

Allerdings genügt eine **Gewahrsamslockerung** nicht für die Wegnahme. Eine solche liegt vor, wenn der vormalige Gewahrsamsinhaber dem Täter eine Sache überlässt, dieser aber nur kurz und in räumlicher Nähe zum bisherigen Gewahrsamsinhaber damit sich beschäftigen kann. G wollte das Geld nur im Austausch gegen das andere Geld übergeben, folglich lag zu diesem Zeitpunkt nur eine Gewahrsamslockerung vor. Allerdings fuhr K so plötzlich los, dass G kurz mitgezogen und dann von Fahrzeug und Geld getrennt wurde. Neuer Gewahrsam und damit der **Bruch des fremden Gewahrsams** liegen damit spätestens mit dem Wegfahren seitens K vor.

Gutachtentechnik: Du kannst Mittäter gemeinsam oder getrennt prüfen, letztgenanntes spart Zeit und Platz. Prüfe die Mittäterschaft nie „abstrakt“ vorweg, sondern immer dort, wo sie im Gutachten relevant wird. Da § 25 Abs. 2 StGB eine Norm für die gegenseitige Zurechnung von Tatbeiträgen ist, prüfst Du die Voraussetzungen der Mittäterschaft (gemeinsamer Tatplan und arbeitsteilige Ausführung) bei einem Tatbeitrag, den nur einer der Mittäter ausgeführt hat, um ihn den anderen Mittätern zuzurechnen. Verwirklicht jeder Mittäter für sich schon den Tatbestand, prüfst Du die Voraussetzungen der Mittäterschaft kurz am Ende des objektiven Tatbestandes.

Achtung: Es können keine subjektiven Tatbeiträge zugerechnet werden!

c) Mittäterschaftliche Begehung

Nur K fuhr das Auto, allerdings kann dessen Beitrag D zugerechnet werden, falls die Voraussetzungen der Mittäterschaft vorliegen. Sie hatten ihr Vorgehen auch im Hinblick auf ein Wegfahren besprochen, folglich lag ein **gemeinsamer Tatplan** vor. Sie müssten auch **arbeitsteilig** gehandelt haben. Während D sich um die Entgegennahme des Geldes kümmerte, fuhr K das Fahrzeug und schloss damit G von einem Rücklangen des Geldes aus. D und K handelten demgemäß gemeinschaftlich, die Voraussetzungen der Mittäterschaft liegen somit vor, ihre jeweiligen Tatbeiträge können wechselseitig nach **§ 25 Abs. 2 StGB zugerechnet** werden.

2. Subjektiver Tatbestand

D und K müssten auch **vorsätzlich** gehandelt haben, also mit dem Willen zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes in Kenntnis aller seiner Umstände. Es kam ihnen gerade darauf an, das Geld des G zu erlangen, somit handelten sie absichtlich (dolus directus 1. Grades). Auch beabsichtigten sie ein arbeitsteiliges Vorgehen und hatten damit **Vorsatz zur mittäterschaftlichen Tatbegehung**. G wollten sie dauerhaft aus seiner Eigentümerposition verdrängen und das Geld für sich behalten, damit hatten beide **Aneignungsabsicht und Enteignungseventualvorsatz**. Weiter bestand kein Anspruch auf das Geld, was sie auch wussten, die Absicht zu einer rechtswidrigen Zueignung liegt vor, der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld

D und K handelten rechtswidrig und schuldhaft.

Ergebnis zu B.: D und K haben sich wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls (§§ 242, 25 Abs. 2 StGB) strafbar gemacht.

C. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 22 StGB (Nehmen des Geldes)

D könnte sich wegen versuchten Betruges strafbar gemacht haben, indem er das Geld des G entgegengenommen hat.

Gutachtentechnik: Die Überschrift „Vorprüfung“ könnte darauf hindeuten, dass es sich bei diesem Punkt um etwas handelt, dass Du nur „gedanklich durchspielst“, bevor Du mit der eigentlichen Prüfung des Versuchs beginnst. Dem ist aber nicht so. Schreibe in jeder Klausur zumindest einen kurzen Satz dazu, dass der Erfolg nicht eingetreten und der Versuch strafbar ist. Damit zeigst Du dem Korrektor, dass Du die Systematik der Versuchsstrafbarkeit verstanden hast.

I. Vorprüfung

Das Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB) des Betruges ist gemäß den §§ 23 Abs. 1 i.V.m. 263 Abs. 2 StGB strafbar. Das Delikt wurde nicht vollendet (s.o. A.).

II. Tatbestand

Gutachtentechnik: Im „Tatbestand“ prüfst Du beim Versuch den „Tatentschluss“ und das „unmittelbare Ansetzen“. Innerhalb des Tatentschlusses nimmst Du die Perspektive der Vorstellung des Täters von der Tat ein und prüfst, ob er Vorsatz bzgl. aller Tatbestandsmerkmale gehabt hat.

1. Tatentschluss

D müsste Tatentschluss zur Begehung des Betruges gehabt haben, also **Vorsatz** hinsichtlich des gesamten objektiven Tatbestandes. D wollte G über die Echtheit des Geldes täuschen und bei ihm diesbezüglich einen Irrtum hervor-

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht AT (2023), S. 135 ff.

Prüfungsschema: Versuch

I. Vorprüfung

1. Keine Strafbarkeit aus Vollendung
2. Strafbarkeit des Versuchs

II. Tatbestandsmäßigkeit

1. Tatentschluss: Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale
2. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

III. Rechtswidrigkeit und IV. Schuld

V. Strafzumessung

VI. Rücktritt

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht AT (2023), S. 86 ff.

rufen. Problematisch ist, ob D auch eine Vermögensverfügung durch G wollte, da er hinsichtlich der Wegnahme des Geldes vorsätzlich gehandelt hat (s.o.). D hatte in seinen Plan sowohl eine Verfügung durch G als auch eine Wegnahme des Geldes aufgenommen. Bei einer solchen **Entweder-oder-Vorstellung** ist fraglich, ob sie die Annahme eines zweiten Vorsatzes ausschließt. Die Behandlung des sog. **dolus alternativus** ist umstritten:

Gutachtentechnik: Stelle die Ansichten zunächst abstrakt dar, subsumiere dann jeweils direkt darunter. Nur wenn die Ansichten tatsächlich zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommen, ist ein Streitentscheid notwendig.

Ein **Teil der Lit.** vertritt die Ansicht, dass jemand, der nur eine Rechtsgutsverletzung verwirklichen will, auch nur Vorsatz bezüglich eines Delikts hat. Um die Gefährlichkeit zu ahnden, schlägt eine teilweise vertretene Ansicht vor, allein den **Vorsatz des schwereren Delikts** zu berücksichtigen, wodurch der Vorsatz des leichteren Delikts entfällt. § 263 und § 242 StGB sind gleich schwere Delikte, der Vorsatz von D wäre nur für eines von beiden zu berücksichtigen.

Nach **a.A.** beziehe sich der Vorsatz auf das **vollendete Delikt**; diese Auffassung hält den Vorsatz hinsichtlich des nur versuchten alternativen Delikts für „verbraucht“. Vollendet ist § 242 StGB, D hätte nur Vorsatz dazu gehabt.

Ein Teil der Lit. und die **aktuelle Rspr.** bejahen hingegen den **Vorsatz hinsichtlich beider ins Auge gefasster Delikte**. Nach dieser Sichtweise ist der Alternativvorsatz keine Frage des Tatbestands, sondern der Konkurrenz. D hätte Vorsatz bezüglich beider Delikte.

Für diese Ansicht spricht, dass ein Tatbestandsvorsatz zu einem Delikt nicht einfach deshalb entfällt, weil die Verwirklichung des alternativ gewollten Delikts eingetreten ist. Der Einwand, dass der Täter (wie etwa ein agent provocateur) keinen Vollendungsvorsatz gehabt habe, überzeugt nicht, denn der Täter, der alternativ einen von zwei möglichen Erfolgen herbeiführen kann, will die Vollendung von beiden Tatbeständen. Zudem ist die Bestrafung aus nur einem Delikt jedenfalls dann nicht schuldadäquat, wenn verschiedene höchstpersönliche Rechtsgüter von verschiedenen Personen betroffen sind. Damit ist die Sichtweise der letztgenannten Auffassung überzeugend, D hatte somit Vorsatz hinsichtlich der Vermögensverfügung.

G sollte für sein Geld nur Falschgeld erhalten, folglich hatte D auch Vorsatz hinsichtlich eines Vermögensschadens in Höhe von 100.000 €. Nach dem Tatplan hätte D seinen Anteil aus der Beute erhalten, sodass er auch mit der Absicht zu einer rechtswidrigen, stoffgleichen Bereicherung handelte.

2. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Nach **§ 22 StGB** ist für die Bewertung des unmittelbaren Ansetzens die Vorstellung des Täters maßgeblich. Anhand objektiver Kriterien ist diese daraufhin zu prüfen, ob die **Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschritten** wurde – also ob das Rechtsgut konkret gefährdet wurde, wesentliche Zwischenschritte nicht mehr erforderlich waren und ein räumlich-zeitliches Näheverhältnis bestand. Nach der Vorstellung des D sollte die Übergabe des Geldes den Beginn der Verfügung durch G darstellen. Das Aushändigen des Falschgeldes war hingegen **kein wesentlicher Zwischenschritt**, da D nicht in „Vorleistung“ treten musste. Die Verfügung sollte am Auto kurz nach dem Einsteigen erfolgen, sodass die Verfügung räumlich und zeitlich unmittelbar bevorstand. Mit der Übergabe des Geldes lag auch eine konkrete Gefährdung vor. D hat unmittelbar zum Betrug angesetzt.

III. Rechtswidrigkeit und IV. Schuld

D handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht AT (2023), S. 92 ff.

V. Strafzumessung

Möglicherweise ist auch das **Regelbeispiel** von **§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB** verwirklicht. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes soll ab einem Betrag von 50.000 € gegeben sein. Zwar entkamen D und K mit Geld in Höhe von 100.000 €, dieser Verlust wurde aber durch den Diebstahl bewirkt. D stellte sich aber auch vor, das Geld von G durch betrügerisches Handeln zu erlangen. Umstritten ist, ob ein Versuch des Regelbeispiels grundsätzlich möglich ist:

Die **Rspr.** bejaht die Möglichkeit, ein Regelbeispiel zu versuchen, diese seien tatbestandsähnlich. Allerdings könne nach dem BGH beim Betrug die Regelwirkung nur begründet werden, wenn der Vermögensverlust auch tatsächlich (und durch den Betrug) eintrete, sei es auch nur von kurzer Dauer. Danach hätte D das Regelbeispiel nicht erfüllt.

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht BT (2023), S. 48.

In der **Lit.** wird das überwiegend abgelehnt. Strafzumessungsregeln könnten schon begrifflich nicht versucht werden, sie müssten objektiv eintreten. Außerdem sei der Versuch eines Regelbeispiels mit dem Wortlaut von § 22 StGB nicht vereinbar: Regelbeispiele sind keine Tatbestände, § 22 StGB anzuwenden stelle damit eine verdeckte Analogie und daher einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG dar. Das Regelbeispiel wäre nicht anwendbar.

Alle Ansichten kommen zum gleichen Ergebnis, der Streit kann dahinstehen.

VI. Rücktritt

Gutachtentechnik: Keine Versuchsprüfung, ohne den Rücktritt zumindest kurz anzusprechen und abzulehnen!

D könnte gemäß **§ 24 Abs. 1 StGB** strafbefreiend vom versuchten Betrug zurückgetreten sein. Nach seiner Vorstellung konnte es jedoch zu einer Verführung durch G nicht mehr kommen, sodass sein Vorhaben fehlgeschlagen ist. Die Möglichkeit zum Rücktritt ist damit entfallen.

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht AT (2023), S. 97 ff.

Klausurtaktik: Vergiss im Strafrecht – wenn mehr als ein Delikt verwirklicht wurde – am Ende der Prüfung nie die Konkurrenzen.

VII. Konkurrenzen

Fraglich ist, ob neben dem vollendeten Diebstahl auch ein tateinheitlich (§ 52 StGB) verwirklichter versuchter Betrug vorliegen kann. Diebstahl und Betrug stehen bezogen auf das gleichzeitige Vorliegen von Wegnahme und Vermögensverfügung in einem Exklusivitätsverhältnis.

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht AT (2023), S. 154 ff.

„[10] ... Tateinheit [ist] zwischen dem vollendeten und dem versuchten Delikt etwa dann anzunehmen, wenn sich der Alternativvorsatz eines Täters auf die höchstpersönlichen Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger richtet. Dasselbe würde gelten, wenn er mit der Tat zwei sich gegenseitig ausschließende Erfolge – etwa den Tod oder die schwere Körperverletzung des Opfers – anstrebt. Hier kam es dem Angeklagten jedoch darauf an, durch eine gegen denselben Rechtsgutsträger gerichtete Tat einen identischen Taterfolg – nämlich die Erlangung von 100.000 € Bargeld – herbeizuführen. Sein Alternativvorsatz bezog sich somit allein auf die zur Erreichung dieses Erfolgs erforderlichen, sich gegenseitig ausschließenden Tathandlungen.“

Endergebnis: D ist daher nur wegen des vollendeten Diebstahls zu bestrafen.

Hinweis: Unabhängig, ob K hinsichtlich des Betruges als Mittäter oder Gehilfe anzusehen wäre, kommt auch für ihn keine Bestrafung wegen versuchten Betruges aufgrund des Konkurrenzverhältnisses in Betracht.

Art. 21 GG

Keine Wahlwerbung auf Staatskosten

BVerfG, Urt. v. 02.03.1977 – 2 BvE 1/76, NJW 1977, 751

Lernsätze

1. Damit die Bevölkerung eine freie Wahlentscheidung treffen kann, müssen den Parteien die gleichen Chancen im Wahlkampf eingeräumt werden.
2. Die Öffentlichkeitsarbeit der Regierung und gesetzgebenden Körperschaften ist nicht nur zulässig, sondern sogar erforderlich, damit jeder Einzelne von den durch die Staatsorgane getroffenen Entscheidungen, Maßnahmen und Lösungsvorschlägen genügend weiß, um sie beurteilen, billigen oder verwerfen zu können.
3. Die Grenze von der Öffentlichkeitsarbeit zur unzulässigen Wahlwerbung ist überschritten, wenn die Information inhaltlich werbenden oder die Opposition wertenden Charakter hat, die informative Charakter in der äußerlichen Form in den Hintergrund tritt oder Arbeits-, Leistungs- oder Erfolgsberichte in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang zur Wahl veröffentlicht werden.

Zur Rolle der politischen Parteien im Staatsgefüge s. AS-Basiswissen Staatsorganisationsrecht (2023), Rn. 75

Fall

In den letzten Wochen vor der Bundestagswahl 1976 ließ die Bundesregierung, die zu diesem Zeitpunkt aus einer Koalition der X- und Y-Partei bestand, eine Reihe großformatiger Anzeigenserien in Tageszeitungen und Zeitschriften veröffentlichen. In diesen Anzeigen stellte sie die von ihr auf den Weg gebrachte Gesetzesvorhaben und sonstige positive Effekte ihrer Tätigkeit dar und warb darum, ihre Tätigkeit auch nach der Wahl fortsetzen zu können. Die Tageszeitungen und Zeitschriften wählte die Bundesregierung so aus, dass möglichst alle Bevölkerungsteile mit mindestens einer ihrer Anzeigen in Kontakt kam. Die Kosten der Anzeigen beliefen sich seinerzeit auf 10 Mio. Deutsche Mark (heutiger Wert: ca. 16 Mio. €), die die Bundesregierung aus öffentlichen Mitteln beglich. Die Z-Partei sieht sich durch die Anzeigenkampagne in ihrem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GG verletzt. Zwar würden die einzelnen Ämter der Bundesregierung durch Parteipolitikerinnen und -politiker besetzt, die im Rahmen des Bundestagswahlkampfes für ihre Wiederwahl aktiv werden könnten. Hierzu müsste allerdings die Wahlwerbung strikt von der Regierungsarbeit getrennt werden. Insbesondere so kurz vor der Wahl sei die Wählerbeeinflussung, die in derartigen Anzeigen läge, nicht hinnehmbar. Zudem dürfte sich die Bundesregierung nicht durch den Rückgriff auf öffentliche Mittel finanzielle Vorteile im Wahlkampf verschaffen. Die Bundesregierung entgegnet, sie habe mit der Anzeigenserie lediglich auf von ihr verantwortete Projekte hingewiesen. Es müsse ihr gestattet sein, die Öffentlichkeit über ihre Arbeit zu informieren.

Verletzt die Anzeigenserie die Chancengleichheit der Parteien?

Lösung

Das Recht auf Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG ist verletzt, wenn der Staat in den Schutzbereich dieses Rechts eingreift und dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

Aufbau: Das Recht auf Chancengleichheit der Parteien ist weder ein Grundrecht (nicht in Art. 1–19 GG genannt) noch ein grundrechtsgleiches Recht (nicht in der Aufzählung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG enthalten). Es gewährleistet den Parteien allerdings grundrechtsähnlich einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen im politischen Wettbewerb. Das BVerfG prüft dieses Recht deshalb wie ein Freiheitsgrundrecht: Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung.

I. Schutzbereich

Durch die Schaltung der Anzeigenserie müsste zunächst der Schutzbereich des Rechts auf Chancengleichheit verletzt sein. Dazu müsste vom Schutzbereich dahingehend verstanden werden können, dass er gleiche Bedingungen im Rahmen der Wahlwerbung gewährleistet.

„In einem freiheitlichen Staat, in dem der Mehrheitswille in den Grenzen der Rechtsstaatlichkeit entscheidet, müssen Minderheitsgruppen die Möglichkeit haben, zur Mehrheit zu werden. **Demokratische Gleichheit** fordert, daß der jeweils herrschenden Mehrheit und der oppositionellen Min-

derheit bei jeder Wahl aufs neue die **grundsätzlich gleichen Chancen im Wettbewerb um die Wählerstimmen** offengehalten werden. Die Gewährleistung gleicher Chancen im Wahlwettbewerb ist ein **unabdingbares Element** des vom Grundgesetzes gewollten freien offenen Prozesses der Meinungs- und Willensbildung des Volkes.

„... Damit die Wahlentscheidung in voller Freiheit gefällt werden kann, ist es unerlässlich, daß die Parteien, soweit irgend möglich, mit gleichen Chancen in den Wahlkampf eintreten.“

Der von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG geschützte besondere Status der Parteien gewährleistet diesen demzufolge das Recht, gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilzunehmen.

II. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Chancengleichheit der Parteien liegt vor,

„... wenn Staatsorgane als solche parteiergreifend zugunsten oder zulasten einer politischen Partei oder von Wahlbewerbern in den Wahlkampf einwirken.“

Die Anzeigenserie wurde von der Bundesregierung und damit von einem Staatsorgan geschaltet. In den Anzeigen wurden die Vorzüge der bisherigen Arbeit dargestellt. Damit rückte die Bundesregierung positiv die Arbeit der Personen in den Vordergrund, die die einzelnen Ämter in der Bundesregierung bekleideten. Hierbei handelte es sich um Parteipolitikerinnen und -politiker der X-Partei und der Y-Partei. Berücksichtigt man, dass die Kosten für die Anzeigenserie aus öffentlichen Mitteln bestritten wurden, liegt hierin eine Einwirkung der Bundesregierung auf den Bundestagswahlkampf zugunsten der X- und Y-Partei und damit ein Eingriff in Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG.

Hintergrund: Die Subsumtion kommt Dir vielleicht komisch vor, aber hier musst Du strikt zwischen dem Staatsorgan „Bundesregierung“, den die Bundesregierung bildenden Ministerinnen und Ministern als Amtswalter und ihrer Rolle als Parteipolitikerinnen und -politiker unterscheiden. Indem die Ministerinnen und Minister Werbung für die von ihnen durchgeführten Projekte machen, rückt das sie als Personen in ein besseres Licht. Die Wählerinnen und Wähler werden geneigt sein, sich für eine Fortsetzung dieser positiven Arbeit einzusetzen, und damit die Parteien wieder zu wählen, deren Politikerinnen und Politiker die aktuelle Bundesregierung bilden. Steht auf einer solch beeinflussenden Anzeige das Logo der Bundesregierung und zahlt der Staat für die Anzeige, kann das **Wahlwerbung auf Staatskosten** sein.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Allerdings könnte der Eingriff gerechtfertigt sein.

„Der öffentlichen Gewalt ist jede unterschiedliche Behandlung der Parteien, durch die deren Chancengleichheit bei Wahlen verändert werden kann, verfassungskräftig versagt, sofern sie nicht durch einen **besonderen zwingenden Grund rechtfertigen** läßt.“

Vertiefung: Heute verlangt das BVerfG, dass der Eingriff nur durch solche Gründe gerechtfertigt werden kann, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann.

1. Öffentlichkeitsarbeit als sachlicher Grund

Als ein solcher besonderer zwingender Grund könnte die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung infrage kommen.

Prüfungsschema: Chancengleichheit der Parteien

I. Schutzbereich

- Recht, gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilzunehmen
- Neutralitätspflicht für Staatsorgane
- Bei Wahlen: gleiche Chancen im Wettbewerb für Wählerstimmen

II. Eingriff

Einwirken von Staatsorganen in amtlicher Funktion auf den politischen Wettbewerb zugunsten oder zulasten einer Partei

III. Rechtfertigung

1. Besonderer zwingender (sachlicher) Grund (z.B. Öffentlichkeitsarbeit)
2. Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen (z.B. keine Wahlwerbung auf Staatskosten)

Die Chancengleichheit der Parteien kann nicht nur durch Wahlwerbung, sondern auch durch Äußerungen von Bundesministerinnen und -minister oder den Bundeskanzler verletzt werden. Siehe dazu BVerfG RÜ 2022, 587 sowie AS-Klausurfälle „Die TOP 45 Klausurfälle Staatsorganisationsrecht“ (2025), Fall 20.

„**Öffentlichkeitsarbeit** von Regierung und gesetzgebenden Körperschaften ist in Grenzen nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch notwendig ... In den Rahmen zulässiger Öffentlichkeitsarbeit fällt, daß Regierung und gesetzgebende Körperschaften ... der Öffentlichkeit ihre Politik, ihre Maßnahmen und Vorhaben sowie die künftig zu lösenden Fragen darlegen und erläutern. Eine verantwortliche Teilhabe der Bürger an der politischen Willensbildung des Volkes setzt voraus, daß der Einzelne von den zu entscheidenden Sachfragen, von den durch die verfaßten Staatsorgane getroffenen Entscheidungen, Maßnahmen und Lösungsvorschlägen genügend weiß, um sie beurteilen, billigen oder verwerfen zu können.“

Herleitung: Das GG enthält keine explizite rechtliche Grundlage für die Öffentlichkeitsarbeit. Diese Befugnis leitet das BVerfG, auch wenn es dies in dieser ursprünglichen Entscheidung noch nicht dezidiert benennt, aus der der Bundesregierung und ihren Mitgliedern obliegenden Aufgabe der Staatsleitung ab.

Grundsätzlich kommt damit die Öffentlichkeitsarbeit als Grund für die Schaltung der Anzeigenserie in Betracht.

2. Einhaltung der Grenzen der Öffentlichkeitsarbeit

Allerdings wird das Recht auf Öffentlichkeitsarbeit nicht schrankenlos gewährleistet.

„Öffentlichkeitsarbeit ist nur zulässig, soweit sie sich **im Rahmen** des vom Grundgesetz der Bundesregierung zugewiesenen **Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiches** hält.“

Zudem ist zu berücksichtigen, ...

„ ... daß die Öffentlichkeitsarbeit der Regierung dort ihre Grenze findet, wo die **Wahlwerbung** beginnt.“

a) Zuständigkeit der Bundesregierung

Soweit die Bundesregierung über von ihr zulässigerweise auf den Weg gebrachte Gesetze sowie ihre sonstigen Projekte berichtet, hält sie sich im Rahmen der **Verbandskompetenz des Bundes** und der **Organkompetenz der Bundesregierung**. Ihren Zuständigkeitsbereich hat die Bundesregierung bei der Anzeigenserie folglich nicht überschritten.

b) Keine Wahlwerbung

Allerdings könnte es sich bei der Anzeigenserie um unzulässige Wahlwerbung handeln. Wann die Grenze von der zulässigen Öffentlichkeitsarbeit zur verfassungswidrigen Einwirkung in den Wahlkampf überschritten ist, hängt von der inhaltlichen sowie äußerlichen Aufmachung der Veröffentlichungen und ihrem Veröffentlichungszeitpunkt ab.

Hintergrund: Das BVerfG entwickelt in diesem „Klassiker“ des Staatsorganisationsrechts Kriterien für die Abgrenzung von zulässiger Öffentlichkeitsarbeit und verfassungswidriger Wahlwerbung. Diese Kriterien gelten bis heute!

aa) Inhaltliche Anknüpfung

„Inhaltlich kann der parteiergreifende Charakter einer solchen Veröffentlichung daran erkennbar werden, daß die **Bundesregierung sich als eine von bestimmten Parteien getragene Regierung darstellt**, – offen oder versteckt – für sie wirbt oder sich mit negativem Akzent oder gar **herabsetzend über die Oppositionsparteien und deren Wahlbewerber äußert**.“

Dies war in der hier geschalteten Anzeigenserie allerdings nicht der Fall.

Die Verbandskompetenz kannst Du – sofern es in einem Fall darauf ankommt – insbesondere aus den Gesetzgebungskompetenzen des Bundes ableiten. Der Bund darf zu den Themenbereichen informieren, in denen er die Gesetze erlassen darf.

bb) Äußerliche Anknüpfung

„Hinweise dafür, daß ein Hineinwirken in den Wahlkampf bezweckt ist, können sich ferner aus der äußeren Form und der Aufmachung von Anzeigen, Broschüren, Faltblättern und anderen Druckschriften ergeben. **Tritt der informative Gehalt einer Druckschrift oder Anzeige eindeutig hinter die reklamehafte Aufmachung zurück**, so kann das ein Anzeichen dafür sein, daß die Grenze zur unzulässigen Wahlwerbung überschritten ist. Entsprechendes gilt, wenn sich im Vorfeld der Wahl Druckschriften oder Anzeigen häufen, die bei unbefangener Betrachtung mehr der **Steigerung des Bekanntheitsgrades** und der **Sympathiewerbung** für Mitglieder der Bundesregierung als der Befriedigung eines von der Sache her gerechtfertigten Informationsinteresses der Bürger dienen. Das wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die regierungsamtlichen Veröffentlichungen in der Vorwahlzeit mit Abbildungen der Mitglieder der Bundesregierung versehen und deren persönliche Qualitäten besonders herausgestellt werden.“

Auch in dieser Hinsicht muss die Anzeigenserie der Bundesregierung nicht zwangsläufig als Wahlwerbung verstanden werden.

cc) Zeitliche Anknüpfung

Allerdings könnte sich die Einordnung als Wahlwerbung aus dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Anzeigenserie ergeben. Die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung ist nur so lange unbedenklich, wie die Veröffentlichungen **nicht in unmittelbarer zeitlicher Beziehung zu einer bevorstehenden Wahl** stehen.

„Aus der Verpflichtung der Bundesregierung, sich jeder parteiergreifenden Einwirkung auf die Wahl zu enthalten, folgt schließlich das **Gebot äußerster Zurückhaltung und das Verbot jeglicher mit Haushaltsmitteln betriebenen Öffentlichkeitsarbeit in Form von sogenannten Arbeits-, Leistungs- oder Erfolgsberichten**. Denn in der ‚heißen Phase des Wahlkampfes‘ gewinnen solche Veröffentlichungen in aller Regel den Charakter parteiischer Werbemittel in der Wahlauseinandersetzung, in die einzugreifen der Regierung verfassungskräftig versagt ist.“

Auch wenn sich ein genauer Stichtag für diese absolute Zurückhaltung nicht bestimmen lässt, wird sie jedenfalls den Zeitraum unmittelbar vor der Bundestagswahl betreffen. Genau in diesen Zeitraum fällt aber die Anzeigenserie der Bundesregierung. Die Anzeigenserie wahrt deshalb nicht die Grenzen der Öffentlichkeitsarbeit. Sie ist folglich verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

Ergebnis: Durch die Anzeigenserie hat die Bundesregierung das Recht auf Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

In der Originalentscheidung stellte das BVerfG zudem fest, dass die Anzeigenserie das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GG verletzt. Wenn Du übrigens jetzt denkst, dass sich alle Institutionen aufgrund der strikten Vorgaben an das Verbot von Wahlwerbung halten: weit gefehlt! Der Verfassungsgerichtshof NRW ordnete eine von einer Bundestagsfraktion versandte Informationsbroschüre als unzulässige Wahlwerbung ein. Auch Anzeigen des Bundesfinanzministeriums vor der Europawahl 2024 wurden teilweise als unzulässige Wahlwerbung angesehen.

RA Christian Sommer

Grenzen der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung

Einhaltung des Zuständigkeitsbereichs

- Verbandskompetenz des Bundes
- Organkompetenz der Bundesregierung

Keine Wahlwerbung

Indizien für das Vorliegen einer unzulässigen Wahlwerbung

- Inhaltlich: keine Information, sondern Eigenwerbung oder Herabsetzung des politischen Gegners
- Äußerlich: kein informativer Gehalt, sondern reklamehafte Aufmachung
- Zeitlich: unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen Veröffentlichung und Wahl

Zum Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch Wahlwerbung s. Fall 1 im AS-Klausurfälle „Die TOP 45 Klausurfälle Staatsorganisationsrecht“ (2025)!

Beschl. v. 16.07.2013 – VerfGH 17/12, BeckRS 2013, 205962

Art. 3, Art. 4, Art. 12 GG

Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen

BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, BeckRS 2020, 2223

Leitsätze

1. Die Rechtsreferendaren auferlegte Pflicht, bei Tätigkeiten, bei denen sie als Repräsentanten des Staates wahrgenommen werden oder wahrgenommen werden könnten, die eigene Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft nicht durch das Befolgen von religiös begründeten Bekleidungsregeln sichtbar werden zu lassen, greift in die von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verbürgte individuelle Glaubensfreiheit ein.

2. Als mit der Glaubensfreiheit in Widerspruch tretende Verfassungsgüter, die einen Eingriff in die Religionsfreiheit im vorliegenden Zusammenhang rechtfertigen können, kommen der Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, der Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und mögliche Kollisionen mit der grundrechtlich geschützten negativen Religionsfreiheit Dritter in Betracht.

Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis beruhte auf der Überlegung, dass für Sonderverhältnisse (insb. das Beamtenverhältnis) dem verwaltungsinternen Bereich zugerechnet wurden. Die Grundrechte sollten hier ebenso wenig anwendbar sein wie der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes. Diese Sichtweise ist seit der Strafgefängenenentscheidung des BVerfG (BVerfGE 33, 1) überholt.

Fall

Die Deutsche B ist muslimischen Glaubens und trägt als Ausdruck ihrer religiösen Überzeugung in der Öffentlichkeit ein Kopftuch (Hidschab). Sie wurde zum 02.01.2017 als Rechtsreferendarin in ein öffentlich-rechtliches Ausbildungsverhältnis zum Land H berufen. Die Zulassung zum Referendariat erfolgte mit der Auflage, dass sie bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung (insb. bei Teilnahme an Sitzungen) das Kopftuch nicht tragen dürfe, da es objektiv geeignet sei, das Vertrauen in ihre religiös-weltanschauliche Neutralität zu beeinträchtigen.

B hält die Auflage für rechtswidrig. Das Kopftuchverbot stelle einen unzulässigen Eingriff in ihre Religionsfreiheit sowie in das Recht der freien Wahl des Ausbildungsplatzes dar. Eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Referendaren sei nicht begründbar. Sie trage das Kopftuch aus tiefer religiöser Überzeugung. Es sei Ausdruck und Teil ihrer Identität.

Das Land verweist demgegenüber darauf, dass der von B geltend gemachte Grundrechtseingriff durch § 27 Abs. 1 JAG (Juristenausbildungsgesetz) i.V.m. § 45 HBG (Beamtengesetz des Landes H) gerechtfertigt sei. Danach haben sich Referendarinnen und Referendare im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. B verweist demgegenüber darauf, dass sie durch das Kopftuchverbot wegen ihres Geschlechts diskriminiert werde. Zwar handele es sich um eine geschlechtsneutral formulierte Regelung. Deren Zweck sei aber, das Tragen von Kopftüchern zu unterbinden. Damit erfasse die gesetzliche Regelung praktisch nur Frauen.

Ist das Kopftuchverbot mit den Grundrechten der B vereinbar?

Lösung

Klausurhinweis: Ist die Fallfrage auf die Vereinbarkeit mit Grundrechten gerichtet, sind **Freiheitsrechte vor Gleichheitsrechten** zu prüfen, und innerhalb dieser Bereiche jeweils die speziellen vor dem allgemeinen!

I. Vereinbarkeit mit Art. 4 Abs. 1 Fall 1 GG

Das der B auferlegte Kopftuchverbot könnte gegen die **Glaubensfreiheit** gemäß **Art. 4 Abs. 1 Fall 1 GG** verstoßen.

1. Geltung der Grundrechte

Anerkanntermaßen gelten die Grundrechte auch in **öffentlich-rechtlichen Sonderverhältnissen**, wie hier dem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis als Referendarin (früher als besonderes Gewaltverhältnis bezeichnet).

„[79] [B] kann sich auch als in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis stehende Rechtsreferendarin auf ihr Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen. Ihre Grundrechtsberechtigung wird durch die Eingliederung in den staatlichen Aufgabenbereich nicht von vornherein oder grundsätzlich infrage gestellt.“

2. Schutzbereich betroffen

Es müsste der **Schutzbereich** des Art. 4 Abs. 1 GG betroffen sein.

„[78] Art. 4 Abs. 1 und 2 GG enthält ein umfassend zu verstehendes **einheitliches Grundrecht**. Es erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, das heißt einen Glauben zu haben, zu verschweigen, sich vom bisherigen Glauben loszusagen und einem anderen Glauben zuzuwenden, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten, für seinen Glauben zu werben und andere von ihrem Glauben abzuwerben. Umfasst sind damit nicht allein kultische Handlungen und die Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche, sondern auch die religiöse Erziehung sowie andere Äußerungsformen des religiösen und weltanschaulichen Lebens. Dazu gehört das Recht der Einzelnen, ihr gesamtes Verhalten an den Lehren ihres Glaubens auszurichten und dieser Überzeugung gemäß zu handeln, also **glaubensgeleitet zu leben**; dies betrifft nicht nur imperative Glaubenssätze.“

Ob eine Verhaltensweise von der Glaubensfreiheit erfasst wird, richtet sich nach dem **Selbstverständnis der Religion**. Der Staat darf Glaubensüberzeugungen nicht bewerten, sondern nur auf **Plausibilität** prüfen.

„[80] Bei der Würdigung dessen, was im Einzelfall als Ausübung von Religion und Weltanschauung zu betrachten ist, darf das Selbstverständnis der jeweils betroffenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und des einzelnen Grundrechtsträgers nicht außer Betracht bleiben. Musliminnen, die ein in der für ihren Glauben typischen Weise gebundenes Kopftuch tragen, können sich dafür auch im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdienstes auf den Schutz der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen. Darauf, dass im Islam unterschiedliche Auffassungen zum sogenannten Bedeckungsgebot vertreten werden, kommt es insoweit nicht an, da die religiöse Fundierung der Bekleidungs Wahl nach geistigem Gehalt und äußerer Erscheinung jedenfalls hinreichend plausibel ist.“

3. Eingriff in den Schutzbereich

In den so verstandenen Schutzbereich wird durch das Kopftuchverbot als staatlich angeordnete Beeinträchtigung eingegriffen.

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** sein. Die Glaubensfreiheit unterliegt zwar keinem Gesetzesvorbehalt, Einschränkungen können sich jedoch aus **verfassungsimmanenten Schranken** ergeben.

„[82] Einschränkungen von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG müssen sich aus der Verfassung selbst ergeben, weil dieses Grundrecht keinen Gesetzesvorbehalt enthält. Zu solchen verfassungsimmanenten Schranken zählen die Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang. Die Einschränkung bedarf überdies einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage.“

a) Kollidierende Verfassungsgüter

Als kollidierende Verfassungsgüter kommen der Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten in Betracht.

aa) Pflicht des Staates zur weltanschaulich-religiöser Neutralität

Das Grundgesetz begründet für den Staat in Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 S. 1, Art. 33 Abs. 3 GG sowie durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV die **Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität**.

§ 27 JAG

(1) ¹Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare haben sich der Ausbildung mit vollem Einsatz ihrer Arbeitskraft zu widmen. ²Im Übrigen gelten für sie die für Beamtinnen und Beamte auf Widerruf geltenden Bestimmungen entsprechend.

§ 45 HBG

(1) ¹Beamtinnen und Beamte haben sich im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. ²Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole und andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden.

Prüfungsschema: Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 Fall 1 GG)

I. Schutzbereich

- Recht, einen Glauben zu haben oder nicht zu haben (forum internum)
- Glaubensverwirklichungsfreiheit (forum externum)
- Unterfall: Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG)

=> einheitliches Grundrecht der Glaubens- und Religionsfreiheit

II. Eingriff in den Schutzbereich

jede staatliche Beeinträchtigung des glaubens- und weltanschaulich motivierten Denkens, Redens o. Handelns

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

- h.M.: nur Rechtfertigung zugunsten verfassungsimmanenter Schranken (z.B. staatliches Neutralitätsgebot, Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, staatlicher Erziehungsauftrag (Art. 7 GG), Schulfrieden, GRe Dritter)
- Auch verfassungsimmanente Schranken bedürfen stets der Konkretisierung durch ein Gesetz!

Anders ist das bei dem auf staatlicher Anordnung beruhenden Anbringen eines Kruzifix in Schulen (BVerfG RÜ 1995, 403; anders EGMR RÜ 2011, 588: Kruzifixe in Klassenzimmern verstoßen nicht gegen die EMRK; anders nunmehr auch BVerwG RÜ 2024, 345 für Kruzifixe im Eingangsbereich von Dienstgebäuden).

Ebenso BayVerfGH RÜ 2019, 315, 318 (Kopftuchverbot für Richterinnen und Staatsanwältinnen)

Bei Lehrerinnen hat das BVerfG ein Kopftuchverbot dagegen nur bei einer konkreten Gefährdung des Schulfriedens gebilligt (BVerfG RÜ 2015, 319, 324). Ebenso hat das BVerwG für ein Verbot des muslimischen Gebets in der Schule eine konkrete Gefährdung verlangt (BVerwG RÜ 2012, 182).

Neben der Glaubensfreiheit schützt Art. 4 GG auch die **Gewissensfreiheit** (Art. 4 Abs. 1 Fall 2 GG), und zwar sowohl den inneren Prozess der Wissensbildung und Gewissensentscheidung (forum internum) als auch die positive wie die negative Gewissensverwirklichungsfreiheit (forum externum). Spezielle Ausprägung ist das Recht auf Kriegsdienstverweigerung gemäß Art. 4 Abs. 3 GG.

„[89] ... Allerdings muss sich der Staat nicht jede bei Gelegenheit der Amtsausübung getätigte private Grundrechtsausübung seiner Amtsträger als eigene zurechnen lassen. Das haben beide Senate des Bundesverfassungsgerichts gerade in Bezug auf das Tragen eines **islamischen Kopftuchs durch eine Lehrerin** hervorgehoben. Der Staat, der eine mit dem Tragen eines Kopftuchs verbundene religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin oder einer pädagogischen Mitarbeiterin hinnimmt, macht diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch **nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen** lassen.“

Bei **Gerichtspersonen** ist dies indes anders als bei Lehrerinnen zu beurteilen.

„[90] ... Zum Selbstbildnis des Staates gehören auch die Verpflichtung der Richterinnen und Richter, eine Amtstracht zu tragen sowie überkommene Traditionen wie das besondere Eintreten des Spruchkörpers in den Sitzungssaal, das Erheben bei wichtigen Prozesssituationen oder die Gestaltung des Gerichtssaals. Das unterscheidet die formalisierte Situation vor Gericht, die den einzelnen Amtsträgern auch in ihrem äußeren Auftreten eine klar definierte, Distanz und Gleichmaß betonende Rolle zuweist, vom pädagogischen Bereich, der in der staatlichen Schule auf Offenheit und Pluralität angelegt ist. Aus Sicht des objektiven Betrachters kann insofern das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch eine Richterin oder eine Staatsanwältin während der Verhandlung **als Beeinträchtigung der weltanschaulich-religiösen Neutralität dem Staat zugerechnet** werden.“

bb) Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Als weitere verfassungsimmanente Schranke der Glaubens- und Religionsfreiheit kommt die **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** in Betracht,

„[91] ... die zu den Grundbedingungen des Rechtsstaats zählt und im Wertesystem des Grundgesetzes (Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3, Art. 92 GG) fest verankert ist, ... Funktionsfähigkeit setzt voraus, dass gesellschaftliches Vertrauen nicht nur in die einzelne Richterpersonlichkeit, sondern in die Justiz insgesamt existiert. [92] ... [Daher] darf der Staat Maßnahmen ergreifen, die die **Neutralität der Justiz** aus der Sichtweise eines objektiven Dritten unterstreichen sollen. Das Verbot religiöser Bekundungen oder der Verwendung religiöser Symbole durch den Staat und seine Amtsträger kann – wenn es sich gleichheitsgerecht auf alle Äußerungen und Zeichen im Gerichtssaal bezieht – insoweit legitimer Ausdruck einer solchen Konzeption sein ... und [es] ist umgekehrt die öffentliche Kundgabe von Religiosität geeignet, **das Bild der Justiz in ihrer Gesamtheit zu beeinträchtigen**, ...“

cc) Negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten

Schließlich können sich verfassungsimmanente Schranken aus der **negativen Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten** ergeben.

„[94] Dem durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleisteten Recht zur Teilnahme an den kultischen Handlungen, die ein Glaube vorschreibt oder in denen er Ausdruck findet, entspricht **umgekehrt** die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens **fernzubleiben**. ... Zwar hat [der Einzelne] in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben. Davon zu unterscheiden ist aber **eine vom Staat geschaffene Lage**, in der der Einzelne **ohne Ausweichmöglichkeiten** dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist.“

Eine solche **unausweichliche Konfrontation** würde durch das Tragen eines muslimischen Kopftuchs durch Gerichtspersonen entstehen.

„[95] ... Hiermit kann für einzelne Verfahrensbeteiligte eine Belastung einhergehen, die einer grundrechtlich relevanten Beeinträchtigung gleichkommt. Anders als im Bereich der bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule, in der sich gerade die religiös-pluralistische Gesellschaft widerspiegeln soll, tritt der Staat dem Bürger in der Justiz klassisch-hoheitlich und daher mit größerer Beeinträchtigungswirkung gegenüber. Das gilt auch, wenn die Verwendung des religiösen Symbols – wie im Fall des Kopftuchs – auf der privaten Entscheidung des für den Staat handelnden Amtsträgers beruht. Nur der Staat besitzt die Möglichkeit, die ansonsten unausweichliche Konfrontation mit dem Kopftuch als religiösem Symbol im Gerichtssaal zu verhindern.“

b) Gesetzliche Grundlage

Die zur Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken erforderliche gesetzliche Grundlage liegt mit § 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 S. 2 HBG vor.

c) Praktische Konkordanz

Das Spannungsverhältnis zwischen den kollidierenden Verfassungsgütern ist im Wege **praktischer Konkordanz** aufzulösen. Das bedeutet, dass ein **schonender Ausgleich** gefunden werden muss, insbesondere muss die staatliche Maßnahme **verhältnismäßig** sein.

Klausurhinweis: Bei der praktischen Konkordanz handelt es sich um eine Methode zur Lösung von Normkollisionen, wenn das durch eine Norm geschützte Interesse nicht hinter das kollidierende Interesse zurücktreten soll, sondern ein möglichst schonender Ausgleich angestrebt wird. Im Kern geht es um eine Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

aa) Das Kopftuchverbot dient insb. der Wahrung der staatlichen Neutralitätspflicht und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, also einem **legitimen Zweck**. Diesen Zweck fördert die Regelung in § 45 HBG und ist somit **geeignet** und mangels milderer Mittels auch **erforderlich**.

bb) Des Weiteren muss die Regelung einen **angemessenen** Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen bewirken.

(1) Für die Position der B spricht, dass das Kopftuch für sie nicht nur ein Zeichen für die Zugehörigkeit zu einer bestimmten religiösen Gruppe ist.

„[103] ... Vielmehr stellt das Tragen für sie die Befolgung einer als verbindlich empfundenen Pflicht dar; eine Pflicht, für die es insbesondere im Christentum kein entsprechendes, derart weit verbreitetes Äquivalent gibt. Das allgemeine Verbot religiöser Bekundungen trifft die Beschwerdeführerin daher härter als andere religiös eingestellte, insbesondere christliche Staatsbedienstete. Beamte und Richter haben sich zudem in der Regel in Kenntnis der bestehenden Reglementierungen bewusst und freiwillig für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst entschieden. Juristen, die das Zweite Staatsexamen anstreben, bleibt hingegen kein anderer Weg zur Erreichung dieses Ziels als die Absolvierung des Rechtsreferendariats.“

(2) Für die Verfassungsmäßigkeit spricht dagegen, dass sich das Verbot nur auf wenige einzelne Tätigkeiten mit Außenwirkung beschränkt.

„[105] Hierbei handelt es sich um Tätigkeiten, die einen vergleichsweise kurzen Zeitraum der Ausbildungsdauer umfassen. Wenngleich die Ausbildungsvorschriften diesen Tätigkeiten einen hohen Stellenwert beimessen ..., besteht auf ihre Wahrnehmung jedoch kein Rechtsanspruch.“

§ 27 Abs. 1 S. 2 JAG i.V.m. § 45 HBG bewirkt zwar einen schwerwiegenden Eingriff in die Glaubensverwirklichungsfreiheit, jedoch wird der Eingriff dadurch relativiert, dass das Verbot nur wenige Amtshandlungen erfasst. Der Neutralität der Gerichte kommt dagegen hohe Bedeutung zu. Insoweit konkretisieren die Vorschriften die verfassungsimmanenten Schranken der Glaubensfreiheit in zulässiger Weise. Der Grundrechtseingriff ist **gerechtfertigt**.

Vgl. auch § 176 Abs. 2 GVG, der ein Verhüllungsverbot für an der Verhandlung beteiligte Personen normiert, also auch für Parteien, Angeklagte, Zeugen, Sachverständige, nicht dagegen für Zuschauer.

Weil es an einer gesetzlichen Grundlage fehlte, war z.B. ein Verschleierungsverbot für Schülerinnen unzulässig (OVG Hamburg RÜ 2020, 243 mit RÜ-Video 04/2020 unter t1p.de/8wsio).



Der Begriff der praktischen Konkordanz wurde durch den Verfassungsrechtler Konrad Hesse entwickelt (Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland [20. Aufl. 1999], Rn. 72). Er ist heute allgemein anerkannt.

Ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 u. Abs. 2 GG liegt nicht vor.

II. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Es könnte ein Verstoß gegen die **Ausbildungsfreiheit** der B aus **Art. 12 Abs. 1 GG** vorliegen.

1. Schutzbereich betroffen

Dann müsste der **Schutzbereich** betroffen sein. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet allen Deutschen (Art. 116 Abs. 1 GG), und damit auch B, neben der Berufsfreiheit auch das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen.

„[109] Über das ... Recht auf Zugang zu einer Ausbildungsstätte hinaus schützt Art. 12 Abs. 1 GG die im Rahmen der Ausbildung notwendigen Tätigkeiten. Hierzu zählt vorliegend auch die Wahrnehmung sitzungsdienstlicher Aufgaben bei Gericht, Staatsanwaltschaft und Verwaltung. Zwar besteht im Rechtsreferendariat ... kein Anspruch, derartige Aufgaben tatsächlich zu übernehmen. Die einschlägigen Ausbildungsbestimmungen bringen aber zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber derartige Tätigkeiten als ... regelmäßig erforderlichen Ausbildungsinhalt betrachtet.“

2. Eingriff in den Schutzbereich

In den Schutzbereich wird durch das Kopftuchverbot **eingegriffen**.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist indes durch die Schranke des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, der sich auch auf die Ausbildungsfreiheit erstreckt, **gerechtfertigt**.

„[110] ... Selbst unter der Annahme, dass im Einzelfall die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen wäre, wenn ein als verpflichtend empfundenenes religiöses Gebot in Frage steht, wären die vom Landesgesetzgeber verfolgten Ziele der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und des Schutzes der negativen Religionsfreiheit Dritter besonders gewichtige Gemeinschaftsbelange, die die Regelung rechtfertigen.“

III. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das Kopftuchverbot stellt darüber hinaus einen **Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht** (APR) aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar. Das APR umfasst auch das Recht, frei zu entscheiden, wie sich eine Person in der Öffentlichkeit darstellen will. Der Eingriff in dieses Recht ist aber aus den vorgenannten Gründen ebenfalls gerechtfertigt.

IV. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 u. Abs. 3 GG

Das Kopftuchverbot könnte eine nach **Art. 3 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG** unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellen.

„[113] ... Zwar dürfte das § 45 Satz 2 HBG zu entnehmende Verbot bestimmter, insbesondere religiös konnotierter Kleidungsstücke **faktisch ganz überwiegend muslimische Frauen** treffen, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen. Allerdings ist § 45 Satz 2 HBG lediglich als Konkretisierung der grundlegenden Norm des § 45 Satz 1 HBG konzipiert, der Beamtinnen und Beamte gleichermaßen zu politisch, weltanschaulich und religiös neutralem Verhalten verpflichtet, sodass sich die **Neutralitätsvorgabe** insgesamt nicht auf das Tragen von Kleidungsstücken beschränkt ... Soweit man der Norm aber eine **mittelbar diskriminierende Wirkung** beimessen wollte, wäre diese aus den Gründen zu rechtfertigen, die auch einen Eingriff in Art. 4 GG tragen können.“

Ergebnis: Das Kopftuchverbot verstößt nicht gegen Grundrechte der B.

RA Horst Wüstenbecker

Zu Art. 12 GG vgl. das Apothekenurteil des BVerfG in RÜStart 2025, 20 ff.

BVerfG a.a.O., Rn. 111 f.; zum APR allgemein AS-Skript Grundrechte (2025), Rn. 117 ff.

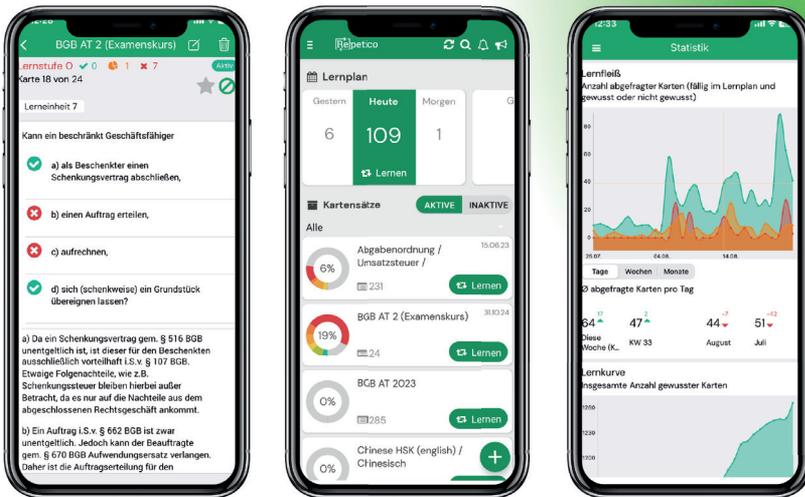
Die Kollision religiöser Bekleidungs Vorschriften mit staatlichen Regelungen ist ein in Klausuren häufig anzutreffendes Thema, vgl. z.B. BVerwG RÜ 2019, 730 (Schutzhelmpflicht für Turbanträger); BayVerfGH RÜ 2019, 315 (Kopftuchverbot für Richterinnen und Staatsanwältinnen); OVG Hamburg RÜ 2020, 243 (Vollverschleierung im Schulunterricht); BVerfG RÜ 2020, 322 (Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen); VG Düsseldorf RÜ 2021, 115 u. OVG NRW RÜ 2024, 584 (Verschleierungsverbot beim Führen eines Kraftfahrzeuges).



powered by
Repetico

Smartes Lernen

mit den eCards von Alpmann Schmidt



- ✓ Smartes Lernen im **Frage-Antwort-Modus**
- ✓ Ausführliche **detaillierte Lernstatistiken** zur Überprüfung des eigenen Lernerfolgs
- ✓ Mit **automatisiertem Lernplan** und **Lernzieldatum**
- ✓ Bezug **fertiger eCards-Sätze** von Alpmann Schmidt in allen Rechtsgebieten und **Erstellung eigener Karten** möglich
- ✓ Karten und Lernfortschritt werden auf **mehreren Geräten synchronisiert**



Unsere eCards findet Ihr hier



www.repetico.de/alpmann-schmidt

Kein Plan im Studium?

Zwischenprüfung nicht geschafft?

Studium abbrechen?

STOP

Wir helfen Euch!

✓ **Unterricht
Individuell für Dich**

(gezielte Vorbereitung auf Semesterabschluss-
und Übungsklausuren, Klausurtechnik,
Wiederholung einzelner Rechtsgebiete)

✓ **in positiver Atmosphäre**

✓ **auf Augenhöhe**

✓ **zum fairen Preis**

auch Online
FACETIME | SKYPE | o.Ä.

Alle Infos



Vereinbare ein kostenloses Erstgespräch unter:
as-individuell@alpmann-schmidt.de | www.as-individuell.de