

## 09/2025

28. Jahrgang  
Seiten 577 - 650



## IHR EXAMENSWISSEN

### EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

#### ZIVILRECHT

- Missbrauch der Vertretungsmacht: Zurechnung bei Evidenz möglich?
- Die Verjährung des Anspruches auf Schadensersatz nach § 548 I BGB beginnt schon vor der Beendigung des Mietvertrages, wenn der Vermieter die Mietsache zurückerhält
- Abgrenzung von Annahmeverzugslohn und Unmöglichkeit
- Begrenzter Prüfungsumfang vor Erlass eines zweiten Versäumnisurteils und bei der Berufung hiergegen verletzt nicht das Unionsrecht

#### STRAFRECHT

- Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 250 II Nr. 1 StGB in der Beendigungsphase
- Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Revision)

#### ÖFFENTLICHES RECHT

- Baurecht: Beseitigungsanordnung und Bestandsschutz
- Verwaltungsvollstreckung: Rechtmäßigkeit einer Zwangsgeldandrohung

#### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Examensrelevante Probleme im Zusammenhang mit der (gefährlichen) Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I StGB

#### GRUNDFÄLLE

- Ohne Fleiß kein Preis!? Lohn ohne Arbeit, Verzugslohn, Betriebsrisiko
- Das große Ding

#### HEMMER.LIFE

- „Erfolg ist kein Zufall“ - Die Tipps der Examensbesten!  
Florian Zauner im Interview



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

# INHALT

# IHR EXAMENSWISSEN

## EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- 1 Missbrauch der Vertretungsmacht: Zurechnung bei Evidenz möglich? 577  
Missbrauch der Vertretungsmacht; Kollusion und Evidenz; Zurechnungsgrundsätze;  
§§ 138, 166, 242 BGB, § 37 GmbHG
- 2 Die Verjährung des Anspruches auf Schadensersatz nach § 548 I BGB beginnt schon vor der Beendigung des Mietvertrages, wenn der Vermieter die Mietsache zurückerhält 582  
Mietvertrag; Schadensersatz wegen Verschlechterung der Mietsache; Verjährung; Rückerhalt der Mietsache; §§ 214, 241, 280, 535, 548, 823 BGB
- 3 Abgrenzung von Annahmeverzugslohn und Unmöglichkeit 589  
Annahmeverzug; Unmöglichkeit; Leistungsfähigkeit; Anspruchserhaltung; §§ 297, 326, 611a, 614, 615, 616 BGB; § 3 EFZG
- 4 Begrenzter Prüfungsumfang vor Erlass eines zweiten Versäumnisurteils und bei der Berufung hiergegen verletzt nicht das Unionsrecht 599  
Einspruch gegen Versäumnisurteil (nachfolgend: VU); Prüfungsumfang vor Erlass eines zweiten VU; Berufung gegen ein zweites VU; Gesetzlicher Richter; Unionsrecht; §§ 345, 514 II ZPO; Art. 101 GG, Art. 267 AEUV

### STRAFRECHT

- 5 Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 250 II Nr. 1 StGB in der Beendigungsphase 607  
Raub, § 249 StGB; (Besonders) schwerer Raub, § 250 I, II StGB; Verwirklichung eines Qualifikationstatbestands zwischen Vollendung und Beendigung
- 6 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Revision) 612  
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung, § 44 StPO; Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag, § 45 StPO

### ÖFFENTLICHES RECHT

- 7 Baurecht: Beseitigungsanordnung und Bestandsschutz 616  
Beseitigungsanordnung; Formelle und materielle Illegalität; Bestandsschutz
- 8 Verwaltungsvollstreckung: Rechtmäßigkeit einer Zwangsgeldandrohung 624  
Anfechtungsklage, § 42 I Alt. 1 VwGO; Verwaltungsvollstreckungsverfahren; Konnexität von Grundverfügung und Vollstreckungsmaßnahme; Einwand der Unmöglichkeit im Vollstreckungsverfahren

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Examensrelevante Probleme im Zusammenhang mit der (gefährlichen) Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I StGB 631

### GRUNDFÄLLE

- Ohne Fleiß kein Preis!? Lohn ohne Arbeit, Verzugslohn, Betriebsrisiko 642  
Arbeitsvertrag; Annahmeverzug; Betriebsrisiko; §§ 611a, 614, 615 BGB
- Das große Ding 647  
Schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 StGB; Verwenden einer Waffe

## HEMMER.LIFE



„Erfolg ist kein Zufall“ -  
Die Tipps der Examensbesten!  
Florian Zauner im Interview

## KONTAKT

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

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

# Repetitorium hemmer

September 2025

## [CRASHKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE JURISTISCHE STAATSEXAMEN



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

Bitte informieren Sie sich auf der  
jeweiligen Homepage Ihrer Stadt.



hemmer@home



### HEMMER.BERLIN

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

30. und 31. August 2025  
05., 06. und 07. September 2025  
13. und 14. September 2025  
19. - 21. September 2025

Crashkurs 2025 II Strafrecht  
Crashkurs 2025 II Zivilrecht  
Crashkurs Öffentliches Recht, Strafrecht, Zivilrecht  
Rechtsprechungskurs Kompakt, ÖR, StrafR, ZivilR

### HEMMER.BOCHUM

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

23., 24., 30. und 31. August, sowie 06., 07., 13.,  
14., 20., 21., 27. und 28. September, sowie 04.,  
05. und 11. Oktober 2025

Online Crashkurs Gesamt, Zivilrecht, Strafrecht,  
Öffentliches Recht

### HEMMER.BONN

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

23. und 30. August 2025  
13. und 20. September 2025

Crashkurs Strafrecht - Präsenz - Hybridteilnahme mögl.  
Crashkurs Nebengebiete - Präsenz - Hybridteiln. mögl.

### HEMMER.BREMEN

☎ (040) 31 76 69 17, ✉ bremen@hemmer.de

23., 24., 30. und 31. August, sowie 06., 07., 13.,  
14., 20., 21., 27. und 28. September, sowie 04.,  
05. und 11. Oktober 2025

Online Crashkurs Gesamt, Zivilrecht, Strafrecht,  
Öffentliches Recht

### HEMMER.DÜSSELDORF

☎ (0 22 36) 32 22 42, ✉ duesseldorf@hemmer.de

23. und 30. August 2025  
13. und 20. September 2025

Crashkurs Strafrecht - Präsenz - Hybridteilnahme mögl.  
Crashkurs Nebengebiete - Präsenz - Hybridteiln. mögl.

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

**Juristisches Repetitorium  
hemmer**

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



@byhemmer

# Repetitorium hemmer

September 2025

## [CRASHKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

### HEMMER.GIESSEN

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

23., 24., 30. und 31. August, sowie 06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. September, sowie 04., 05. und 11. Oktober 2025

Online Crashkurs Gesamt, Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht

### HEMMER.GÖTTINGEN

☎ (0 79 44) 94 11 05, ✉ [goettingen@hemmer.de](mailto:goettingen@hemmer.de)

23., 24., 30. und 31. August, sowie 06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. September, sowie 04., 05. und 11. Oktober 2025

Online Crashkurs Gesamt, Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht

### HEMMER.KIEL

☎ (0176) 22 59 28 56, ✉ [kiel@hemmer.de](mailto:kiel@hemmer.de)

23., 24., 30. und 31. August, sowie 06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. September, sowie 04., 05. und 11. Oktober 2025

Online Crashkurs Gesamt, Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht

### HEMMER.KÖLN

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

23. und 30. August 2025  
13. und 20. September 2025  
27. - 30. November 2025

Crashkurs Strafrecht - Präsenz - HYBRID mögl.  
Crashkurs Nebengebiete - Präsenz - HYBRID mögl.  
Crashkurs ZivilR, BGB AT bis SachenR - HYBRID

### HEMMER.LÜNEBURG

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

23., 24., 30. und 31. August, sowie 06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. September, sowie 04., 05. und 11. Oktober 2025

Online Crashkurs Gesamt, Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht

### HEMMER.MÜNSTER

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

23., 24., 30. und 31. August, sowie 06., 07., 13., 14., 20., 21., 27. und 28. September, sowie 04., 05. und 11. Oktober 2025

Online Crashkurs Gesamt, Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht

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



BGH, Urteil vom 26.03.2025, Az. VIII ZR 152/23 = [jurisbyhemmer](#)

# 1 Missbrauch der Vertretungsmacht: Zurechnung bei Evidenz möglich?

+++ Missbrauch der Vertretungsmacht +++ Kollusion und Evidenz +++ Zurechnungsgrundsätze  
+++ §§ 138, 166, 242 BGB, § 37 GmbHG +++

**Sachverhalt (verkürzt und abgewandelt):** Die V-GmbH ist Eigentümerin einer vermieteten Wohnung in Berlin. Nach Beendigung des letzten Mietverhältnisses sollte die Wohnung nach der Vorstellung der Gesellschafter nicht mehr vermietet werden, was dem Geschäftsführer der GmbH G mitgeteilt worden war.

Gleichwohl schloss G als Vertreter der GmbH mit der M einen Mietvertrag über die Wohnung ab. Es handelt sich um eine 5-Zimmer-Wohnung mit einer Wohnfläche von ca. 117 qm. Die Nettokaltmiete sollte monatlich 600 € betragen, das Mietverhältnis sollte zum 21. Dezember 2017 beginnen. Die Verpflichtung zur Zahlung der Miete sollte erst ab 1. September 2018 greifen, wofür die M im Vertrag nicht näher spezifizierte Arbeiten an der Wohnung verrichten sollte.

M zog mit ihrem Lebensgefährten L in die Wohnung ein, womit G einverstanden war. Dem L war bekannt, dass die GmbH die Wohnung eigentlich nicht vermieten wollte; die Hintergründe für die günstigen Konditionen waren ihm indes nicht geläufig.

Nachdem die Gesellschafter der V-GmbH von den Machenschaften des G Kenntnis erlangten, beriefen sie diesen als Geschäftsführer ab und bestellten einen neuen Geschäftsführer.

Dieser verlangt im Namen der V-GmbH von M und L die Herausgabe und Räumung der Wohnung.

**Zu Recht?**

## A) Sound

1. Der Missbrauch der Vertretungsmacht fällt grundsätzlich in den Risikobereich des Vertretenen.

2. Im Falle des kollusiven Zusammenwirkens zwischen Vertreter und Vertragspartner zum Nachteil des Vertretenen ist der Vertrag jedoch gem. § 138 I BGB nichtig.

3. Im Falle der Evidenz ist der Vertrag zwar wirksam, es ist dem Vertragspartner jedoch verwehrt, sich gegenüber dem Vertretenen auf die Rechte aus dem Vertrag zu berufen, § 242 BGB.

4. Hinsichtlich der Evidenz kommt auf Seiten des Vertragspartners eine Zurechnung der Kenntnis Dritter gem. § 166 I BGB (analog) in Betracht. Eine persönliche Nähebeziehung ist dafür allerdings nicht ausreichend.

## B) Problemaufriss

Der Fall befasst sich mit einem Examensklassiker, dem Missbrauch der Vertretungsmacht. Das Interessante an der im Sachverhalt beschriebenen Konstellation sind dabei diverse Zurechnungsfragen.

Viele Studenten verwechseln den Missbrauch der Vertretungsmacht häufig mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht.

Bei letzterer fehlt dem Vertreter die Rechtsmacht im Außenverhältnis. Der Vertrag ist gem. § 177 I BGB schwebend unwirksam und kann vom Vertretenen genehmigt werden. Unterbleibt die Genehmigung, kommt eine Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht („falsus procurator“) gem. § 179 BGB in Betracht, wobei danach unterschieden wird, ob der Vertreter vom Fehlen der Vertretungsmacht Kenntnis hatte (dann Absatz 1: Haftung auf das positive Interesse) oder nicht (dann Absatz 2: Haftung auf das negative Interesse, in der Höhe begrenzt auf das fiktiv positive Interesse).

Beim Missbrauch der Vertretungsmacht besteht gerade kein Defizit bei der Rechtsmacht im Außenverhältnis. Der Vertrag wird mit Vertretungsmacht abgeschlossen.

Allerdings setzt der Vertreter seine Vertretungsmacht in einer Art und Weise ein, die den Interessen des Vertretenen zuwiderläuft. Mit anderen Worten: er missbraucht seine Vertretungsmacht.

Man fragt sich, warum ein potentiell Vertretener überhaupt Rechtsmacht für den Abschluss eines Vertrages einräumt, den er schlussendlich gar nicht will.

Und in der Tat: bei der Erteilung der Vollmacht gem. § 167 I BGB ist der Fall schwer konstruierbar.<sup>1</sup>

Klassischer Aufhänger für das Thema Missbrauch der Vertretungsmacht sind daher Konstellationen, in denen das Gesetz den Umfang der Vertretungsmacht vorgibt. In solchen Fällen ist unschwer vorstellbar, dass nicht jede Legitimation, die das Gesetz dem Vertreter einräumt, auch den Interessen des Vertretenen entspricht.

So ist z.B. der Prokurist gem. § 49 I HGB dazu befugt, alle Geschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, im Namen des Kaufmanns abzuschließen. Dass das nicht im Interesse des Kaufmanns ist, liegt auf der Hand. Der Prokurist *könnte* z.B. in beliebigem Umfang Geschäftsfahrzeuge anschaffen und würde dies mit Vertretungsmacht tun. Dass er das nicht *darf*, d.h. darin ggfs. eine Pflichtverletzung des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses liegt, ist klar.

**Anmerkung:** Der gesetzlich umrissene Umfang der Prokura hat in der Praxis aber natürlich auch Vorteile, weil er Verlässlichkeit mit sich bringt und damit die Schnelligkeit der Abwicklung von Handelsgeschäften befördert. Der Rechtsverkehr soll sich darauf verlassen können, dass im konkreten Fall auch Vertretungsmacht vorliegt. Andernfalls müsste stets beim Vertretenen nachgefragt werden und das Prinzip der Arbeitsteilung, welches der Stellvertretung zugrunde liegt, wäre eingeschränkt.

Weitere Beispiele für einen gesetzlich fest umrissenen Umfang der Vertretungsmacht finden sich im Gesellschaftsrecht, so z.B. in § 720 III S. 1 BGB für die Gesellschafter einer Außen-GbR (§ 705 II Alt. 1 BGB), in § 124 IV S. 1 BGB für die persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG bzw. für die Komplementäre einer KG (§ 161 II HGB).

Auch im GmbH-Recht ist die organschaftliche Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers umfassend ausgestaltet, § 35 I GmbHG.

Doch wer trägt das Risiko, dass ein Vertreter seine Vertretungsmacht missbräuchlich einsetzt?

Hier muss strikt zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden.

Im Innenverhältnis trägt das Risiko der Vertreter. Der Abschluss eines Vertrages, der vom Vertretenen nicht gewollt ist, stellt eine Pflichtverletzung des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses

dar, da der Vertreter den Weisungen des Vertretenen Folge zu leisten hat, vgl. § 37 I GmbHG. Eine Verletzung kann Auslöser für eine Schadenersatzhaftung sein (vgl. für das GmbH-Recht § 43 II GmbHG).

Davon strikt zu trennen sind die Konsequenzen für das Außenverhältnis. Und hier ist der Vertrag jedenfalls grundsätzlich wirksam, denn der Vertreter handelt ja gerade mit - und nicht ohne - Vertretungsmacht. Das Risiko ist hier also dem Vertretenen zugewiesen, was an verschiedener Stelle vom Gesetzgeber klargestellt wird, vgl. § 720 III S. 2 BGB, §§ 50 I, 124 IV S. 2 HGB, § 37 II S. 1 GmbHG, § 82 I AktG. Andernfalls wäre das durch den gesetzlich fest umschriebenen Umfang der Vertretungsmacht erzeugte Vertrauen gegenüber dem Rechtsverkehr ohne Wert.

Allerdings sind Situationen denkbar, in denen dieses Vertrauen des Rechtsverkehrs nicht schutzwürdig ist. Für diese Fälle haben sich die Begriffe „Kollusion“ und „Evidenz“ herausgebildet.

Was genau in tatbestandlicher Hinsicht für diese Ausnahmefälle verlangt wird und welche Rechtsfolgen sich dann jeweils für das betroffene Rechtsgeschäft ergeben, ist im Detail umstritten. Der hiesige Fall orientiert sich dabei an den Vorgaben des BGH, wobei an den relevanten Stellen jeweils auf eine davon ggfs. abweichende Sichtweise in der Literatur hingewiesen werden wird.

## C) Lösung

Zu prüfen ist, ob V von M und L die Herausgabe und Räumung der diesen überlassenen Wohnung verlangen kann.

### I. Anspruch aus § 985 BGB

Ein Anspruch könnte sich aus § 985 BGB ergeben.

#### 1. Eigentum bei V, Besitz bei M und L

Die V ist Eigentümerin der Wohnung, M und L sind deren Besitzer.

#### 2. Problem: Recht zum Besitz?

Möglicherweise besteht aber ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 I S. 1 BGB.

**Anmerkung:** Denken Sie im Rahmen des Anspruchs aus § 985 BGB immer daran, § 986 BGB mitzuprüfen. Hat der Besitzer ein Recht zum Besitz, stellt dies eine (von Amts wegen zu berücksichtigende) Einwendung dar, so dass der Anspruch aus § 985 BGB nicht besteht!

<sup>1</sup> Denkbar wäre der Fall einer Vorsorgevollmacht, die sofort gelten soll, von der aber erst Gebrauch gemacht werden soll, wenn der Vollmachtgeber nicht mehr in der Lage ist, seine Dinge selbst zu regeln. Macht der Bevollmächtigte vorher von der Vollmacht Gebrauch, missbraucht er seine Vertretungsmacht.

Ein Recht zum Besitz könnte sich aus einem zwischen V und M bestehenden Mietverhältnis ergeben.

Zwar würde ein Mietverhältnis nicht mit L bestehen, der Einzug war jedoch von G gestattet, so dass L ebenfalls auf die Dauer des Mietvertrages zum Besitz berechtigt wäre, § 986 I S. 1 Alt. 2 i.V.m. S. 2 BGB.

**Anmerkung:** Auf § 553 BGB kommt es nur an, wenn nach (!) Abschluss des Mietvertrages ein Dritter in die Wohnung aufgenommen werden soll. Dabei ist die Aufnahme zustimmungsfrei bei Ehegatten und Kindern des Mieters; diese sind keine „Dritten“ i.S.d. Norm. Für den nicht-ehelichen Lebensgefährten gilt dies nach überzeugender Rechtsprechung des BGH jedoch nicht.<sup>2</sup>

**a) Wirksamer Mietvertrag:  
Stellvertretungsvoraussetzungen grds. (+)**

Auf Seiten der V-GmbH wurde der Vertrag von Geschäftsführer G abgeschlossen. Dieser ist gem. § 35 I GmbHG zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt, so dass die entsprechende Willenserklärung gem. § 164 I S. 1 BGB für und gegen die V-GmbH gilt.

Da die Stellvertretungsvoraussetzungen vorliegen, wäre insoweit ein wirksamer Mietvertrag zwischen der V und M zustande gebracht worden.

**b) Problem: Missbrauch der  
Vertretungsmacht durch G**

Fraglich ist, wie es sich auf den Mietvertrag auswirkt, dass die GmbH eine Vermietung nicht wollte und dies jedenfalls G auch bekannt war. Dieser hat seine Vertretungsmacht daher in einer Art und Weise eingesetzt, die im Innenverhältnis zur GmbH pflichtwidrig war; er hat seine Vertretungsmacht missbraucht.

Grundsätzlich trägt das Risiko des Missbrauchs der Vertretene, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Fall der rechtsgeschäftlich erteilten oder der organschaftlichen Vertretungsmacht handelt. Für den Fall der Vertretung einer GmbH durch ihren Geschäftsführer ergibt sich dies aus § 37 II S. 1 GmbHG.

**Anmerkung:** Mit diesen Ausführungen ist zur Wirksamkeit der Stellvertretung alles gesagt. Selbst wenn ein Fall von Kollusion bzw. Evidenz vorliegen sollte, würde sich dies nicht auf die Stellvertretungsvoraussetzungen auswirken.

*Es stellt eine beliebte Fehlerquelle dar, diese Ausnahmen im Rahmen der Vertretung zu prüfen. Falsch ist dies deshalb, weil bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nicht plötzlich doch ein Handeln ohne Vertretungsmacht vorliegt!*

**c) Nichtigkeit gem. § 138 I BGB wegen  
Kollusion (-)**

Möglicherweise ist der Mietvertrag aber nichtig gem. § 138 I BGB.

Das wird für den Fall des missbräuchlichen Einsatzes der Vertretungsmacht dann angenommen, wenn Vertragspartner und Vertreter bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken.

Das bewusste Zusammenwirken in Schädigungsabsicht stellt ein gegen die guten Sitten verstößendes Verhalten dar, aufgrund dessen der Vertretene nicht verpflichtet werden kann; der Vertrag ist nichtig gem. § 138 I BGB.<sup>3</sup>

Fraglich ist, ob vom Vorliegen dieser Voraussetzungen in der vorliegenden Konstellation ausgegangen werden kann.

Betrachtet man die Konditionen, zu denen die Wohnung an M vermietet wurde, wird deutlich, dass sich das Mietverhältnis zum Nachteil der GmbH auswirken kann. Zum einen handelt es sich um eine für eine Großstadt sehr niedrige Miete. Eine Nettokaltmiete von knapp 5 € pro Quadratmeter ist – zumal in Großstädten – sehr ungewöhnlich. Hinzu kommt, dass die Zahlungsverpflichtung für einen längeren Zeitraum vollständig ausgesetzt wurde und nicht einmal klar ist, was genau die M für dieses Entgegenkommen zu tun hat.

Voraussetzung für die Fallgruppe der Kollusion ist jedoch nicht nur, dass sich der Vertrag zum Nachteil der vertretenen GmbH auswirken kann. Vielmehr muss es Vertreter und Vertragspartner gerade darauf ankommen, die V-GmbH zu schädigen.

Schon auf Seiten des G ist nicht nachvollziehbar, warum es zum Abschluss des Mietvertrages zu diesen Konditionen gekommen ist.

Jedenfalls für M ergibt sich kein Anhaltspunkt im Sachverhalt dafür, dass sie die V-GmbH schädigen wollte bzw. dies zumindest billigend in Kauf genommen hat.

Als Laien sind ihr möglicherweise die Hintergründe für das Aussetzen der Miete nicht klar gewesen, so dass sie davon ausgehen durfte, dass bei Vornahme etwaiger Renovierungsarbeiten ein Aussetzen der Mietzahlung üblich ist.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, *Life&LAW* 04/2004, 229 ff.

<sup>3</sup> BGH, NJW 2017, 3373 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Auch L hatte keine Schädigungsabsicht, so dass es auf die Frage einer eventuellen Zurechnung (an dieser Stelle) nicht ankommt.

Kann daher bei keinem der Beteiligten eine Schädigungsabsicht angenommen werden, scheidet denklogisch auch ein Zusammenwirken zum Nachteil der V-GmbH aus.

Der Vertrag ist nicht nichtig gem. § 138 I BGB.

#### d) Evidenz?

Möglicherweise ist es der M jedoch verwehrt, sich auf ein Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag zu berufen, § 242 BGB.

Auch wenn ein Fall der Kollusion nicht vorliegt, muss der Vertretene ein von seinem Vertreter abgeschlossenes Rechtsgeschäft dann nicht gegen sich gelten lassen, wenn der andere Vertragsteil den Missbrauch der Vertretungsmacht erkannt hat oder er diesen zwar nicht erkannt hat, aber nach den Umständen hätte erkennen müssen, ihm also evident war.<sup>4</sup>

In einem solchen Fall ist der andere Vertragsteil wegen einer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzulässigen Rechtsausübung gehindert, sich auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu berufen, so dass im vorliegenden Fall aus dem Mietvertrag kein Recht zum Besitz gem. § 986 I BGB abgeleitet werden könnte.

**Anmerkung:** Nach der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur entfällt in dem Fall evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht die vertragliche Bindung. Die §§ 177 ff. BGB gelten jedoch analog. Der Vertretene hat es in der Hand, ob er das unter Missbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft gelten lassen möchte oder nicht.<sup>5</sup>

#### aa) Nicht bezüglich M

Problematisch ist allerdings, dass die M nichts von der fehlenden Absicht zur Vermietung auf Seiten der GmbH wusste.

<sup>4</sup> BGH, NJW 2021, 2099 ff. = [jurisbyhemmer](#); in der Literatur wird teilweise vertreten, dass darüber hinaus jedenfalls der Vertretene zum Nachteil des Vertretenen handeln wollen. Dabei beruft man sich auf Entscheidungen des BGH, in denen er dies angeblich vertreten habe. Der BGH wiederum hat jedoch klargestellt, dass er dies nie gefordert habe, vgl. BGH, [Life&LAW 10/2006, 667 ff.](#) Es geht allein um die fehlende Schutzwürdigkeit des Vertragspartners. Dafür ist die Motivation für den Missbrauch auf Seiten des Vertreters vollkommen irrelevant.

<sup>5</sup> Vgl. MüKo, § 164, Rn. 102. Genehmigt er nicht, kommt eine Haftung des Vertreters gem. § 179 BGB analog in Betracht. Diese Haftung wird man allerdings in entsprechender Anwendung des § 179 III S. 1 BGB („Evidenz“) entfallen lassen müssen.

Die Überschreitung der Befugnisse aus dem Innenverhältnis durch G war der M nicht bewusst.

Derjenige, der einen Vertrag mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung abschließen will, braucht sich grundsätzlich nicht darum zu kümmern, ob der Geschäftsführer die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Schranken seiner Befugnis einhält; Nachforschungen hierüber sollen dem redlichen Geschäftsverkehr erspart bleiben. Andernfalls bliebe von der durch § 37 II S. 1 GmbHG artikulierten Risikoverteilung hinsichtlich des Missbrauchs der Vertretungsmacht nichts übrig.

#### bb) Aber: Kenntnis bei L

Laut Sachverhalt war aber dem Lebensgefährten L, der mit M in die Wohnung eingezogen war, bekannt, dass die V-GmbH keine Vermietungsabsicht hatte.

Fraglich ist, ob sich die M diese „Evidenz“ auf Seiten des L zurechnen lassen muss.

#### (1) Zurechnung gem. § 166 I BGB direkt (-)

Dabei kommt eine Zurechnung in direkter Anwendung des § 166 I BGB nicht in Betracht. L hat die M bei Abschluss des Mietvertrages nicht vertreten, so dass seine Kenntnis für die Wirkungen der Willenserklärung nicht maßgeblich ist.

#### (2) § 166 I BGB analog?

In Betracht kommt aber eine analoge Anwendung der Vorschrift.

Eine Person muss sich das Wissen eines Dritten analog § 166 I BGB und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann als eigenes Wissen zurechnen lassen, wenn sie den Dritten mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut hat; in diesen Fällen ist der Dritte als ihr „Wissensvertreter“ zu behandeln.<sup>6</sup>

Die hierauf gegründete Zurechnung umfasst nicht nur das positive Wissen des Wissensvertreters, sondern auch seine leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis.

Problematisch ist allerdings, dass die M den L nicht in eigener Verantwortung mit Fragestellungen rund um den Mietvertrag betraut hatte. Der Abschluss des Vertrages erfolgte vielmehr allein durch M. Es ist auch dem Sachverhalt kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass L im Rahmen etwaiger Verhandlungen von M eingesetzt wurde.

<sup>6</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH, NJW 2023, 3790 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Etwas anders könnte sich daher allenfalls ergeben, wenn man allein die persönliche Nähebeziehung zwischen M und L für eine Zurechnung genügen ließe.

Dies kann jedoch nicht überzeugen und verbietet sich bei Ehegatten schon vor dem Hintergrund von Art. 6 I GG. Gleiches muss für nicht-eheliche Partnerschaften gelten. Es ist nicht ersichtlich, warum allein aufgrund einer Nähebeziehung die gem. § 166 I BGB erforderlichen Zurechnungsvoraussetzungen aufgegeben werden sollten.

Da eine Zurechnung der Kenntnis des L vom Missbrauch der Vertretungsmacht an die M weder in direkter noch analoger Anwendung des § 166 I BGB in Betracht kommt, liegen die Voraussetzungen der Evidenz nicht vor.

Der M ist es daher nicht gem. § 242 BGB verwehrt, sich auf die Wirksamkeit des Mietvertrages und damit auf ein daraus resultierendes Recht zum Besitz gem. § 986 I BGB zu berufen.

Da M ein Recht zum Besitz hat, schuldet sie während der Laufzeit des Vertrages nicht die Herausgabe der Wohnung gem. § 985 BGB.

## II. Sonstige Ansprüche

Da der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist, haben L und M den Besitz an der Wohnung auch mit Rechtsgrund erlangt, so dass ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB ausscheidet.

Auch ein Anspruch aus § 546 I BGB kommt nicht in Betracht. Dieser greift zwar für den Fall eines wirksamen Mietverhältnisses ein, setzt aber die (spätere) Beendigung des Mietverhältnisses voraus. Eine Kündigung des Mietverhältnisses wurde aber nicht ausgesprochen. Abgesehen davon liegt auch kein Kündigungsgrund für eine außerordentliche (§§ 543, 569 BGB) bzw. ordentliche (§ 573 BGB) Kündigung vor.

## III. Ergebnis

V kann von M und L nicht die Herausgabe und Räumung der streitgegenständlichen Wohnung verlangen.

## D) Kommentar

**(cda).** Bei Zugrundelegung des Sachverhalts ist das Ergebnis überzeugend. Der BGH hat die Sache zur weiteren Klärung an das Berufungsrecht zurückverwiesen. Im Originalfall waren tatsächlich (diverse) Kündigungen ausgesprochen worden, zu denen das Berufungsgericht bis dato keine Feststellungen getroffen hatte.

Die Entscheidung bringt in der Sache nichts wirklich Neues. Die Kombination der Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht mit denen der Zurechnung gem. § 166 I BGB (analog) stellt jedoch eine für den Klausurersteller eventuell reizvolle Variante dar!

## E) Wiederholungsfrage

### ▪ Warum geht der Missbrauch der Vertretungsmacht grundsätzlich zu Lasten des Vertretenen?

In Fällen, in denen der Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich fixiert wird, soll der Rechtsverkehr auf die Wirksamkeit der Willenserklärungen des Vertreters vertrauen können; daher sind etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht im Innenverhältnis für das Außenverhältnis grundsätzlich ohne Relevanz, vgl. für den vorliegenden Fall § 37 II S. 1 GmbHG.

## F) Zur Vertiefung

### Zum Missbrauch der Vertretungsmacht bei Vertretung aufgrund eines Rechtsscheintatbestandes

- BGH, Life&LAW 07/2024, 433 ff.

BGH, Urteil vom 29.01.2025, XII ZR 96/23 = [jurisbyhemmer](#)

## 2 Die Verjährung des Anspruches auf Schadensersatz nach § 548 I BGB beginnt schon vor der Beendigung des Mietvertrages, wenn der Vermieter die Mietsache zurückerhält

+++ Mietvertrag +++ Schadensersatz wegen Verschlechterung der Mietsache +++ Verjährung +++  
Rückerhalt der Mietsache +++ §§ 214, 241, 280, 535, 548, 823 BGB +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** V vermietete mit Vertrag vom 17.06.2009 Geschäftsräume an M. Mit Nachtrag vom 28.03.2012 mietete M von V weitere Gewerbeflächen mit Wirkung ab dem 05.06.2012 an. Gleichzeitig vereinbarten die Vertragsparteien, dass sich das Mietverhältnis für alle dem V gehörenden Flächen nach dem 04.06.2013 jeweils um ein Jahr verlängert, falls es nicht von einer Vertragspartei unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten vor dem jeweils 04. Juni gekündigt wird.

Mit Schreiben vom 10.03.2020 erklärte M die Kündigung des Mietverhältnisses zum 17.06.2020.

V wies den M darauf hin, dass der Mietbeginn im Nachtrag auf den 05.06.2012 festgelegt wurde und das Mietverhältnis aufgrund der verspäteten Kündigung daher erst mit Ablauf des 04.06.2021 ende.

In der Folgezeit nutzte M das Mietobjekt bis zum 31.12.2020 weiter und warf an diesem Tag die Schlüssel in den Hausbriefkasten des V. Mit Schreiben vom 07.01.2021 erklärte V, dass die Rückgabe der Schlüssel ausdrücklich gegen seinen Willen erfolgt und er nicht empfangsbereit gewesen sei.

Im Juni 2021 verlangte V von M Schadensersatz für von M verursachte Beschädigungen der Mietsache.

Da M hierauf keinerlei Reaktion zeigte, wurde auf Antrag des V vom 26.08.2021 wegen dieser Forderungen dem M am 30.08.2021 ein Mahnbescheid zugestellt, gegen den M rechtzeitig Widerspruch eingelegt hat.

Im nachfolgenden Streitverfahren beruft sich V darauf, dass das Mietverhältnis erst mit Ablauf des 04.06.2021 ordentlich gekündigt werden konnte. M beruft sich auf Verjährung etwaiger Ansprüche des V.

Ist die Klage des V gegen M auf Schadensersatz dem Grunde nach begründet?

### A) Sound

1. Der Rückerhalt der Mietsache i.S.d. § 548 I S. 2 BGB setzt eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters und dessen Kenntnis hiervon voraus, weil der Vermieter erst durch die unmittelbare Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache zu machen.

2. Für den Verjährungsbeginn ist der Rückerhalt der Mietsache auch dann maßgeblich, wenn der Mietvertrag noch nicht beendet ist. Dies hat zur Folge, dass ein Anspruch i.S.d. § 548 I S. 1 BGB bereits vor Beendigung des Mietverhältnisses verjähren kann.

### B) Problemaufriss

In diesem Urteil beschäftigt sich der BGH (wieder einmal) mit der Verjährung des Ersatzanspruches des Vermieters wegen Verschlechterungen oder Veränderungen der Mietsache.

Nach § 548 I S. 1 BGB verjähren alle Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen vom Mieter zu vertretender Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten.

Die Verjährung beginnt nach § 548 I S. 2 BGB – in Ausnahme zu § 200 S. 1 BGB, wonach andere Verjährungsfristen als die Regelverjährung mit der Entstehung des Anspruches beginnen – mit dem Rückerhalt der Mietsache.

Das klingt eigentlich ganz einfach, ist es aber nicht.

## C) Lösung

Die Klage ist dem Grunde nach begründet, wenn dem V gegen M ein durchsetzbarer Anspruch auf Schadensersatz zusteht.

### 1. Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280 I, 535, 241 II, 249 II S. 1 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, 535 II, 241 II i.V.m. § 249 II S. 1 BGB wegen der von M verursachten Beschädigungen der Mietsache.

#### 1. Entstehung des Anspruches

a) Schuldverhältnis i.S.d. § 280 I BGB ist der zwischen V und M am 17.09.2009 geschlossene und am 05.06.2012 erweiterte Gewerbemietvertrag, § 535 BGB.

b) Als Pflichtverletzung kommt die Beschädigung der Mietsache in Betracht. Aufgrund der Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass M die geltend gemachten Schäden verursacht hat.

Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des BGH stellt die Beschädigung der Mietsache durch den Mieter keine Verletzung der Rückgabepflicht aus § 546 I BGB dar. Der Anspruch aus § 546 I BGB ist nur auf Rückgabe der Mietsache im momentanen Zustand gerichtet.<sup>1</sup> M hat daher im **bestehenden** Mietverhältnis<sup>2</sup> seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Eigentumsrecht des V verletzt, sodass eine Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II Var. 1 BGB vorliegt.

**Anmerkung:** Bei der Beschädigung der Mietsache handelt es sich daher nicht um einen Schaden statt, sondern neben der Leistung. Diese Rechtsprechung ist überzeugend. Anderenfalls müsste der Vermieter dem Mieter die Möglichkeit einräumen, den Schaden selbst zu beheben. Vor dem Hintergrund, dass der Mieter das Eigentum des Vermieters verletzt, ist ein Recht des Mieters, die von ihm verursachten Schäden selbst zu beheben, nicht gerechtfertigt. Für den Vermieter hat dies den Vorteil, dass er vom Mieter unmittelbar nach § 249 II S. 1 BGB den für die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes erforderlichen Geldbetrag verlangen kann.

Der Vermieter hat aber auch die Möglichkeit, nach § 249 I BGB vom Mieter zu verlangen, dass dieser den Schaden behebt.

c) Das Vertretenmüssen wird nach § 280 I S. 2 BGB widerlegbar vermutet. Für seine Exkulpation hat der darlegungs- und beweispflichtige M nichts vorgetragen.

**Zwischenergebnis:** Der Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 280 I, 535, 241 II BGB ist dem Grunde nach entstanden.

#### 2. Einrede der Verjährung, § 214 I BGB

Fraglich ist, ob der Anspruch auch durchsetzbar ist. Dem Anspruch könnte die von M im streitigen Verfahren geltend gemachte Einrede der Verjährung entgegenstehen, § 214 I BGB.

Durch die Einreichung des Antrages auf Erlass des Mahnbescheides am 26.08.2021 könnte der Lauf der Verjährungsfrist nach § 204 I Nr. 3 BGB i.V.m. § 167 Var. 3 ZPO gehemmt worden sein, wenn diese zu diesem Zeitpunkt nicht bereits abgelaufen war.

Gem. § 548 I S. 1 BGB verjähren die Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter auf Schadensersatz in 6 Monaten.

Nach § 200 S. 1 BGB beginnt die Verjährung von Ansprüchen, die nicht der Regelverjährung des § 195 BGB unterliegen, mit der Entstehung des Anspruchs, **soweit nicht** ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist.

Eine solche andere Bestimmung enthält aber § 548 I S. 2 BGB, wonach die 6-monatige Frist mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält (§ 548 I S. 2 BGB).

**hemmer-Methode:** Die Berechnung dieser sog. „Ereignisfrist“ erfolgt dabei nach § 187 I BGB i.V.m. § 188 II Alt. 1 BGB.

Der Tag des Rückerhalts wird daher für die Berechnung der 6-monatigen Verjährungsfrist nicht mitgerechnet (§ 187 I BGB).

Die Frist endet nach § 188 I Alt. 1 BGB sechs Monate später mit dem Ablauf des Tages, an dem der Vermieter die Mietsache zurückerhalten hat.

#### a) Voraussetzungen des Rückerhalts der Mietsache

Ein „Rückerhalt“ der Mietsache könnte erfolgt sein, als M die Schlüssel in den Hausbriefkasten bei V eingeworfen hat.

<sup>1</sup> BGH, **Life&LAW 07/2018, 442 ff.** = NJW 2018, 1746 ff. = **jurisbyhemmer** sowie bereits BGH, **Life&LAW 02/2014, 85 ff.** = NJW 2014, 143 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>2</sup> Die Rückgabe einer beschädigten Mietsache kann nach Beendigung des Mietvertrages nicht als Verletzung der Leistungspflicht des § 546 I BGB quasi „auferstehen“.

### aa) Rückerhalt setzt Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters und Kenntnis des Vermieters hiervon voraus

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH setzt der Rückerhalt im Sinne des § 548 I S. 2 BGB grundsätzlich eine Änderung der Besitzverhältnisse zu Gunsten des Vermieters voraus.

#### (1) Vollständige Besitzaufgabe des Mieters

Zunächst ist es erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und unzweideutig aufgibt. Es genügt nicht, dass der Vermieter (vorübergehend) die Möglichkeit erhält, während des Besitzes des Mieters die Mieträume zu besichtigen.<sup>3</sup>

M hat durch die Rückgabe der Schlüssel und das Verlassen des Mietobjekts jeglichen Besitz an der Mietsache aufgegeben.

#### (2) Unmittelbare Sachherrschaft seitens des Vermieters und Kenntnis hiervon

Außerdem muss der Vermieter in die Lage versetzt werden, sich durch Ausübung der **unmittelbaren Sachherrschaft** ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen.

Des Weiteren muss der Vermieter Kenntnis von der Änderung der Besitzverhältnisse erlangen.<sup>4</sup>

Ohne Kenntnis von der Besitzaufgabe des Mieters (z.B. durch Rückgabe der Schlüssel an den Vermieter) ist der Vermieter grundsätzlich nicht in der Lage, den Zustand der Wohnung zu prüfen.

#### (3) Voraussetzungen hier erfüllt

Die an eine Änderung der Besitzverhältnisse zu stellenden Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Durch den Einwurf der Schlüssel des Mietobjekts in den Hausbriefkasten des V hat dieser die Mieträume zurückerhalten. Nach dem Einwurf der Schlüssel in den Hausbriefkasten des V ist die für einen Rückerhalt i.S.d. § 548 I S. 2 BGB erforderliche Änderung der Besitzverhältnisse zu Gunsten des V als Vermieter im Sinne eines Übergangs des unmittelbaren Besitzes eingetreten.

Die erforderliche Kenntnis von der vollständigen Besitzaufgabe des M und der eigenen Sachherrschaft hatte V jedenfalls in dem Zeitpunkt, als er am 07.01.2021 gegen die Rückgabe der Schlüssel protestierte.

<sup>3</sup> BGH, **Life&LAW 07/2019**, 451 ff. = NJW-RR 2019, 645 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, NJW 2013, 684 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>4</sup> Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 84. Auflage 2025, § 548, Rn. 11 m.w.N.

**Anmerkung:** Ein interessantes Problem stellt sich, wenn der Mieter die Schlüssel der Mietsache nicht dem Vermieter, sondern einem Dritten aushändigt und dieser zunächst vergisst, den Vermieter über die vollständige Besitzaufgabe des Mieters zu informieren.

**Beispiel:** M kündigt das Mietverhältnis wirksam zum 30.11.2024 und zieht am 20.11.2024 aus der Wohnung aus. Er übergibt die Wohnungsschlüssel an den im gleichen Haus wohnenden und bei V als Arbeitnehmer angestellten Hauswart D. Dieser vergisst, den V hierüber zu informieren. Kenntnis von der Schlüsselübergabe an D erlangte V erst am 06.12.2024. Am 30.05.2025 wird dem M ein Mahnbescheid zugestellt, mit welchem V von M Schadensersatz wegen Beschädigungen der Wohnung verlangt. M beruft sich auf Verjährung.<sup>5</sup>

Der Mahnbescheid hätte die Verjährung nach § 204 I Nr. 3 BGB nicht mehr hemmen können, wenn bereits am 20.11.2024 der Rückerhalt der Mietsache stattgefunden hätte, da dann mit Ablauf des 20.05.2025 Verjährung eingetreten wäre.

Mit Rückgabe der Wohnungsschlüssel an den Hauswart als Besitztäger i.S.d. § 855 BGB des V hat M vollständig und unzweideutig den Besitz an der Wohnung zugunsten des V aufgegeben.

Dies allein reicht jedoch für den Rückerhalt der Wohnung im Sinne von § 548 I S. 2 BGB nicht aus, da dieser die Kenntnis des Vermieters von der Änderung der Besitzverhältnisse voraussetzt.

Diese Kenntnis wäre nur dann gegeben, wenn man dem V die Kenntnis des D analog § 166 I BGB zurechnen könnte.

§ 166 I BGB kann nicht direkt angewendet werden, da es sich bei der Rückgabe der Wohnung um einen Realakt (Besitzerlangung) handelt.<sup>6</sup>

Eine analoge Anwendung von § 166 I BGB setzt voraus, dass D als „Wissensvertreter“ des V eingesetzt worden ist.<sup>7</sup>

Die Frage, ob ein Hauswart oder ein Hausmeister eine zum Empfang der Schlüssel berechtigte Person ist, hängt davon ab, ob er allgemein oder für den konkreten Fall vom Vermieter mit der Rücknahme der Wohnung beauftragt worden ist.<sup>8</sup>

Die Kenntnis des Hauswarts von der Rückgabe der Wohnungsschlüssel ist dem Vermieter hingegen nicht zuzurechnen, wenn er nicht beauftragt war, die Wohnungsschlüssel zum Zweck der Übergabe der Wohnung entgegenzunehmen.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, **Life&LAW 02/2014**, 148 f. = WuM 2013, 729 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>6</sup> Die Problematik ist daher vergleichbar mit der Zurechnung der Bösgläubigkeit eines Besitztägers bzw. Besitzmittlers i.R.d. § 990 I S. 1 BGB (vgl. dazu **JRH, Hauptkurs Sachenrecht, Fall 1**).

<sup>7</sup> Zu den Voraussetzungen vgl. BGH, NJW 2005, 365 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>8</sup> Schmidt-Futterer/Strey, Mietrecht, 16. Auflage 2024, § 546 BGB, Rn. 62.

*In diesem Fall erhält der Vermieter durch die Schlüsselrückgabe an den Hauswart zwar die Sachherrschaft über die Wohnung zurück, aber mangels Kenntnis hiervon liegt kein Rückerhalt i.S.d. § 548 I S. 2 BGB vor.*

**Ergebnis:** Sollte D von V zur Entgegennahme der Wohnung beauftragt gewesen sein, so hätte die Verjährung am 20.11.2024 zu laufen begonnen und der Mahnbescheid wäre am 30.05.2025 zu spät zugestellt worden. War D hingegen hierzu nicht beauftragt, begann die Verjährung erst am 06.12.2024 zu laufen und wurde vor ihrem Ablauf am 06.06.2025 (§§ 187 I, 188 II Alt. 1 BGB) durch Zustellung des Mahnbescheids nach § 204 I Nr. 3 BGB rechtzeitig gehemmt.

**bb) Rückerhalt ist nicht gleichbedeutend mit Rückgabe i.S.d. § 546 I BGB, sodass keine Beendigung des Mietverhältnisses nötig ist**

Fraglich ist, ob für die Bejahung des Rückerhalts der Mietsache das Mietverhältnis wirksam beendet sein muss.

**(1) Mietverhältnis endete erst mit Ablauf des 04.06.2021**

Als M am 31.12.2020 im Hausbriefkasten des V die Schlüssel des Mietobjekts eingeworfen hat, war das Mietverhältnis noch nicht beendet.

Aufgrund des Nachtrags zum Mietvertrag vom 28.03.2012 musste die Kündigung nämlich drei Monate vor Ablauf des jeweils 4. Juni erfolgen. Die von M ausgesprochene Kündigung ging dem V erst am 10.03.2021 und damit verspätet zu, sodass die Kündigung das Mietverhältnis erst mit Ablauf des 04.06.2021 beendet hat.

**(2) Nach Ansicht des BGH setzt der Beginn der Verjährung aber nicht die Beendigung des Mietverhältnisses voraus**

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH setzt der Beginn der Verjährung nicht die Beendigung des Mietverhältnisses voraus.

§ 548 I S. 2 BGB spricht bewusst vom Rückerhalt und nicht von der Rückgabe der Mietsache, die nach § 546 I BGB erst nach der Beendigung des Mietvertrages geschuldet ist.

Ein Rückerhalt der Mietsache ist daher auch dann für den Verjährungsbeginn maßgeblich, wenn der Mietvertrag noch nicht beendet ist.

Sinn der Regelung ist die möglichst frühzeitige Erlangung von Rechtssicherheit für beide Parteien, ob aus dem Vertragsverhältnis noch Ansprüche bestehen.

Zum einen muss der Vermieter ausreichend Gelegenheit erhalten, die Wohnung auf Mängel und Veränderungen überprüfen zu können.

Daher beginnt die sechsmonatige Frist nicht mit Beendigung des Mietverhältnisses, sondern erst mit der Rückerlangung der Mietsache. Denn nicht selten kommt es vor, dass der Mieter – insbesondere wenn ihm vom Vermieter gekündigt wurde – bei Ende des Vertrages nicht auszieht, sondern einen Räumungsprozess abwartet.

**Anmerkung:** Ein Räumungsprozess dauert meist länger als sechs Monate. Ein Verjährungsbeginn mit Beendigung des Mietvertrages würde daher den Vermieter praktisch rechtlos stellen.

Zum anderen richtet sich aber auch der Mieter in der Regel auf ein neues Mietverhältnis ein und soll nicht übermäßig lange mit einer wirtschaftlichen Belastung, die aus dem alten Mietverhältnis stammt, rechnen müssen.

Nach dem Sinn und Zweck des § 548 I BGB bejaht der BGH in gefestigter Rechtsprechung daher den Lauf der Verjährungsfrist allein in Abhängigkeit von der Rückerlangung der Mietsache unabhängig davon, ob das Mietverhältnis zu dieser Zeit bereits wirksam beendet worden ist.

Dies hat zur Folge, dass ein Anspruch i.S.d. § 548 I S. 1 BGB bereits vor Beendigung des Mietverhältnisses verjähren kann.<sup>9</sup>

**Zwischenergebnis:** Der Umstand, dass zur Zeit des Einwurfs der Schlüssel in den Hausbriefkasten des V der Mietvertrag noch nicht beendet war, steht einem Rückerhalt der Mietsache und damit einem Verjährungsbeginn nicht entgegen.

**cc) Anderes Ergebnis wegen aufgedrängten Rückerhalts?**

Fraglich ist allerdings, ob ein Rückerhalt i.S.d. § 548 I S. 2 BGB deshalb zu verneinen ist, weil dem V diese Änderung der Besitzverhältnisse durch den Einwurf der Schlüssel in seinen Hausbriefkasten **aufgedrängt** wurde.

Nach der Ansicht des BGH rechtfertigt dies aber keine andere Beurteilung.

M hatte tatsächlich nach der Rückgabe der Schlüssel des Mietobjekts keinen Zugang mehr zu den Mieträumen, während V ungehinderten Zugriff und damit die Möglichkeit der ungestörten Untersuchung erhalten hatte.

<sup>9</sup> Vgl. BGH, NJW 2012, 144 ff. = [jurisbyhemmer](#).; BGH, Life&LAW 09/2006, 596 ff. = NJW 2006, 1588 f. = [jurisbyhemmer](#).

Die Erlangung des unmittelbaren Besitzes setzt zwar grundsätzlich einen Besitzbegründungswillen voraus.<sup>10</sup> Jedoch genügt hierfür der nach außen erkennbar gewordene generelle Besitz- oder Sachbeherrschungswille.<sup>11</sup>

Dieser ist auch bei einer aufgedrängten Sachherrschaft grundsätzlich anzunehmen, wenn der Vermieter – wie hier – im (alleinigen) Besitz der Schlüssel ist und diese nicht etwa an den Mieter zurückgibt.

Insbesondere ist der fehlende Rücknahmewille nicht ohne Weiteres dem fehlenden Besitzwillen gleichzusetzen. Denn dem Interesse des Vermieters entspricht es im Regelfall nicht, dass an der Mietsache kein unmittelbarer Besitz mehr besteht, also ein besitzloser Zustand eintritt.<sup>12</sup>

Daher ist aus dem Umstand, dass V den in seinen Hausbriefkasten eingeworfenen Schlüssel zum Mietobjekt in der Folgezeit behalten hat, auf dessen Besitzwillen zu schließen.

Mit dem Protest gegen die Schlüsselrückgabe durch das Schreiben vom 07.01.2021 ging es dem V nur darum, einen Verlust seiner Ansprüche auf weitere Mietzahlungen zu vermeiden, vgl. dazu auch § 537 I S. 1 BGB.

Sein Wille richtete sich danach nicht primär gegen die Erlangung des unmittelbaren Besitzes und damit gegen den Rückerhalt des Mietobjekts als solchen.

**hemmer-Methode:** Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass der Vermieter nach der Rechtsprechung des BGH nicht verpflichtet ist, die Mietsache jederzeit – sozusagen „auf Zuruf“ – zurückzunehmen, etwa wenn der Mieter kurzfristig auszieht und den Schlüssel zur Wohnung an den Vermieter zurückgeben will.<sup>13</sup>

In solchen Fällen gerät der Vermieter nicht nach §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug, was die Berufung auf den nicht erfolgten Rückerhalt ggfs. als treuwidrig erscheinen ließe.

Denn V hat die Mietsache – wie hier – tatsächlich i.S.d. § 548 I S. 2 BGB zurückerhalten.

Die Frage, ob er zur Rücknahme vor Ablauf der Mietzeit verpflichtet gewesen wäre, ist vorliegend daher für den Verjährungsbeginn ohne Belang.

Dem Vermieter entsteht schließlich auch kein unbilliger Nachteil.

Vielmehr wird eine rasche Auseinandersetzung zwischen den Parteien des Mietvertrages gewährleistet, eine beschleunigte Klarstellung der Ansprüche wegen des Zustands der überlassenen Sache bei Rückgabe erreicht und damit dem Gesetzeszweck Rechnung getragen.

Durch den Rückerhalt der Mietsache beginnt zwar die Verjährung und der Vermieter wird damit zur Vermeidung der Verjährung bestehender Schadensersatzansprüche gezwungen, zeitnah verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen. Der Rückerhalt lässt aber weder etwaige Mietzahlungsansprüche entfallen (vgl. § 537 I S. 1 BGB), noch schließt er Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen Pflichtwidrigkeiten des Mieters vor Ende der Mietzeit aus.

## b) Ergebnis

Da V *spätestens* am 07.01.2021 Kenntnis von der Änderung der Besitzverhältnisse hatte, hat V das gesamte Mietobjekt zurückerhalten. Daher begann die Verjährung des Schadensersatzanspruches nach § 548 I S. 2 BGB am 07.01.2021.

Die 6-monatige Frist begann nach § 187 I BGB am 08.01.2021 zu laufen und endete mit Ablauf des 07.07.2021 (Mittwoch), § 188 II Alt. 1 BGB.

Die Einreichung des Antrages auf Erlass des Mahnbescheides am 26.08.2021 konnte daher den Lauf der Verjährungsfrist nach § 204 I Nr. 3 BGB i.V.m. § 167 Var. 3 ZPO nicht hemmen, da bereits die Verjährung eingetreten war.

Da M auf die Geltendmachung des Anspruches im Juni 2021 keinerlei Reaktion gezeigt hatte, kommt eine Hemmung der Verjährung nach § 203 S. 1 BGB durch Verhandlungen nicht in Betracht.

Der Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 535, 241 II Var. 1 BGB ist daher wegen der von M zu Recht erhobenen Einrede der Verjährung nach § 214 I BGB nicht mehr durchsetzbar.

## II. Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 823 I, 249 II S. 1 BGB

In Betracht kommt außerdem ein Anspruch aus § 823 I i.V.m. § 249 II S. 1 BGB, weil durch die Beschädigung des Mietobjekts das Eigentumsrecht des V von M rechtswidrig verletzt wurde.

Ob den M ein Verschulden trifft, lässt sich dem Sachverhalt allerdings nicht entnehmen. Diese Frage wäre aber nicht entscheidungserheblich, wenn auch der deliktische Anspruch aus § 823 I BGB bereits verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar wäre, § 214 I BGB.

Grundsätzlich unterliegt der Anspruch aus § 823 I BGB der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB.

<sup>10</sup> Vgl. dazu BGH, NZM 2013, 204 (205) = **jurisbyhemmer**; MüKoBGB/F. Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 31 m.w.N.

<sup>11</sup> BeckOK BGB/Fritzsche, § 854 Rn. 25.

<sup>12</sup> Vgl. Streyll ZfR 2018, 738 (739) m.w.N.

<sup>13</sup> BGH, **Life&LAW 03/2012, 182 ff.** = NJW 2012, 144 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, NJW 2006, 1588 ff. = **jurisbyhemmer**.

Allerdings entspricht es ganz h.M., dass § 548 I BGB analog auf diesen Anspruch angewendet werden muss.<sup>14</sup>

Zwar besteht nach der Rechtsprechung des BGH zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht grds. Anspruchskonkurrenz. Allerdings werden die vertraglichen Regelungen auf das Deliktsrecht analog angewendet, wenn diese anderenfalls leerlaufen würden. Dies wäre aber bei § 548 I S. 1 BGB der Fall, weil der Vermieter in der Regel – wie im vorliegenden Fall – Eigentümer der Mietsache oder zumindest deren berechtigter Besitzer (z.B. Untervermietung) ist.

Eine Verschlechterung der Mietsache begründet daher fast immer auch einen Anspruch aus § 823 I BGB, sodass die Vorschrift des § 548 I S. 1 BGB leerliefe, würde man sie nicht auf den ebenfalls in Betracht kommenden Anspruch aus § 823 I BGB analog anwenden.

**hemmer-Methode:** Dagegen wird § 438 BGB aus dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht nicht auf einen Anspruch aus § 823 I BGB angewendet.<sup>15</sup>

Die Lieferung einer gem. § 434 BGB mangelhaften Sache stellt in der Regel kein Delikt dar.

Eine Eigentumsverletzung wäre nur zu bejahen, wenn entweder durch den Mangel eine andere Sache des Käufers beschädigt/zerstört wird oder sich der Mangel insoweit verschlimmert, dass nach der Rechtsprechung zum weiterfressenden Mangel eine Verletzung des Resteigentums zu bejahen ist.<sup>16</sup>

Sowohl der Mangelfolgeschaden als auch der sog. „Weiterfresserschaden“ sind aber Ausnahmefälle, sodass zum Schutz des Käufers ein deliktischer Anspruch nicht der kurzen Verjährung des § 438 BGB unterliegt, die zudem kenntnisunabhängig mit der Ablieferung zu laufen beginnt.

Auch die Präklusion nach § 377 II, III HGB erfasst nicht den ausnahmsweise neben §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB konkurrierenden deliktischen Anspruch aus § 823 I BGB.<sup>17</sup>

Sowohl der Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung nach §§ 280 I, 535, 241 II Var. 1, 249 II S. 1 BGB als auch der Anspruch aus §§ 823 I, 249 II S. 1 BGB sind nach § 548 I BGB bzw. § 548 I BGB analog verjährt.

Daher steht dem M gegen den Anspruch des V die Einrede des § 214 I BGB zu.

### III. Endergebnis

Die Klage des V gegen M auf Schadensersatz ist daher unbegründet.

### D) Kommentar

(mty). Das Urteil des BGH ist überzeugend.

Der BGH bestätigt die gefestigte Rechtsprechung zur Definition des Rückerhalts.

Neu ist die Klarstellung, dass ein nachträglicher „Protest“ gegen die erfolgte Schlüsselrückgabe durch Einwurf in den Briefkasten der Annahme eines Besitzbegründungswillens des Vermieters nicht entgegensteht. Auch diesbezüglich sind die Ausführungen des BGH und des OLG Hamm als Vorinstanz<sup>18</sup> absolut überzeugend.

Leider hat der BGH die in der Rechtsprechung<sup>19</sup> und Literatur<sup>20</sup> umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen der Lauf der Verjährungsfrist nach § 548 I BGB beginnt, wenn der Mieter dem Vermieter anbietet, die Mietsache zurückzu- erhalten, dieser sie jedoch nicht zurücknimmt, wiederum<sup>21</sup> offengelassen.

Hierzu hat aber jüngst das OLG Dresden mit Urteil vom 11.10.2024 entschieden, dass der Eintritt des Annahmeverzuges beim Vermieter allein keine Veränderung der Besitzverhältnisse herbeiführt. Hinzutreten muss in einem solchen Fall die Besitzaufgabe nach § 303 S. 1 BGB, welche dem Vermieter grundsätzlich gemäß § 303 S. 2 BGB zuvor angedroht werden muss.<sup>22</sup>

Dieses Urteil betraf allerdings die Frage der Rückgabe nach § 546 I BGB nach der Beendigung des Mietverhältnisses. Auf die Frage des Rückerhalts i.S.d. § 548 I S. 2 BGB, der nach gefestigter Rechtsprechung gerade nicht die Beendigung des Mietverhältnisses voraussetzt, lässt sich dieses Urteil nicht zwingend übertragen. Der BGH hat nämlich auch die Frage, ob der Mieter **vor Beendigung des Mietverhältnisses** zur Rückgabe der Mietsache berechtigt bzw. der Vermieter zur Rücknahme verpflichtet ist, bis jetzt immer noch nicht höchststrichterlich geklärt.

<sup>18</sup> OLG Hamm, MDR 2023, 1444 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>19</sup> Vgl. KG, ZMR 2005, 455 f. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>20</sup> Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Oprée, Geschäftsraum- miete, 5. Aufl., § 17, Rn. 51; Witt, NZM 2012, 545 (548); Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Auflage 2024, § 548 BGB, Rn. 42; Guhling/Günter/Guhling, Gewerberaum- miete, 3. Aufl. § 548 BGB Rn. 22.

<sup>21</sup> Vgl. dazu bereits schon BGH, **Life&LAW 07/2019, 451 ff.** = NJW-RR 2019, 645 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, **Life&LAW 03/2012, 182 ff.** = NJW 2012, 144 ff. = [jurisbyhemmer](#) sowie BGH, NJW 2006, 1588 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>22</sup> Lesen Sie dazu OLG Dresden, **Life&LAW 05/2025, 311 ff.** = [jurisbyhemmer](#).

<sup>14</sup> Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 84. Aufl. 2025, § 548, Rn. 7.

<sup>15</sup> Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 84. Aufl. 2025, § 438, Rn. 3.

<sup>16</sup> Vgl. dazu **JRH, Hauptkurs Schuldrecht-BT 1, Fall 9**.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Hopt/Leyens, HGB, 43. Aufl. 2024, § 377, Rn. 50 m.w.N.

Ein klassisches Klausurproblem kann auch die Frage sein, ob neben dem Mieter auch Dritte von der kurzen Verjährungsfrist des § 548 I S. 1 BGB „profitieren“.

Das ist nach gefestigter Rechtsprechung dann der Fall, wenn der Dritte in den Schutzbereich des Mietvertrages nach den **Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte** einbezogen ist.<sup>23</sup>

Es ist nämlich inzwischen nahezu allgemein anerkannt, dass die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte nicht nur dazu dienen können, einem am Vertrag nicht beteiligten Dritten vertragliche Schadensersatzansprüche gegen eine Vertragspartei zu verschaffen. Diese Grundsätze werden auch herangezogen, um einen Dritten in den Genuss vertraglicher Haftungsprivilegierungen oder einer kürzeren Verjährungsfrist kommen zu lassen.

Handelt es sich bei dem Dritten, der die Mietsache beschädigt und dafür gem. § 823 I BGB haftet, um einen Dritten, der auf der Seite des Mieters in den Schutzbereich des Vertrages zwischen Vermieter und Mieter einbezogen ist, kommt er über die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD) in den Genuss der kurzen Verjährungsfrist des § 548 I S. 1 BGB.<sup>24</sup>

## F) Zur Vertiefung

### Zur Verjährung gem. § 548 I BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT II, Rn. 62 ff.

## E) Wiederholungsfrage

**Warum ist für den Rückerhalt der Mietsache eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters und dessen Kenntnis hiervon erforderlich?**

Der Vermieter soll sich uneingeschränkt einen Überblick über den Zustand der Mietsache verschaffen können. Das wäre nicht gewährleistet, wenn der Mieter nach wie vor im Besitz der Mietsache ist.

Ohne Kenntnis von der Besitzaufgabe des Mieters (z.B. durch Rückgabe der Schlüssel an den Vermieter) ist der Vermieter grundsätzlich nicht in der Lage, den Zustand der Wohnung zu prüfen.

<sup>23</sup> Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 84. Auflage 2025, § 548, Rn. 5a; BGHZ 49, 278 ff.; BGH, NJW 2006, 2399 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2010, 2652 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch Aufgabe 1, Termin 2016-II im Bayerischen Ersten Staatsexamen. Eine Lösung dieser Klausur finden Sie in **Life&LAW 11/2016, 795 ff.**

BAG, Urteil vom 04.12.2024, 5 AZR 276/23 = NZA 2025, 554 ff. = [jurisbyhemmer](#)

### 3 Abgrenzung von Annahmeverzugslohn und Unmöglichkeit

+++ Annahmeverzug +++ Unmöglichkeit +++ Leistungsfähigkeit +++ Anspruchserhaltung +++  
§§ 297, 326, 611a, 614, 615, 616 BGB +++ § 3 EFZG +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** AN ist seit 2009 bei AG angestellt. Er war zunächst als Referent des damaligen Oberbürgermeisters im „Fachbereich Verwaltungsleitung“ tätig. Da es aus diversen Umständen zu Konflikten mit dem Oberbürgermeister kam, wurden dem AN in den folgenden Jahren von AG andere Aufgaben zugeteilt.

Mit Schreiben vom 31.05.2019 kündigte AG das Arbeitsverhältnis außerordentlich sowie mit Schreiben vom 12.06.2019 ordentlich zum 31.12.2019.

AN war im Jahr 2019 vom 04. bis 08.01., vom 14.01. bis 27.02. und seit dem 29.04.2019 durchgehend bis jedenfalls zum 31.05.2020 arbeitsunfähig.

AN hat für die Zeit vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 Zahlung der Arbeitsvergütung verlangt. AG wies ihm seit dem 11.04.2019 keine vertragsgemäße Beschäftigung mehr zu. AN ist der Ansicht, ihm sei die Arbeitsleistung bei Eintritt seiner auf Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit ab dem 29.04.2019 unmöglich geworden. Ferner habe sich AG im Annahmeverzug befunden. AG ist demgegenüber der Auffassung, dass kein Anspruch auf Lohn bestehe, da schließlich der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ bestehe und auch hier eingreife. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei nicht gegeben, insbesondere liege wegen der Arbeitsunfähigkeit des AN kein Annahmeverzug vor.

**Hat AN gegen AG einen Anspruch auf Zahlung von Lohn für den Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020?**

**Hinweis:** Es ist zu unterstellen, dass eine Kündigungsschutzklage gegen beide Kündigungen erfolgreich war. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 I EFZG ist nicht zu prüfen!

#### A) Sounds

1. § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB kommt zur Anwendung, wenn sich der Gläubiger bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht im Annahmeverzug befand. Es besteht keine tatbestandliche Schnittmenge mit § 615 BGB.

2. § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB findet keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs erkrankt und ihm deshalb die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich wird.

3. Die tatbestandlichen Anforderungen der § 615 BGB und § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB überlappen sich, weil jeweils Annahmeverzug Tatbestandsvoraussetzung ist. § 615 BGB entspricht in seiner Wertung § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB, hat aber gleichwohl einen eigenständigen Regelungsinhalt. Im Verhältnis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist § 615 BGB daher die speziellere Norm.

4. Im Dienstvertragsrecht ist für den Eintritt der Unmöglichkeit infolge Arbeitsunfähigkeit in § 616 BGB eine besondere Regelung getroffen worden. Für Arbeitsverhältnisse gilt der noch speziellere § 3 EFZG. Beide Vorschriften gehen der allgemeinen Regelung in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB vor.

#### B) Problemaufriss

Da AN in dem hier maßgeblichen Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 nicht mehr gearbeitet hat, ist sein Anspruch auf den Arbeitslohn nach § 611a II BGB gem. § 326 I S. 1 HS 1 BGB zunächst erloschen („ohne Arbeit kein Lohn bzw. „ohne Fleiß kein Preis“).

Diese Vorschrift korrespondiert mit der Fälligkeitsregelung des § 614 S. 1 BGB, wonach die Vergütung erst nach der Arbeitsleistung zu entrichten ist.

Von dem Grundsatz gibt es im Arbeitsrecht jedoch zahlreiche examensrelevante Ausnahmen.

### Ausnahmefälle von § 326 I S. 1 HS 1 BGB<sup>1</sup>

#### §§ 611a II, 615 S. 3 BGB

⇒ Lohnanspruch nach den Grundsätzen zum Betriebs-, Wirtschafts- und Arbeitskampsrisiko<sup>2</sup>

#### §§ 611a II, 616 BGB

⇒ Lohn bei persönlicher und vorübergehender Verhinderung, wenn AN kein Verschulden trifft (z.B. § 275 III BGB)<sup>3</sup>

#### § 611a II BGB i.V.m. §§ 1, 11 BUrlG

⇒ Urlaubsentgelt (§ 3 BUrlG) i.H.d. Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen, § 11 BUrlG<sup>4</sup>

#### Lohnfortzahlung bei Krankheit:

#### §§ 611a II, 326 II S. 1 Alt. 1 BGB

⇒ vom AG zu verantwortende Krankheit ohne zeitliche Grenze

#### § 3 EFZG

⇒ Lohnfortzahlung für die Dauer von 6 Wochen bei einer unverschuldeten Erkrankung<sup>5</sup>

#### Lohnfortzahlung an Feiertagen:

⇒ Feiertagslohn nach § 2 EFZG

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, welche Anspruchserhaltungsvorschrift überhaupt anwendbar ist. Zentrale Frage dabei ist, wie es sich auswirkt, dass Arbeitsunfähigkeit auf Annahmeverzug trifft.

Ferner geht es um das Konkurrenzverhältnis zwischen den jeweiligen Anspruchserhaltungsvorschriften aus dem allgemeinen Teil des Schuldrechts zu den Vorschriften aus dem besonderen Schuldrecht bzw. spezialgesetzlichen arbeitsrechtlichen Normen.

## C) Lösung

Fraglich ist, ob AN gegen AG ein Anspruch auf Zahlung von Lohn für den Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 zusteht.

### I. Anspruch gem. § 611a II BGB auf Zahlung von Arbeitslohn

AN könnte gegen AG einen Anspruch aus § 611a II BGB auf Zahlung von Arbeitslohn für den Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 haben.

#### 1. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

Zwischen den Arbeitsvertragsparteien wurde gem. §§ 145, 147 BGB ein wirksamer Arbeitsvertrag nach § 611a I BGB geschlossen.

Die arbeitgeberseitige außerordentliche Kündigung vom 31.05.2019 und die ordentliche Kündigung vom 12.06.2019 zum 31.12.2019 beendete wegen der erfolgreichen Kündigungsschutzklagen nach §§ 13 I S. 2 KSchG, 4 S. 1 KSchG bzw. § 4 S. 1 KSchG das Arbeitsverhältnis nicht.

**hemmer-Methode:** Die Kündigungsschutzklage hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die streitgegenständliche Kündigung(en) beendet wird, vgl. § 4 S. 1 KSchG.

Oftmals führt aber bereits ein gerichtliches Verfahren zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu einer Belastung des Arbeitsverhältnisses, sodass dem AN die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist und/oder eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen AN und AG nicht erwartet werden kann. In diesem Fall kann das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag einer der Parteien auflösen und den AG zur Zahlung einer angemessenen Abfindung verurteilen, vgl. §§ 9 I S. 1, S. 2, 10 KSchG.

Der Anspruch ist damit zunächst entstanden.

<sup>1</sup> Neben diesen klausurrelevanten Fällen gibt es noch eine Vielzahl anderer Entgeltfortzahlungen, wie z.B.:

**§ 20 I MuSchG**, wonach AG der AN auch während der Zeit der Schutzfristen vor und nach der Entbindung (§ 3 MuSchG) den Differenzbetrag zwischen dem von der gesetzlichen Krankenkasse gem. § 19 MuSchG gezahlten *Mutterschaftsgeld* und dem zuletzt gezahlten Arbeitsentgelt zu zahlen hat.

**§ 18 S. 1 MuSchG**, wonach für die Zeiten, in denen AN wegen eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen vor/nach der Entbindung teilweise oder gar nicht beschäftigt werden dürfen, der Lohnanspruch unverändert bestehen bleibt, sog. *Mutterschutzlohn*.

Zu der Frage der **Anspruchserhaltung während und in Zusammenhang mit der COVID-Pandemie** vgl. auch *Schürgers/Marski*, BB, 2022, 308 ff.

**hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 451 f.**

**hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 485 ff.**

**hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 519 ff.**

<sup>5</sup> **Hinweis:** Bei einer vom AN verschuldeten Erkrankung steht AN wegen §§ 326 I S. 1, 614 BGB kein Anspruch auf Lohnfortzahlung zu!

## 2. Anspruch nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB untergegangen

Der Anspruch auf Arbeitslohn nach § 611a II BGB könnte aber wegen des Grundsatzes „**ohne Arbeit kein Lohn**“ (vgl. auch § 614 S. 1 BGB) nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB erloschen sein.

Nach dieser Vorschrift entfällt der Anspruch auf Arbeitslohn, wenn der AN nach § 275 I - III BGB nicht zu leisten braucht.

Arbeitsleistung und Vergütung stehen im Arbeitsverhältnis in einem synallagmatischen Austauschverhältnis. Wird dem AN die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich, entfällt gem. § 275 I BGB seine Leistungspflicht. Er verliert dann nach § 326 I S. 1 BGB grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung, d.h. seine Arbeitsvergütung.

Ausgehend von diesen Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts in Verbindung mit § 614 BGB gilt deshalb im Arbeitsverhältnis der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.<sup>6</sup>

Vorliegend arbeitete AN im hier maßgeblichen Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 nicht. Da er wegen Ablaufs der Zeit nicht nachzuweisen braucht, ist Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten.

Die Rechtsfolge des § 326 I S. 1 HS 1 BGB ist der Entfall der Gegenleistungspflicht des AG (Entlohnung), sodass vor diesem Hintergrund der Anspruch des AN gegen den AG auf Arbeitslohn für den streitgegenständlichen Zeitraum untergegangen ist.

**Anmerkung:** Der aus § 326 I S. 1 HS 1 BGB zu entnehmende Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ korrespondiert – so wie es nun das BAG wiederholt deutlich gemacht hat – mit der Fälligkeitsregelung des § 614 S. 1 BGB. Der Arbeitslohn ist hier nach erst **nach der Erbringung der Arbeitsleistung** fällig. Nach § 614 S. 2 BGB wird eine nach Zeitabschnitten bemessene (i.d.R. monatliche) Vergütung erst **nach dem Ablauf** des jeweiligen Monats zur Zahlung fällig. Der AN ist daher nach dem Gesetz zur Vorleistung verpflichtet. Bei der Fälligkeitsregelung des § 614 S. 2 BGB handelt es sich um eine kalendermäßig fixierte Bestimmung der Leistungszeit i.S.d. § 286 II Nr. 1 BGB. Daraus folgt, dass der AG am Ersten des Folgemonats auch ohne Mahnung des AN in Schuldnerverzug gerät, wenn er am Ende des jeweiligen Zeitabschnitts nicht geleistet hat.

<sup>6</sup> BAGE 180, 33 = jurisbyhemmer; BAGE 141, 330 = jurisbyhemmer.

## 3. Anspruchserhaltung

Es könnte allerdings eine Anspruchserhaltungsnorm eingreifen. In Betracht kommen könnten sowohl § 326 II S. 1 BGB als auch § 615 S. 1 BGB.

Fraglich ist, welche der beiden Vorschriften im vorliegenden Fall eingreift.

### a) Abgrenzung zwischen § 326 II S. 1 BGB und § 615 S. 1 BGB

#### aa) Regelung des § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB

Nach § 326 II S. 1 BGB behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung,

- wenn der Gläubiger für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nach § 275 I - III BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder
- wenn dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

Hierdurch werden dem Gläubiger die wirtschaftlichen Folgen für die in § 275 I - III BGB aufgeführten Leistungshindernisse zugewiesen, weil diese ihm entweder aufgrund eines vorwerfbaren Fehlverhaltens oder spezieller Risikoerwägungen zuzurechnen sind.<sup>7</sup>

§ 326 II S. 1 Alt. 2 BGB regelt die **Gegenleistungsgefahr**. Diese geht mit Eintritt des Annahmeverzugs auf den Gläubiger über.<sup>8</sup> Abweichend von der Grundregel in § 326 I S. 1 BGB bleibt der Gläubiger mit Eintritt des Gläubigerverzugs zur Leistung verpflichtet, **wenn der Umstand, der zum Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 I - III BGB führt, während des Annahmeverzugs eintritt**.

§ 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ergänzt somit im allgemeinen Schuldrecht die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs nach §§ 300 bis 304 BGB für den gegenseitigen Vertrag.<sup>9</sup>

Wie die übrigen Normen der §§ 320 ff. BGB wird § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB durch spezielle Regelungen vor allem des besonderen Vertragsrechts teils modifiziert, teils verdrängt.

Gegenstand und Reichweite der Modifikation oder Verdrängung sind durch **Auslegung** der besonderen Normen zu ermitteln.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. C 1.

<sup>8</sup> MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl., § 326, Rn. 73; Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. C 71.

<sup>9</sup> BeckOGK/Herresthal, BGB, § 326, Rn. 251; Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. C 72.

<sup>10</sup> Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. A 29.

**bb) Regelung des § 615 S. 1 BGB**

Für Dienstverträge enthält § 615 S. 1 BGB eine Sonderregelung.<sup>11</sup> Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass der Dienstvertrag regelmäßig ein absolutes Fixgeschäft ist.<sup>12</sup>

Der Dienstverpflichtete wird von der Nachleistungspflicht befreit und ihm wird ein Vergütungsanspruch gewährt, **wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienstleistung im Verzug ist.**<sup>13</sup>

§ 615 S. 1 BGB bildet keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Die Vorschrift erhält vielmehr im Falle des Gläubigerverzugs den Vergütungsanspruch aus dem Dienstvertrag aufrecht<sup>14</sup> und enthält daher eine **besondere Gefahrtragungsregel.**<sup>15</sup>

Sie basiert darauf, dass die fehlende Mitwirkung des Gläubigers dem Schuldner seinerseits die Möglichkeit zur Leistungserbringung nimmt und die Mitwirkung des Dienstberechtigten unverzichtbare Voraussetzung der Vertragserfüllung durch den Dienstverpflichteten ist.<sup>16</sup>

Der Dienstverpflichtete wird geschützt, weil er regelmäßig nicht in der Lage ist, seine Dienstleistung anderweitig zu verwenden. § 615 BGB bewirkt damit zusammen mit §§ 293 ff. BGB, dass der Dienstverpflichtete bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten den Anspruch auf die Gegenleistung behält, ohne seine Dienstleistung nachholen zu müssen.<sup>17</sup>

§ 615 BGB normiert damit ein Grundprinzip des Dienstvertragsrechts und trägt der Besonderheit Rechnung, dass es sich bei der Dienstleistungsschuld um eine **zeitbezogene Leistung** handelt.<sup>18</sup>

**cc) Regelung des § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB**

§ 326 II S. 1 Alt. 1 BGB erhält im Falle der Unmöglichkeit den Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung, wenn der Gläubiger (AG) für den Um-

stand allein oder weit überwiegend<sup>19</sup> verantwortlich ist, aufgrund dessen der Schuldner (AN) nicht zu leisten braucht.

**hemmer-Methode:** Das Gesetz verwendet hier bewusst nicht den Begriff „Vertretenmüssen“, weil § 276 BGB nur das Vertretenmüssen des Schuldners, nicht aber dasjenige des Gläubigers definiert. Man greift aber insoweit auf eine Analogie zu §§ 276, 278 BGB zurück, indem man in Bezug auf den Gläubiger von einem „Verschulden gegen sich selbst“ spricht und den Gegenleistungsanspruch jedenfalls dann aufrechterhält, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat.

Nach Ansicht des **BGH** kann die „Verantwortlichkeit“ aber auch aufgrund einer wertenden Betrachtung nach gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Risikosphären bestimmt werden.<sup>20</sup> Es muss daher - ggfs. durch Auslegung - ermittelt werden, welches das typische Risiko des jeweiligen Vertrags ist und wer „näher dran“ ist, dieses zu tragen.

Das **BAG** sieht das im Arbeitsrecht anders und fordert für § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB ein **echtes Verschulden** des Arbeitgebers.<sup>21</sup> Dies ist auf den ersten Blick widersprüchlich, aber vom BAG völlig richtig entschieden. Für das Arbeitsrecht enthält nämlich § 615 S. 3 BGB, der aufgrund seines Wortlauts - anders als § 615 S. 1 BGB - nur für den Arbeitsvertrag gilt, eine Spezialregelung für die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nach Risikosphären (Lehre vom sogenannten Betriebs- und Wirtschaftsrisiko), die gegenüber § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB vorrangig ist.

Bei der Lesart des § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB gibt es somit - zu Recht - im Zivilrecht eine andere Lesart als im Arbeitsrecht!

Dies könnte hier einschlägig sein, da der AG dem AN in dem maßgeblichen Zeitraum keine vertragsgemäße Arbeit zuwies.

Diese Bestimmung kommt zur Anwendung, **wenn sich der Gläubiger bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht im Annahmeverzug befand.**

<sup>11</sup> MüKoBGB/Ernst, § 326, Rn. 74.

<sup>12</sup> BeckOK BGB/Baumgärtner, § 615, Rn. 4; MüKoBGB/Henssler, § 615, Rn. 8; ErfK/Preis/Greiner, 25. Aufl., BGB, § 615, Rn. 7; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 42.

<sup>13</sup> Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, S. 31.

<sup>14</sup> Vgl. BAGE 154, 100 = jurisbyhemmer; ErfK/Preis/Greiner, BGB, § 615, Rn. 2; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 9.

<sup>15</sup> BeckOGK/Bieder, Stand 1. Juli, 2022, BGB, § 615, Rn. 8; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 2, 9; MHD ArbR/Tillmanns, Bd. 1, § 76, Rn. 8.

<sup>16</sup> MüKoBGB/Henssler, § 615, Rn. 8; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 43.

<sup>17</sup> BeckOK BGB/Baumgärtner, § 615, Rn. 4; Grüneberg/Weidenkaff, 83. Aufl., BGB, § 615, Rn. 4; MHD ArbR/Tillmanns, Bd. 1, § 76, Rn. 6; Soergel/Gsell, 13. Aufl., BGB, § 326, Rn. 73; Soergel/Kraft, 12. Aufl., BGB, § 615, Rn. 4 f.

<sup>18</sup> Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 1.

<sup>19</sup> Die Formulierung „weit überwiegend“ ist gewählt worden, um Fälle zu erfassen, bei denen im Anwendungsbereich des § 254 BGB die „weit“ überwiegende Verantwortlichkeit der Alleinverantwortlichkeit gleichgestellt wird.

<sup>20</sup> Zuletzt BGH, **Life&LAW 10/2024, 649 (654 f.)** = BGH, NJW-RR 2024, 862 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2024, 1568 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>21</sup> BAG, **Life&LAW 04/2022, 235 ff.** = NJW 2022, 560 ff. (m. Anm. Marski) = NZA 2022, 182 ff. = jurisbyhemmer.

Dies kommt beispielsweise in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis nicht erfüllbar war<sup>22</sup>, ein Fall des § 297 BGB gegeben war<sup>23</sup> oder der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung entgegen §§ 294 ff. BGB nicht angeboten hatte.<sup>24</sup> In diesen Fällen fehlt es an einer tatbestandlichen Schnittmenge mit § 615 BGB.<sup>25</sup>

Allein die **Nichtbeschäftigung des AN** über einen längeren Zeitraum und die sich daran anschließende **längere Arbeitsunfähigkeit** ist für die Annahme, der AG sei für die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend verantwortlich, **nicht ausreichend**. Weitere Umstände, die eine solche Verantwortlichkeit des AG begründen, liegen nicht vor. § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB ist folglich nicht gegeben.

**Anmerkung:** Das BAG hat anders als das LAG hierzu wenig ausgeführt, da die Vorschrift – wie sich gleich zeigt – von den spezielleren Anspruchserhaltungsregelungen verdrängt wird. Die Berufungsinstanz<sup>26</sup> hat zu § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB weitergehend ausgeführt und begründet, weshalb es eben keine zumindest überwiegende Verantwortlichkeit des AG an der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gab. Es stand – so das LAG – nicht fest, ob die Arbeitsunfähigkeit des AN eingetreten ist, weil ihn der AG zuvor nicht bzw. kaum beschäftigt hat. Dies geht zu Lasten des AN, da es sich bei der Anspruchserhaltungsvorschrift des § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB um eine für den AN günstige Vorschrift handelt und dieser daher nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet ist. Sofern also im Sachverhalt – so wie hier – wenige bis keine Informationen für die Subsumtion des Tatbestandsmerkmals („allein oder überwiegend verantwortlich“) gegeben sind, sollte nach den allgemeinen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast zulasten der beweisbelasteten Partei argumentiert werden.

#### dd) Verhältnis von § 615 S. 1 BGB zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB

Die tatbestandlichen Anforderungen beider Vorschriften überlappen sich, weil **jeweils Annahmeverzug Tatbestandsvoraussetzung** ist.

§ 615 S. 1 BGB entspricht in seiner Wertung § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB, hat aber gleichwohl einen eigenständigen Regelungsinhalt. Die letztgenannte Regelung ist **auf Sachleistungen zugeschnitten**.<sup>27</sup> Sie weist dem Gläubiger zudem noch die Risiken zu, die erst aus zusätzlichen, außerhalb der Gläubigersphäre liegenden Umständen drohen.<sup>28</sup>

Bei **§ 615 S. 1 BGB** geht es dagegen um den Fall, **dass die angebotene, aber nicht angenommene Arbeitsleistung** nach den konkreten Umständen oder Zwecken **nicht nachgeholt werden kann**.<sup>29</sup>

Im Verhältnis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist **§ 615 S. 1 BGB daher die speziellere Norm**.<sup>30</sup>

Für diesen Ansatz sprechen auch die **Existenz des § 616 BGB sowie § 3 EFZG**: Die Verdrängung des § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB durch die spezielleren Regelungen des Dienstvertragsrechts ergibt sich nämlich auch daraus, dass dort für den Eintritt der Unmöglichkeit infolge Arbeitsunfähigkeit in § 616 BGB eine besondere Regelung getroffen worden ist. Für Arbeitsverhältnisse gilt insoweit noch spezieller § 3 EFZG. **Beide Vorschriften gehen der allgemeinen Regelung in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB vor** („*lex specialis derogat legi generali*“).

Im Dienstvertragsrecht regelt **§ 616 BGB** einen besonderen Fall der Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Dienstverpflichteten, die von einem **in seiner Person liegenden Hinderungsgrund** ausgeht.

In diesem Fall erhält § 616 S. 1 BGB dem Dienstverpflichteten den Anspruch auf die Gegenleistung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit aufrecht. § 616 S. 1 BGB beruht auf sozialpolitischen Erwägungen.<sup>31</sup>

Die Vorschrift durchbricht für die Fälle, in denen weder den Dienstverpflichteten noch den Dienstberechtigten ein Verschulden an der vorübergehenden Verhinderung trifft, die Grundregel des § 326 II S. 1 BGB. So soll dem Dienstverpflichteten die wirtschaftliche Existenzgrundlage gesichert werden, auch wenn das Leistungshindernis in seiner Person entstanden ist.

<sup>22</sup> Vgl. BAGE 152, 213 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>23</sup> Vgl. BAGE 152, 327 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>24</sup> BAGE 154, 100 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>25</sup> BeckOGK/Bieder, BGB, § 615, Rn. 6.

<sup>26</sup> LAG Köln, BeckRS 2023, 52234.

<sup>27</sup> Canaris, FS Prölss 2009, S. 21, 25 unter Verweis auf Motive zum BGB, 1888, Bd. 2, S. 68 f.; Picker, JZ 1985, 693, 698 zur Vorgängerregelung in § 324 II BGB a.F.

<sup>28</sup> Picker, JZ 1985, 693, 698.

<sup>29</sup> Picker, JZ 1985, 693, 699; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 43.

<sup>30</sup> MüKoBGB/Ernst, § 326, Rn. 74; im Ergebnis, ohne allerdings genau zwischen den beiden Alternativen des § 326 II S. 1 BGB zu differenzieren, Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. A 33; MHB ArbR/Tillmanns, Bd. 1, § 76, Rn. 6.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 258; BAG, BAGE 8, 314 = [jurisbyhemmer](#); BGH, BGHZ 21, 112 = [jurisbyhemmer](#); BeckOGK/Bieder, BGB, § 616, Rn. 2; MüKoBGB/Henssler, § 616, Rn. 2; Staudinger/Oetker, BGB, § 616, Rn. 11 ff.

Dem Dienstberechtigten wird hierdurch die Vergütungsgefahr zugewiesen, jedoch ausdrücklich begrenzt für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“. § 616 BGB gilt auch während des Annahmeverzugs. Der Anspruch auf Annahmeverzugslohn endet, wenn der Dienstverpflichtete aus einem in seiner Person liegenden Grund verhindert ist, die Dienstleistung zu erbringen. In diesem Fall ist er außerstande, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB).

Abweichend von der Regelung des allgemeinen Schuldrechts in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB hat der Dienstverpflichtete in diesem Fall aber keinen zeitlich unbegrenzten Anspruch auf die Gegenleistung, sondern nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit.

Für Arbeitsverhältnisse enthält § 3 EFZG eine entsprechende Ausnahme von § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB. Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, sieht § 3 I EFZG im Hinblick auf die sozioökonomische Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis einen auf sechs Wochen zeitlich begrenzten Anspruch auf Entgeltfortzahlung vor.<sup>32</sup> Auch hier wird dem Arbeitgeber die Vergütungsgefahr nur für einen begrenzten Zeitraum zugewiesen.

§ 616 BGB und § 3 EFZG regeln also speziell für Dienst- und Arbeitsverhältnisse die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung wegen Arbeitsunfähigkeit - auch wenn sie während des Annahmeverzugs eintritt - abschließend. Sie verdrängen insoweit die Regelung des allgemeinen Schuldrechts in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB.

Vorliegend ist dem AN wegen Arbeitsunfähigkeit die Erbringung der Arbeitsleistung aus dem Arbeitsvertrag unmöglich, sodass nach den vorgenannten Maßstäben die Anspruchserhaltungsvorschrift des § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB keine Anwendung findet.

**Anmerkung:** Nach dem Bearbeitungshinweis ist der Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall nach § 3 I EFZG nicht zu prüfen. Es handelt sich bei dieser Vorschrift nach der h.M. um eine eigenständige Anspruchgrundlage und nicht um eine Anspruchserhaltungsvorschrift. In dem Originalfall hat der AN einen Antrag auf Entgeltfortzahlung - selbst nach einem Hinweis des Gerichts (§ 139 I ZPO) - nicht gestellt. Dem Gericht war es nach § 308 I S. 1 ZPO („ne ultra petita“) daher verwehrt, darüber zu entscheiden. Bemerkenswert insoweit ist, dass das Arbeitsgericht in den Entscheidungsgründen ausführte, dass dem AN ein solcher Anspruch zusteht, dieser Anspruch aber mangels konkreten Antrags nicht tenoriert wurde.

<sup>32</sup> Vgl. BAGE 180, 33 = [jurisbyhemmer](#).

*Da der Tenor der maßgebliche Teil des Urteils und als Basis für die später möglicherweise beabsichtigte Vollstreckung des Urteils notwendig ist, war dies von Bedeutung. Verwunderlich ist es, wieso der AN eine Antragsanpassung nicht vorgenommen hat.*

## b) Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob zugunsten des AN die dem § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB gegenüber speziellere Anspruchserhaltungsvorschrift des § 615 S. 1 BGB eingreift. Hierzu müsste der AG im Annahmeverzug gewesen sein (§§ 293 ff. BGB).

Annahmeverzug des AG würde jedoch ausscheiden, wenn AN nach § 297 BGB außerstande war, die Arbeitsleistung zu erbringen.

Dabei ist es unerheblich, ob das Unvermögen auf tatsächlichen oder rechtlichen Umständen beruht bzw. AN leistungsunwillig war.

**Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit** des AN sind vom Leistungsangebot des AN bzw. dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen.<sup>33</sup> Der leistungsunwillige AN setzt sich nämlich selbst außerstande, die Arbeitsleistung zu bewirken, was nach gefestigter Rechtsprechung des BAG einen Fall des § 297 BGB darstellt.<sup>34</sup>

**Anmerkung:** Wenn sich der AN einer arbeitgeberseitigen Anordnung zur Unterziehung eines Corona-Tests verweigert und weiterarbeiten will, liegt nach BAG mangels Leistungswilligkeit kein Annahmeverzug vor.<sup>35</sup> Die Anordnung des AG, PCR-Tests auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 durchzuführen, war nach dem Direktionsrecht nach § 618 I BGB i.V.m. § 106 S. 1, S. 2 GewO rechtmäßig, obwohl es über die damaligen arbeitschutzrechtlichen Mindestanforderungen hinausging. Es entsprach – so das BAG – dennoch billigem Ermessen.

<sup>33</sup> BAG, NZA 2022, 1395 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>34</sup> **Hinweis für Referendare:** Weil AG bei der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit oder die Leistungsunwilligkeit eine Einwendung erhebt, trägt er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der AN im Streitzeitraum zur Leistung objektiv außerstande oder subjektiv nicht bereit war. Dazu reicht es zunächst aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf die Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden kann.

<sup>35</sup> BAG, NJW 2022, 3528 ff. m. Anm. Marski = [jurisbyhemmer](#).

*Da beim Direktionsrecht aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffs „billiges Ermessen“ im Rahmen des § 106 S. 1 GewO wegen der **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte** eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechte im Rahmen der praktischen Konkordanz vorgenommen werden muss, sind diese Fallkonstellationen für Prüfungsämter oftmals eine echte „Vorlage“. Hier waren die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 II S. 1 GG sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I, 1 I GG in den Blick zu nehmen. Ausnahmsweise war hier keine Abwägung mit Grundrechten der Arbeitgeberseite vorzunehmen (oftmals Art. 12 I GG), da der hier **öffentlich-rechtliche AG nicht Grundrechtsträger** (sondern nur grundrechtsverpflichtet) war. In diesem Fall war nur die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Rechte des AN zu prüfen.*

Der AN war im maßgeblichen Zeitraum arbeitsunfähig. Er war daher aufgrund der Arbeitsunfähigkeit außerstande, die Leistungshandlung zu erbringen.

Die Voraussetzung des Annahmeverzugs und damit des § 615 S. 1 BGB liegen daher wegen § 297 BGB nicht vor.

## II. Ergebnis

AN hat gegen den AG in der Zeit vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 daher keinen Anspruch auf Lohnzahlung nach § 611a II i.V.m. § 615 S. 1 BGB.

## D) Kommentar

**(dma).** Das BAG hat die Entscheidung sorgfältig begründet.

Was auch vorher schon durch allgemeine Grundsätze aus dem Annahmeverzugsrecht klar war („Unmöglichkeit bricht Annahmeverzug“), ist jetzt im arbeitsrechtlichen Kontext durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung klargeworden: Wenn der AN arbeitsunfähig ist und ihm damit die für das Bestehen des Annahmeverzugs notwendige Leistungsfähigkeit fehlt, kann ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB nicht gegeben sein.

Hier liegt dann ein „klassischer Fall“ des Unvermögens nach § 297 BGB vor.

Darüber hinaus hat das BAG das Verhältnis zwischen § 615 S. 1 BGB und § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB geklärt. Beide Vorschriften enthalten „Annahmeverzug“ als tatbestandliche Voraussetzung. Die zweitgenannte Vorschrift stellt aber bereits systematisch die allgemeinere Vorschrift dar und tritt

damit hinter der spezielleren Vorschrift des § 615 S. 1 BGB zurück.

An sich wäre – so wie es das Arbeitsgericht im Rahmen der ersten Instanz in den Entscheidungsgründen ausgeführt hatte – ein Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall nach § 3 I EFZG denkbar. Dieser muss aber im Prozess nach § 308 I ZPO von dem AG auch beantragt werden, was hier ersichtlich nicht passierte. Jedenfalls gilt nun: Wenn keine der spezielleren Vorschriften wie §§ 615 S. 1, 616 BGB oder § 3 I EFZG einschlägig ist, dann greift die allgemeine Vorschrift des § 326 II S. 1 BGB nicht, sofern der Dienstverpflichtete bzw. AN arbeitsunfähig ist.

### Zusammenfassung zum Verhältnis von § 326 II BGB zu § 615 BGB

**1. Fall:** AG ist annahmewillig und der Zeitablauf begründet aufgrund des Fixschuldcharakters die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

⇒ Annahmeverzugslohn gem. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da § 615 S. 1 BGB lex specialis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist!

**2. Fall:** Vom AG und vom AN unverschuldete Unmöglichkeit, die aber zum Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko des AG gehört

⇒ AN erhält Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 3 BGB i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da § 615 S. 3 BGB lex specialis zu § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB ist!

**3. Fall:** Verschuldete Annahmewilligkeit des AG (bloße Verantwortlichkeit nach Risikosphären reicht nach BAG nicht aus, weil der Gesetzgeber in diesem Fall § 615 S. 3 BGB als „lex specialis“ vorgesehen hat)

⇒ AN hat Anspruch auf Lohnfortzahlung nach §§ 326 II S. 1 Alt. 1, 611a II BGB!

⇒ kein Fall des Annahmeverzugs nach § 615 S. 3 BGB i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da die Lehre vom Betriebsrisiko nach Ansicht des BAG nicht bei einer verschuldeten Betriebsstörung gilt!

**4. Fall:** Unverschuldeter Arbeitsausfall, der nicht zum Betriebsrisiko des AG gehört

⇒ kein Lohnanspruch wegen § 326 I S. 1 BGB, wenn kein anderer Fall einer Lohnfortzahlung besteht (z.B. § 3 I S. 1 EFZG oder § 616 BGB)!

## E) hemmer-background

Der **hemmer-background** befasst sich – passend zu der Entscheidung – mit der Entscheidung des **BAG, Urt. v. 15.01.2025 – 5 AZR 135/24, NZA 2025, 634 ff. = jurisbyhemmer.**

## I. Sachverhalt

AN ist seit drei Jahren im Betrieb der AG, die 35 Arbeitnehmer beschäftigt, als Angestellte in Teilzeit mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 28 Stunden angestellt.

Am 27.11.2020 kündigte die AG das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2021 und bot der AN unter anderem an, ab dem 01.04.2021 die Arbeitszeit von 28 auf 15 Stunden pro Woche zu reduzieren. Dies hätte zur Folge, dass der zu erzielende Nettoverdienst dann unterhalb der Schwelle von Arbeitslosengeld I liegt.

Die AN lehnte das Änderungsangebot ab und erhob gegen die Kündigung erfolgreich Kündigungsschutzklage.

Im Mai 2021 sprach die AG eine außerordentliche fristlose verhaltensbedingte Kündigung aus.

Im September 2022 bot sie der AN eine Prozessbeschäftigung zu den Bedingungen des Änderungsangebots von 2021 an. Auch dieses Angebot lehnte die AN ab. Auch gegen die zweite Kündigung wendete sich die AN erfolgreich mit einer Kündigungsschutzklage.

In der Zeit vom 01.04.2021 bis zum 14.02.2023 war die AN arbeitssuchend gemeldet und erhielt Arbeitslosengeld. Sie bewarb sich ohne Erfolg auf mehrere Stellenvorschläge der AG, der Bundesagentur für Arbeit (BA) sowie eigenständig.

**Hat AN gegen AG Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023?**

## II. Lösung

Die AN könnte gegen die AG einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 haben.

### 1. Anspruch entstanden

Da die Parteien einen wirksamen Arbeitsvertrag geschlossen haben (§§ 611a I, 145, 147 BGB) und rechtshindernde Einwendungen nicht ersichtlich sind, ist der Anspruch der AN auf Lohnzahlung nach § 611a II BGB zunächst entstanden.

#### a) Anspruch nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB erloschen

Da die AN in dem Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 allerdings nicht arbeitete, die Arbeitsleistung wegen des „absoluten Fixschuldcharakters“ nicht nachgeholt werden kann und damit nach § 275 I BGB unmöglich geworden ist, erlischt

der Lohnanspruch nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“.

#### b) Anspruchserhaltung wegen Annahmeverzugs nach § 615 S. 1 BGB

Die AN könnte den Lohnanspruch allerdings nach § 615 S. 1 BGB erhalten, wenn die AG im Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 im Annahmeverzug mit der Arbeitsleistung der AN war, vgl. §§ 293 ff. BGB.

##### aa) Angebot der AN

Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

##### (1) Grds. tatsächliches Angebot, § 294 BGB

Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung grundsätzlich tatsächlich anbieten, § 294 BGB.

Daran fehlt es im vorliegenden Fall, da die AN nicht zur Arbeit erschienen ist.

##### (2) Ausnahmsweise ist ein wörtliches Angebot ausreichend, § 295 BGB

Steht - wie hier - die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im Streit, genügt nach § 295 BGB ein wörtliches Angebot der AN, weil die Arbeitgeberin mit der Berufung auf das Ende des Arbeitsverhältnisses erklärt, sie werde keine weitere Arbeitsleistung mehr annehmen.

Das wörtliche Angebot der AN ist hier darin zu sehen, dass sie gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Kündigungsschutzklage erhoben hat.<sup>36</sup>

##### (3) Entbehrlichkeit des Angebots, § 296 BGB

Für die Zeit vor der Zustellung der Kündigungsschutzklage wäre die AG nur dann im Annahmeverzug, wenn das wörtliche Angebot der AN nach § 296 BGB ganz entbehrlich gewesen wäre.

Die Entbehrlichkeit des Angebots bejaht das BAG in gefestigter Rechtsprechung dann, **wenn eine unwirksame Arbeitgeberkündigung vorliegt**.<sup>37</sup>

In der Kündigung liegt nach Ansicht des BAG zugleich die Erklärung des Arbeitgebers, er werde die Leistung nicht annehmen.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> BAG, NZA 2013, 101 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>37</sup> BAG, NJW 2013, 2460 f. = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2012, 858 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>38</sup> BAG, NZA 2018, 646 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Aufgrund der unwirksamen Kündigung(en) der AG war sogar ein wörtliches Angebot der AN nach § 296 BGB entbehrlich, sodass die AG auch schon für die Zeit vor Zustellung der Kündigungsschutzklage(n) in Annahmeverzug geraten sein könnte.

**hemmer-Methode:** Außer im Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung ist das Angebot des Arbeitnehmers nur noch dann entbehrlich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung einseitig und damit vertragswidrig freigestellt hat.

### bb) Unvermögen der AN, § 297 BGB

Anhaltspunkte für fehlende Leistungsfähigkeit oder Leistungswillen liegen nicht vor, sodass kein Unvermögen der AN nach § 297 BGB vorliegt.

**Zwischenergebnis:** Die AG befand sich daher mit der Annahme der Arbeitsleistung im Verzug.

## 2. Kürzung des Annahmeverzugslohnes durch Anrechnung gem. § 11 Nr. 2 KSchG

Fraglich ist, ob die Weigerung der AN, während des Kündigungsschutzprozesses bei der AG weiterzuarbeiten, zur **Anrechnung wegen böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes** nach § 11 Nr. 2 KSchG führt.

Da im Streitzeitraum nach der rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts das Arbeitsverhältnis fortbestanden hat und das Kündigungsschutzgesetz gem. §§ 1 I, 23 I S. 3 KSchG anwendbar ist, richtet sich die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG und nicht nach dem weitgehend inhaltsgleichen § 615 S. 2 BGB.<sup>39</sup>

**Anmerkung:** Gegenüber § 615 S. 2 BGB stellt § 11 KSchG eine Spezialvorschrift dar. Sie greift allerdings nur bei Anwendbarkeit des KSchG und auch nur für den Zeitraum ein, der **nach** der beabsichtigten Entlassung liegt (vgl. Wortlaut: ... „für die Zeit nach der Entlassung“ ...).

§ 11 KSchG ist im Geltungsbereich des KSchG demnach „lex specialis“ für die:

- **sozialwidrige ordentliche Kündigung** für die Zeit nach beabsichtigter Entlassung, d.h. nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist;
- **unwirksame außerordentliche Kündigung**, § 13 I S. 5 KSchG und
- **die sittenwidrige Kündigung**, § 13 II KSchG.

### a) Voraussetzung für böswillig unterlassenen Verdienst

Ein AN unterlässt böswillig i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme bewusst verhindert.

Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen.<sup>40</sup>

### b) Hier lag mangels Zumutbarkeit für AN kein Fall des böswilligen Unterlassens vor

Die AG bot der AN an, ab dem 01.04.2021 die Arbeitszeit von 28 auf 15 Stunden pro Woche zu reduzieren. Fraglich ist, ob dieses Angebot zumutbar i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG ist.

Die Zumutbarkeit beurteilt sich insbesondere nach der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen. Es ist jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln, inwieweit eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen z.B. nach der Art der Tätigkeit, der Arbeitszeit, des Ortes der anderweitigen Beschäftigung oder der Person des AG sowie hinsichtlich des Verdienstes hinnehmbar ist. **Eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen muss der AN aber grundsätzlich nicht hinnehmen.**<sup>41</sup>

Inwieweit AN eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen hinsichtlich der Art, der Arbeitszeit und des Ortes der anderweitigen Beschäftigung sowie des Verdienstes hinnehmen muss, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. **Die Unzumutbarkeit der Arbeit folgt nicht allein schon aus einem geringeren Verdienst** bei einer anderweitigen Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber.<sup>42</sup> Entsprechendes gilt für eine Tätigkeit bei dem bisherigen AG, der mit Ausspruch einer Änderungskündigung die Fortsetzung derselben oder einer anderen Arbeit zu einer **geringeren Vergütung** anbietet.<sup>43</sup>

Jedenfalls ist eine Tätigkeit, bei welcher der zu erzielende **Nettoverdienst unter dem Arbeitslosengeld I** liegt, während des Bezugszeitraums dieser Leistung **nicht als zumutbar** anzusehen.

<sup>39</sup> BAG, NZA 2024, 685 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>40</sup> BAG, NZA 2021, 1324 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>41</sup> BAG, NZA 2024, 685 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>42</sup> BAG, NZA 2024, 685 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>43</sup> BAG, BeckRS 2022, 10697 = [jurisbyhemmer](#).

Dies gilt auch – wie hier – im Fall der Änderungskündigung. Weder erfordert die Rücksichtnahme auf den im Annahmeverzug befindlichen Arbeitgeber die Aufnahme einer solchen Tätigkeit, noch handelt AN vorwerfbar, wenn er sich für den Bezug der ihn besserstellenden öffentlich-rechtlichen Leistung entscheidet.

Schließlich besteht auch für ihn ein Prozessrisiko im Kündigungsschutzverfahren und damit die Ungewissheit, ob ihm später Vergütungsnachzahlungen unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zustehen werden.<sup>44</sup>

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen war es der AN nicht zuzumuten, trotz der beiden Kündigungen während des Kündigungsschutzprozesses bei AG unter den genannten Bedingungen weiterzuarbeiten.

Das Änderungsangebot der AG umfasste eine Absenkung der Arbeitszeit von 28 auf 15 Stunden pro Woche, was mit damit verbundener Absenkung des Nettoverdienstes unterhalb der Schwelle des Arbeitslosengeldes I verbunden wäre. Dieses Änderungsangebot stellt eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen dar.

**Ergebnis:** Die AN ist daher nicht böswillig untätig geblieben, sodass keine Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG erfolgt.

### 3. Ergebnis

Die AN hat gegen die AG einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023.

## F) Wiederholungsfrage

- **Wie grenzt man § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB von § 615 S. 1 BGB ab?**

Beide Vorschriften setzen Annahmeverzug des AG voraus und überlappen sich insoweit. § 615 BGB entspricht in seiner Wertung § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB, hat aber gleichwohl einen eigenständigen Regelungsinhalt. § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist auf Sachleistungen zugeschnitten. Die Vorschrift weist dem Gläubiger zudem noch die Risiken zu, die erst aus zusätzlichen, außerhalb der Gläubigersphäre liegenden Umständen drohen. Bei § 615 BGB geht es dagegen um den Fall, dass die angebotene, aber nicht angenommene Arbeitsleistung nach den konkreten Umständen oder Zwecken nicht nachgeholt werden kann.

Im Verhältnis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist § 615 BGB die speziellere Norm. Dies ist bereits aus der systematischen Stellung der Vorschrift im besonderen Schuldrecht zu erkennen.

## G) Zur Vertiefung

### Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 615 S. 1, 611a II BGB

- Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 433 ff.

<sup>44</sup> BAG, NZA 2024, 685 = jurisbyhemmer.

BGH, Beschluss vom 27.03.2025, I ZB 68/24, GRUR 2025, 947 ff. = [jurisbyhemmer](#)

## 4 Begrenzter Prüfungsumfang vor Erlass eines zweiten Versäumnisurteils und bei der Berufung hiergegen verletzt nicht das Unionsrecht

+++ Einspruch gegen Versäumnisurteil (nachfolgend: VU) +++ Prüfungsumfang vor Erlass eines zweiten VU +++ Berufung gegen ein zweites VU +++ Gesetzlicher Richter +++ Unionsrecht +++ §§ 345, 514 II ZPO +++ Art. 101 GG, Art. 267 AEUV +++

**Sachverhalt (etwas verdeutlicht):** K verklagt B vor dem örtlich und sachlich zuständigen Landgericht auf Rückzahlung von verlorenen Einsätzen i.H.v. 11.000,- €, die er bei Online-Glücksspielen des in Malta ansässigen B getätigt hatte.

Da im Termin zur mündlichen Verhandlung für B niemand erschienen ist, hat das Landgericht auf Antrag des K ein Versäumnisurteil gegen B erlassen. Hiergegen legte B Einspruch ein. In dem aufgrund des zulässigen Einspruchs daraufhin anberaumten Verhandlungstermin ist für B erneut niemand erschienen. Das Landgericht hat auf Antrag des K den Einspruch durch ein zweites Versäumnisurteil verworfen.

Gegen das zweite Versäumnisurteil legt B Berufung ein und begründet diese damit, dass dem K der geltend gemachte Anspruch nicht zustehe, weil das Verbot von Glücksspielen im Internet nach § 4 IV GlüStV (Glücksspielstaatsvertrag) mit Unionsrecht unvereinbar sei. Dies hätte vom Gericht vor dem Erlass des zweiten Versäumnisurteils geprüft werden müssen. Wenn das nationale Recht dies nicht vorsehe, sei dies nicht mit dem Unionsrecht zu vereinbaren.

Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen, weil diese von B nicht damit begründet wurde, dass kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe.

Gegen diesen Zurückweisungsbeschluss legt B Rechtsbeschwerde ein.

**Ist die Rechtsbeschwerde des B zulässig?**

**Hinweis:** Auf §§ 522 I S. 4, 574, 577 ZPO wird hingewiesen!

### A) Sound

1. Die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I S. 2 GG ist nicht verletzt, wenn ein Gericht vor Erlass eines zweiten VU aufgrund des Unterbleibens einer erneuten Schlüssigkeitsprüfung nicht eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union gem. Art. 267 AEUV einholt.

2. Unter Berücksichtigung der bereits ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unterliegt es keinem Zweifel, dass der nach §§ 345, 514 II S. 1 ZPO begrenzte Prüfungsumfang gegenüber einem Gewerbetreibenden auch dann angewendet werden darf, wenn die Sachentscheidung, die dann nicht mehr zu überprüfen ist, gegen das Unionsrecht verstieße.

### B) Problemaufriss

Den prozessualen Aufhänger des Falles bildet eine Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss, mit dem eine Berufung als unzulässig verworfen wird, vgl. § 522 I S. 2 und S. 3 ZPO. Gegen diesen Zurückweisungsbeschluss findet gem. § 522 I S. 4 ZPO die Rechtsbeschwerde statt, § 574 I Nr. 1 ZPO. Über diese entscheidet nach § 133 GVG der BGH.

Inhaltlich geht es um einen absoluten Klassiker der ZPO: Was ist der Prüfungsumfang vor Erlass eines (technisch) zweiten VU und mit welcher Begründung kann hiergegen Berufung eingelegt werden?

Da sich der BGH in diesem Urteil überwiegend mit der Frage befasst, ob dieser Prüfungsumfang mit dem Unionsrecht vereinbar ist, soll zunächst in einem ausführlichen Problemaufriss diese Frage des Prüfungsumfangs dargestellt werden.

## I. Einspruch gegen ein VU, §§ 338 ff. ZPO

Der Partei, gegen die ein VU erlassen wurde, steht nach § 338 ZPO der Einspruch zu. Diese sog. „Statthaftigkeit“ sowie die Einhaltung der Form des § 340 ZPO und der Einspruchsfrist des § 339 ZPO sind gem. § 341 I S. 1 ZPO von Amts wegen zu prüfen.

Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch nach § 341 I S. 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

Ist der Einspruch zulässig, so ist nach § 341a ZPO ein Termin zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache zu bestimmen. Der Prozess wird dabei gem. § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand, sodass das Gericht die Zulässigkeit und die Begründetheit der Klage zu prüfen hat.

**hemmer-Methode:** Die Prüfung der Begründetheit des Einspruchs wäre ein grober Fehler und würde im Examen auch entsprechend negativ bewertet! Aufgrund der Rückversetzungswirkung des § 342 ZPO gibt es – anders als bei der Berufung – keine erstinstanzliche Entscheidung des Gerichts, die auf ihre Richtigkeit überprüft wird.

**Anmerkung:** Sollte im Bearbeitungsvermerk der Klausur nach den Erfolgsaussichten des Einspruchs gefragt sein, so lautet das Kurzschema:

1. Zulässigkeit des Einspruchs
2. Zulässigkeit der Klage
3. Begründetheit der Klage.

Zu Beginn der Klausur müssen Sie einen Obersatz formulieren, dessen Inhalt davon abhängig ist, ob der Kläger oder der Beklagte Einspruch eingelegt hat. Ziel des Einspruches ist die Aufhebung des Versäumnisurteils.

Beim klageabweisenden **VU gegen den Kläger (§ 330 ZPO)** lautet der Obersatz: „Der Einspruch hat Aussicht auf Erfolg, wenn dieser zulässig und die Klage zulässig und begründet ist“.

Beim **VU gegen den Beklagten (§ 331 ZPO)** wurde dieser antragsgemäß in der Sache verurteilt. Daher lautet der Obersatz: „Der Einspruch hat Aussicht auf Erfolg, wenn dieser zulässig und die Klage entweder unzulässig oder unbegründet ist“.

Im Endergebnis der Klausur lautet der **Schlussatz** je nachdem, ob der Einspruch erfolgreich war oder nicht, wie folgt: „Da der Einspruch keinen Erfolg hat, bleibt das Versäumnisurteil gem. § 343 S. 1 ZPO aufrechterhalten.“

Hat der Einspruch Erfolg, lautet der **Schlussatz** beim Einspruch des Klägers: „Das Versäumnisurteil wird gem. § 343 S. 2 ZPO aufgehoben und der Beklagte verurteilt, an den Kläger xy zu leisten.“

Beim erfolgreichen Einspruch des Beklagten lautet der **Schlussatz**:

„Da der Einspruch Erfolg hat, wird das Versäumnisurteil gem. § 343 S. 2 ZPO aufgehoben und die Klage abgewiesen.“

Dieses Handwerkszeug wird von Ihnen bereits im Ersten Staatsexamen regelmäßig erwartet.<sup>1</sup>

### Hinweis für Referendare:

Von entscheidender Bedeutung ist die Tenorierung bzw. der Antrag. Hierzu kann man sich an den obigen Obersätzen orientieren. Fehler in diesem Bereich wiegen schwer, weshalb hier besondere Sorgfältigkeit an den Tag gelegt werden muss.

## II. Zweites VU bei (Ketten)Säumnis im Einspruchstermin, § 345 ZPO

Ist die Partei, die gegen ein Versäumnisurteil Einspruch eingelegt hat, im Einspruchstermin erneut säumig (sog. „Kettensäumnis“, zweimal unmittelbar nacheinander)<sup>2</sup>, so wird ihr Einspruch durch ein sog. technisch zweites Versäumnisurteil verworfen, § 345 ZPO.

**Anmerkung:** Der Begriff „technisch“ zweites VU soll verdeutlichen, dass es nicht der Zahl nach ein zweites VU ist, es sich also nicht um ein mathematisch, sondern um ein rechtstechnisch zweites VU handelt.

Wird im Einspruchstermin verhandelt und ist der Einsprechende in einem darauffolgenden Termin erneut säumig, kann – mangels Vorliegens einer Kettensäumnis – kein zweites VU ergehen.

Entweder beantragt die erschienene Partei erneut ein (technisch erstes) VU, gegen das wiederum der Einspruch statthaft ist<sup>3</sup>, oder es wird gem. § 331a S. 1 HS 1 ZPO eine Entscheidung nach Aktenlage beantragt, da ja bereits einmal mündlich verhandelt wurde, vgl. §§ 331 S. 2, 251a II S. 1 ZPO. Gegen ein Urteil nach § 331a ZPO ist nicht der Einspruch (§ 338 ZPO), sondern die Berufung (§ 511 ZPO) statthaft.<sup>4</sup>

Gegen ein zweites VU steht der Partei, gegen die es erlassen wurde, kein weiterer Einspruch zu.

Er kann lediglich mit dem Rechtsmittel der Berufung geltend machen, dass ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe, § 514 II S. 1 ZPO.

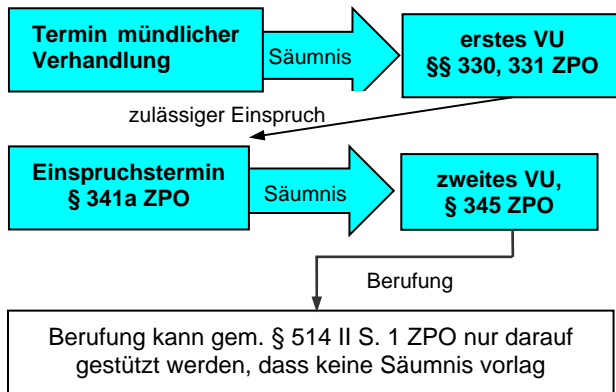
<sup>1</sup> Vgl. zuletzt bspw. Bayerisches Erstes Staatsexamen, Aufgabe 1, 2022-I mit Kurzlösung in **Life&LAW 06/2022**, 394 ff. sowie Aufgabe 1, 2023-I mit Kurzlösung in **Life&LAW 06/2023**, 380 ff.

<sup>2</sup> **Hinweis:** Dies gilt auch bei Säumnis in der Sitzung, auf die die mündliche Verhandlung gem. §§ 335 II, 337 ZPO verlagert wurde.

<sup>3</sup> Vgl. BAG, NZA 2008, 1205 ff. = **jurisbyhemmer**; Musielak/Voit/Stadler, 22. Aufl. 2025, ZPO, § 345, Rn. 2.

<sup>4</sup> Anders/Gehle/Anders, 83. Aufl. 2025, ZPO, § 331a, Rn. 15.

**Anmerkung:** Die Berufung gegen ein technisch zweites VU ist stets statthaft. Auf die Voraussetzungen des § 511 II ZPO kommt es wegen § 514 II S. 1 ZPO nicht an!



### III. Prüfungsumfang vor dem Erlass eines (technisch) zweiten VU

Fraglich und umstritten ist, was das Prozessgericht vor Erlass des zweiten „VU“ prüfen muss.

#### 1. Vorliegen einer unentschuldigten „Kettensäumnis“

Ein (technisch) zweites VU kann nur ergehen, wenn dieselbe Partei im Einspruchstermin nach § 341a ZPO erneut säumig ist.

Der Einspruchstermin ist der erste Termin zur mündlichen Verhandlung nach dem Einspruch, sodass ein Fall der sog. „Kettensäumnis“ vorliegen muss. Der Einspruchstermin kann auch eine Videoverhandlung nach § 128a ZPO sein, die der mündlichen Präsenzverhandlung gleichgestellt ist.<sup>5</sup>

Der Säumnisbegriff ist derselbe wie in den §§ 330, 331 ZPO, sodass auch ein Nichtverhandeln zur Säumnis führt, § 333 ZPO.

**hemmer-Methode:** Verhandeln ist jede aktive, handelnde Teilnahme vor dem Prozessgericht im Termin und setzt nach h.M. die Stellung eines Antrages nach § 297 ZPO voraus. Dabei muss es sich i.d.R. um einen Sachantrag handeln. Das Stellen von Prozessanträgen ist nur dann Verhandeln i.S.v. § 333 ZPO, wenn diese streitgegenstandsbezogen sind (z. B. Beweisanträge) oder auf Klageabweisung zielen.<sup>6</sup>

Ein technisch zweites VU ergeht nur **auf Antrag** der anwesenden Partei.<sup>7</sup>

Im Übrigen dürfen keine Hinderungsgründe nach §§ 335, 337 ZPO vorliegen.<sup>8</sup>

#### 2. Erneute Prüfung von Zulässigkeit und ggfs. Schlüssigkeit der Klage vor Erlass des zweiten Versäumnisurteils

Bei der Frage, ob das Gericht vor dem Erlass des zweiten „VU“ auch die Zulässigkeit und – beim VU gegen den Beklagten – die Schlüssigkeit der Klage prüfen muss, muss danach differenziert werden,

- ob Einspruch gegen ein „echtes“ VU i.S.d. § 330 ZPO (gegen den Kläger) bzw. § 331 ZPO (gegen den Beklagten) eingelegt wurde,
- oder ob es sich um einen Einspruch gegen einen im Zuge eines gerichtlichen Mahnverfahrens nach § 699 ZPO erlassenen Vollstreckungsbescheid gehandelt hat. Letzterer steht gem. § 700 I ZPO einem Versäumnisurteil nur gleich.

**Anmerkung:** Im gerichtlichen Mahnverfahren wird auf Antrag des Antragstellers (§ 690 ZPO) ein Mahnbescheid erlassen (§ 692 ZPO), wenn kein Grund für eine Zurückweisung des Antrags nach § 691 ZPO vorliegt.

Gegen diesen kann der Antragsgegner nach § 694 ZPO Widerspruch einlegen, solange der Vollstreckungsbescheid noch nicht verfügt worden ist. Dessen Erlass kann frühestens zwei Wochen nach Zustellung des Mahnbescheids beantragt werden, § 699 I S. 2 HS 1 i.V.m. § 692 I Nr. 3 ZPO. Entgegen dem unglücklichen Wortlaut des § 699 I S. 2 HS 1 ZPO handelt es sich hierbei nicht um eine „Widerspruchsfrist“ in dem Sinne, dass nach Ablauf der zwei Wochen der Widerspruch verfristet wäre. Der Antragsgegner kann noch nach mehreren Wochen Widerspruch gegen den Mahnbescheid erheben, solange eben der Vollstreckungsbescheid vom gem. § 689 ZPO ausschließlich zuständigen Amtsgericht noch nicht erlassen wurde, § 694 ZPO.

Da dieser Antrag aber nach zwei Wochen gestellt werden kann, ist es jedenfalls ratsam, innerhalb der zweiwöchigen Frist Widerspruch einzulegen, um nicht zu riskieren, dass dieser verspätet ist und damit nach § 694 II S. 1 ZPO als Einspruch gegen den (verfügten) Vollstreckungsbescheid behandelt wird, aus dem nach § 794 I Nr. 4 ZPO die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann.

<sup>5</sup> **Hinweis:** Zum „Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik“ vgl. **Tyroller, Life&LAW 02/2025, 130 (131 ff.)**.

<sup>6</sup> Musielak/Voit/Stadler, 22. Aufl. 2025, ZPO, § 334, Rn. 2 f.

<sup>7</sup> OLG Stuttgart, NJW 1994, 1984 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>8</sup> BGH, NJW 1998, 3125 ff. = **jurisbyhemmer**.

Der Vollstreckungsbescheid steht nämlich nach § 700 I ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich.<sup>9</sup>

Daher wird die nicht rechtzeitige Erhebung eines Widerspruchs gegen den Mahnbescheid quasi als „Säumnis“ und der Vollstreckungsbescheid als „Versäumnisurteil“ behandelt, § 700 I ZPO.

Wird vom Antragsgegner kein Widerspruch erhoben und beantragt der Antragsteller den Erlass des Vollstreckungsbescheids nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, die mit der Zustellung des Mahnbescheids nach § 701 S. 1 ZPO weg. Will der Antragsteller seine Forderung gerichtlich durchsetzen, muss er erneut ein Verfahren einleiten.

Die durch die Zustellung des Mahnbescheids nach § 204 I Nr. 3 BGB eingetretene Hemmung der Verjährung endet nach § 204 II S. 1 und S. 3 BGB sechs Monate nach Vornahme der letzten Verfahrenshandlung, also dem Zugang der Mitteilung der Zustellung des Mahnbescheids an den Antragsteller. Eine erneute Hemmung nach § 204 II S. 4 BGB ist ausgeschlossen, wenn die Frist des § 701 S. 1 ZPO abgelaufen ist, weil das Verfahren dann nicht mehr weiter betrieben werden kann.

#### a) Erlass eines zweiten VU nach Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid

Ist Gegenstand des Einspruchs ein Vollstreckungsbescheid, der im Mahnverfahren erlassen wurde, so muss das Prozessgericht vor Erlass eines zweiten Versäumnisurteils prüfen, ob die Klage zulässig und schlüssig ist, § 700 VI ZPO.

Durch diese Vorschrift wird berücksichtigt, dass im gerichtlichen Mahnverfahren bis zum Erlass eines Vollstreckungsbescheids aufgrund des maschinellen Verfahrens das Bestehen eines Anspruchs noch nicht geprüft worden ist (vgl. § 692 I Nr. 2 ZPO).<sup>10</sup>

Der Erlass des Vollstreckungsbescheids, für den gem. § 3 Nr. 3 a RPfIG i.V.m. § 20 I Nr. 1 RPfIG der Rechtspfleger zuständig ist, erfolgt auf der Grundlage des Mahnbescheids (§ 699 I S. 1 ZPO) und setzt nur voraus, dass der Antragsgegner nicht rechtzeitig Widerspruch gegen den Mahnbescheid eingelegt hat.

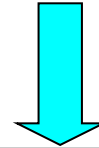
<sup>9</sup> **Hinweis:** Will der Antragsgegner dies verhindern, muss er nach §§ 719 I S. 1, 707 ZPO beantragen, dass die Zwangsvollstreckung einstweilig eingestellt wird, was aber nach § 719 I S. 2 HS 1 ZPO grds. nur gegen Sicherheitsleistung erfolgen darf.

Diese „exotische“ Materie war bereits Gegenstand einer Klausur im Ersten Staatsexamen in Baden-Württemberg.

<sup>10</sup> Vgl. dazu BGH, NJW 1991, 43 (44) = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW-RR 2011, 1692 (1693) = [jurisbyhemmer](#).

#### Vollstreckungsbescheid, § 699 ZPO

⇒ steht nach § 700 I ZPO einem ersten VU gleich, sodass der Einspruch nach § 338 ZPO zulässig ist



Vor Erlass eines 2. VU hat das Gericht nach § 700 VI ZPO die Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Klage zu prüfen

**Grund:** Vor Erlass des VB wurde - anders als bei Erlass eines „echten“ VU - die Zulässigkeit und Schlüssigkeit noch nicht geprüft (vgl. § 692 I Nr. 2 ZPO).

#### b) Erlass eines zweiten VU nach Einspruch gegen ein „echtes“ Versäumnisurteil

Wie aber ist die Rechtslage, wenn sich der Einspruch nicht gegen einen Vollstreckungsbescheid gerichtet hat, sondern gegen ein „echtes“ VU?

##### aa) Ansicht des BAG und einer M.M. in der Lit.

Nach Ansicht des BAG<sup>11</sup> und einer M.M. in der Lit.<sup>12</sup> muss diese erneute Prüfung im Interesse einer materiell richtigen Entscheidung erfolgen.

Es sei kein wünschenswertes Ergebnis, dass ein Gericht quasi „sehenden Auges“ eine als falsch erkannte Entscheidung bestätigen müsste, weil es die Zulässigkeit und Schlüssigkeit vor Erlass eines zweiten VU gar nicht prüfen darf.

Der Erlass einer Entscheidung, die mangels Zulässigkeit oder Schlüssigkeit der Klage erkennbar unrichtig ist, sei mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) und der Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) unvereinbar.

Außerdem folge aus der Restitutionswirkung eines zulässigen Einspruchs (§ 342 ZPO), dass vor Erlass des 2. VU nochmals die Zulässigkeit und (beim VU gegen den Beklagten) die Schlüssigkeit der Klage geprüft werden müsse.

##### bb) Ansicht des BGH und der h.L.

Nach Ansicht des BGH<sup>13</sup> und der h.L.<sup>14</sup> besteht vor Erlass des 2. VU keine erneute Prüfungspflicht des Prozessgerichts.

<sup>11</sup> BAG, NZA 1994, 1102 (1103) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>12</sup> Zöller/Herget, ZPO, § 345, Rn. 4; Elser, JuS 1994, 965 (967); Vollkommer, JZ 1991, 828 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu BGH, **Life&LAW 10/1999, 640 ff.** = NJW 1999, 2599 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW-RR 2000, 575 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Dies folge zum einen aus einem Umkehrschluss zu § 700 VI ZPO, der eine solche Prüfung bei einem Vollstreckungsbescheid nur deshalb vorsieht, weil vor deren Erlass Zulässigkeit und Schlüssigkeit noch nicht geprüft wurden. Vor dem Erlass eines echten VU wurden diese Voraussetzungen aber bereits geprüft. Eine erneute Prüfung ist überflüssig und mangels Schutzwürdigkeit auch nicht geboten (Argument der Prozesswirtschaftlichkeit).

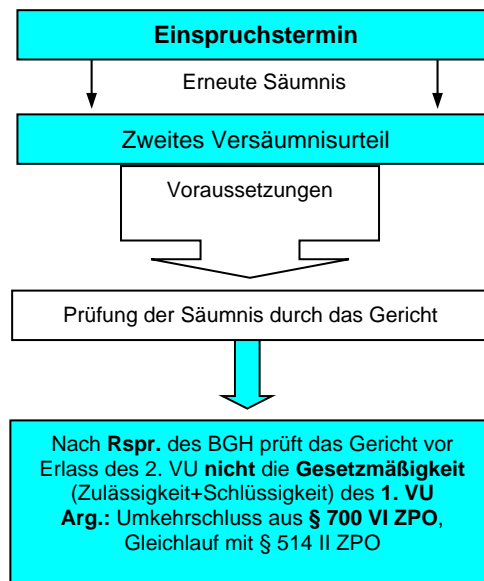
Das Argument mit § 342 ZPO wird entkräftet durch § 345 ZPO, wonach der Einspruch verworfen wird. Mit der erneuten Säumnis verzichtet die säumige Partei gerade auf eine Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache. § 342 ZPO wird daher von § 345 ZPO verdrängt.

Im Übrigen ist der Fortbestand des möglicherweise sachlich falschen Urteils die vom Gesetzgeber gewollte **Sanktionswirkung** des § 345 ZPO. Eine Partei ist nach einmal gegen sie erlassenen Versäumnisurteil zu besonders **sorgfältiger Prozessführung** angehalten, da sie nun um die Wirkungen und Folgen einer Säumnis weiß.<sup>15</sup> Bleibt die Partei erneut schuldhaft säumig, ist es nur konsequent, an dieses Fehlverhalten die schärfere Sanktion des endgültigen Prozessverlusts zu knüpfen.

Letztlich spricht hierfür auch die Vorschrift des § 514 II S. 1 ZPO. Nach dem Wortlaut des § 514 II ZPO kann die Berufung gegen ein 2. VU nur darauf gestützt werden, dass vor Erlass kein Fall der schuldhaften Säumnis vorgelegen habe.

Da das Berufungsgericht zu prüfen hat, ob die erstinstanzliche Entscheidung korrekt war (vgl. § 513 I Alt. 2 ZPO), muss das Berufungsgericht immer dasselbe prüfen, was das erstinstanzliche Gericht geprüft hat (sog. „Gleichlauf des Prüfungsrahmens“).

Wenn nun die Berufung gegen ein zweites VU nur darauf gestützt werden kann, dass vor Erlass kein Fall der schuldhaften Säumnis vorgelegen habe, kann es aufgrund des „Gleichlaufs des Prüfungsrahmens“ nicht sein, dass das erstinstanzliche Gericht vor Erlass des zweiten VU „mehr“ geprüft hat.



#### IV. Wird bei der Berufung gegen ein zweites VU die Gesetzmäßigkeit des ersten VU geprüft?

Nach dem Wortlaut des § 514 II S. 1 ZPO kann die Berufung gegen ein 2. VU nur darauf gestützt werden, dass vor Erlass kein Fall der schuldhaften Säumnis vorgelegen habe.

Der Prüfungsumfang des Berufungsgerichts gem. § 514 II S. 1 ZPO beschränkt sich in diesem Fall dem Wortlaut nach auf die Frage, ob das Prozessgericht zu Unrecht die Säumnis angenommen hat.

Für die Beantwortung der Frage, ob – entgegen dem Wortlaut des § 514 II S. 1 ZPO – das Berufungsgericht auch die Gesetzmäßigkeit des ersten VU überprüft, muss wieder differenziert werden.

##### 1. Berufung gegen zweites VU bei erneuter Säumnis im Einspruchstermin gegen ein „echtes“ Versäumnisurteil

Da nach zutreffender Rechtsprechung des BGH und h.L. das Prozessgericht vor Erlass des zweiten VU nur das Vorliegen einer erneuten schuldhaften Säumnis prüft (s.o.), entspricht es dem Grundsatz vom „Gleichlauf des Prüfungsrahmens“, dass das Berufungsgericht auch nur prüft, ob vom Prozessgericht zu Recht das Vorliegen einer erneuten schuldhaften Kettensäumnis bejaht wurde.

Nicht gerügt werden kann daher mit der Berufung, dass das (technisch) erste VU nicht hätte ergehen dürfen, weil die Klage unzulässig oder unschlüssig war.

<sup>14</sup> Musielak/Voit/Stadler, 22. Aufl. 2025, ZPO, § 345, Rn. 4; BeckOK ZPO/Toussaint, ZPO, § 345, Rn. 6; Anders/Gehle/Anders, 83. Aufl. 2025, ZPO, § 345, Rn. 6; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 46. Aufl. 2025, § 345, Rn. 4.

<sup>15</sup> BGH, NJW 2018, 3252 (3253) = jurisbyhemmer.

Die an die wiederholte Säumnis einer Partei geknüpfte Sanktion des § 514 II S. 1 ZPO steht in einer Reihe mit weiteren gesetzlichen Regelungen im Versäumnisverfahren (§§ 340 III, 341 I, 708 Nr. 2 ZPO), die sämtlich darauf hinauslaufen, eine Partei, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen ist, im Interesse der Prozessbeschleunigung zu besonders sorgfältiger Prozessführung zu veranlassen.

## 2. Berufung gegen zweites VU bei erneuter Säumnis im Einspruchstermin gegen einen Vollstreckungsbescheid

Anders ist dies hingegen, wenn das (technisch) zweite VU den Einspruch gegen einen **Vollstreckungsbescheid** verwirft.

In diesem Fall kann die Berufung auch darauf gestützt werden, dass der Vollstreckungsbescheid mangels Zulässigkeit und Schlüssigkeit des Antrags nicht hätte ergehen dürfen.

Grund hierfür ist wiederum der Grundsatz vom „Gleichlauf des Prüfungsrahmens“. Vor Erlass des zweiten VU muss das Prozessgericht nach § 700 VI ZPO prüfen, ob die Klage zulässig und schlüssig ist, weil diese Fragen bis zum Erlass eines Vollstreckungsbescheids noch nicht geprüft worden sind, vgl. § 692 I Nr. 2 ZPO (s.o.).

Da erstinstanzliche Entscheidungen stets in vollem Umfang vom Berufungsgericht überprüft werden müssen, ist § 514 II S. 1 ZPO nach Ansicht des BGH<sup>16</sup> und der h.L.<sup>17</sup> dem Prüfungsmaßstab des § 700 VI ZPO anzupassen. Daher kann in diesem Fall die Berufung auch darauf gestützt werden, dass der Vollstreckungsbescheid mangels Zulässigkeit und Schlüssigkeit des Antrags nicht hätte ergehen dürfen.

**Anmerkung:** Dies war der „Prolog“ zu der nun folgenden Entscheidung, in welcher der BGH diese Grundsätze bestätigt und für vereinbar mit dem Unionsrecht erklärt!

## C) Lösung

Die nach § 574 I S. 1 Nr. 1 ZPO i.V.m. § 522 I S. 4 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 577 I, 574 II ZPO als unzulässig zu verwerfen, wenn die Rechtssache

- weder grundsätzliche Bedeutung hat, vgl. § 574 II Nr. 1 ZPO,
- noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert, vgl. 574 II Nr. 2 ZPO.

### I. Kein Fall des § 574 II Nr. 2 ZPO, da der Prüfungsumfang bei Berufung gegen (technisch) zweites Versäumnisurteil gefestigte Rechtsprechung ist

Unabhängig von der Frage ihrer grundsätzlichen Bedeutung erfordert die Rechtssache für die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

Gemäß §§ 345, 514 II S. 1 ZPO unterliegt ein zweites VU der Berufung insoweit, als sie darauf gestützt wird, dass der Fall der schuldhaften Versäumnis nicht vorgelegen habe.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hat das Gericht im Einspruchstermin nur noch die Voraussetzungen der wiederholten Säumnis, insbesondere die ordnungsgemäße Ladung zum Termin, zu prüfen, bevor es nach § 345 ZPO den Einspruch durch zweites VU zu verwerfen hat. Die Berufung gegen ein gegen den Beklagten ergangenes zweites VU kann dementsprechend nicht darauf gestützt werden, dass bei Erlass des ersten VU ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe oder die Klage nicht schlüssig sei.

Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert daher keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

**Anmerkung:** Leider unterschlägt der BGH, dass das BAG die Prüfung von Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Klage vor Erlass eines technisch zweiten VU für erforderlich hält.<sup>18</sup> Dennoch liegt deswegen noch kein Fall des § 574 II Nr. 2 ZPO vor, weil auch nach der wenig überzeugenden und in sich widersprüchlichen Ansicht des BAG die Berufung gegen ein zweites VU nicht auf die fehlende Schlüssigkeit der Klage gestützt werden kann.

<sup>16</sup> BGH, NJW-RR 2011, 1692 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 1999, 2599 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 1991, 43 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>17</sup> Musielak/Voit/Ball, 22. Aufl. 2025, ZPO, § 514, Rn. 10; BeckOK ZPO/Wulf, ZPO, § 514, Rn. 12; Anders/Gehle/Göertz, 83. Aufl. 2025, ZPO, § 514, Rn. 11; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 46. Aufl. 2025, § 345, Rn. 4.

<sup>18</sup> BAG, NZA 1994, 1102 (1103) = [jurisbyhemmer](#).

## II. Auch keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 574 II Nr. 1 ZPO

Die Rechtssache könnte aber aus verfassungsrechtlichen bzw. unionsrechtlichen Gründen grundsätzliche Bedeutung haben und die Rechtsbeschwerde daher nach § 574 II Nr. 1 ZPO zulässig sein.

### 1. Keine Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters, Art. 101 I S. 2 GG

Nach Art. 101 I S. 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.

Eine Entziehung in diesem Sinn kann aber nicht in jeder fehlerhaften Rechtsanwendung gesehen werden. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind aber jedenfalls dann überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall **willkürlich** oder **offensichtlich unhaltbar** ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 I S. 2 GG grundlegend verkennt.

Ob ein solcher Verstoß vorliegt, kann nur anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.<sup>19</sup> Die Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 I S. 2 GG wurde hier von den vorinstanzlichen Gerichten aber nicht verkannt. Vielmehr haben beide Gerichte im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BGH entschieden. Da die Rechtsprechung des BGH aber weder willkürlich noch offensichtlich unhaltbar ist, liegt demnach auch kein Verstoß gegen Art. 101 I S. 2 GG durch die Instanzgerichte vor.

### 2. Auch keine grundsätzliche Bedeutung im Hinblick auf das Unionsrecht

Die Rechtssache könnte aber mit Blick auf das einschlägige Unionsrecht grundsätzliche Bedeutung haben.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH unterliege es nach Ansicht des BGH jedoch keinem Zweifel, dass der nach §§ 345, 514 II S. 1 ZPO auf das (Nicht-)Vorliegen einer schuldhaften Versäumung begrenzte Prüfungsumfang **selbst dann** angewendet werden darf, **wenn** die **Sachentscheidung**, die dann nicht mehr zu überprüfen ist, **gegen das Unionsrecht verstoßen würde**.<sup>20</sup>

### a) Rechtskraft hat auch im Unionsrecht große Bedeutung

Der EuGH hat wiederholt auf die Bedeutung hingewiesen, die dem Grundsatz der Rechtskraft sowohl im Unionsrecht als auch in den nationalen Rechtsordnungen zukommt.

Demnach sollen zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege die nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordenen Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können.

Daher gebietet das Unionsrecht einem nationalen Gericht nicht, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund derer eine Entscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch ein Verstoß dieser Entscheidung gegen Unionsrecht abgestellt werden könnte.<sup>21</sup> Unter Rechtskraft in diesem Sinn versteht der Gerichtshof auch die Bindungswirkung von Zwischenentscheidungen.<sup>22</sup>

### b) Mangels unionsrechtlicher Vorschriften legen Mitgliedstaaten Modalitäten fest

Da auf diesem Gebiet unionsrechtliche Vorschriften fehlen, ist es nach dem Grundsatz der Verfahrenautonomie Sache der innerstaatlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die Modalitäten der Umsetzung dieses Grundsatzes festzulegen.

Diese Modalitäten dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als die, die bei ähnlichen internen Sachverhalten gelten (*Grundsatz der Äquivalenz*), und nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der Rechte, die die Unionsrechtsordnung einräumt, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Grundsatz der Effektivität*).<sup>23</sup>

Was die Einhaltung der Anforderungen betrifft, die sich aus den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität ergeben, so sind diese unter Berücksichtigung der Stellung der betreffenden Vorschriften im gesamten Verfahren, seines Ablaufs und der Besonderheiten dieser Vorschriften vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen. Dabei sind gegebenenfalls die Grundsätze zu berücksichtigen, die dem nationalen Rechtsschutzsystem zugrunde liegen.

<sup>19</sup> BVerfG, NJW 2007, 3771 ff. = [jurisbyhemmer](#); BVerfG, NJW 2005, 3410 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>20</sup> Sollte § 4 IV GlüStV 2012 unionsrechtswidrig sein, wären die zwischen den Parteien geschlossenen Glücksspielverträge nicht nach § 134 BGB nichtig.

<sup>21</sup> Vgl. u.a. zuletzt EuGH, WRP 2025, 59 ff. (*ERB New Europe Funding II*) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, NJW 2006, 1577 ff. (*Kapferer*) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>23</sup> Vgl. EuGH, NJW 2024, 1795 ff. (*Profi Credit Polska*) = [jurisbyhemmer](#); EuGH, EWS 2009, 475 ff. (*Asturcom Telecomunicaciones*) = [jurisbyhemmer](#).

Hierzu gehören z.B. der Schutz der Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäße Ablauf des Verfahrens.<sup>24</sup>

**c) Rechtsprechung des BGH verstößt weder gegen Grundsätze der Äquivalenz noch gegen den Grundsatz der Effektivität**

Gemessen hieran begegnet die Rechtsprechung des BGH, wonach der Prüfungsumfang nach §§ 345, 514 II S. 1 ZPO auf das (Nicht-)Vorliegen der schuldhaften Versäumung begrenzt ist, keinen unionsrechtlichen Bedenken.

**aa)** Ein Verstoß gegen den **Äquivalenzgrundsatz** ist bereits nicht ersichtlich.

**bb)** Auch ein Verstoß gegen den **Effektivitätsgrundsatz** scheidet aus.

**(1)** Nach der Rechtsprechung des EuGH können die Verfahrensregeln über die Struktur der innerstaatlichen Rechtswege und die Zahl der Rechtsschritte, die ein allgemeines Interesse der geordneten Rechtspflege und der Vorhersehbarkeit verfolgen, Vorrang vor Einzelinteressen haben.<sup>25</sup>

Insbesondere kann die Wahrung des Effektivitätsgrundsatzes nicht so weit gehen, dass vom nationalen Gericht verlangt wird, nicht nur das Unterlassen einer Verfahrenshandlung durch einen Verbraucher, der seine Rechte nicht kennt, auszugleichen, sondern auch bei völliger Untätigkeit des Verbrauchers, die zur Rechtskraft einer Entscheidung führt, einem dagegen eingelegten Rechtsbehelf abzuweichen.<sup>26</sup>

Nationale Verfahrensvorschriften, nach denen der Streitgegenstand durch das zum Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsbehelfs geltend gemachte Vorbringen bestimmt wird, stehen grundsätzlich mit dem Erfordernis der Effektivität im Einklang, da sie den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens gewährleisten, insbesondere indem sie dieses vor den mit der Prüfung neuen Vorbringens verbundenen Verzögerungen bewahren.<sup>27</sup>

**(2)** Mit diesen Grundsätzen steht die Regelung der §§ 345, 514 II S. 1 ZPO offensichtlich im Einklang. Sie verfolgt das Ziel, die Partei, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen ist, im Interesse der Prozessbeschleunigung zu besonders sorgfältiger Prozessführung zu veranlassen.

Die Rechte der säumigen Beklagten werden insbesondere gewahrt durch die obligatorische Prüfung der Schlüssigkeit der Klage vor Erlass des ersten Versäumnisurteils nach § 331 II ZPO, die Ausschlussstatbestände der §§ 335, 337 ZPO sowie die nach §§ 339, 340, 342 ZPO bestehende Möglichkeit, den Prozess nach Erlass des ersten Versäumnisurteils durch Einlegung eines Einspruchs binnen zwei Wochen in die Lage vor Eintritt der Versäumnis zurückzusetzen. Das Erfordernis, im Einspruchstermin aufzutreten oder sich ordnungsgemäß vertreten zu lassen, ist kein Hindernis, das die Rechtsdurchsetzung über Gebühr erschwert.

### III. Endergebnis

Die Rechtsbeschwerde des B ist daher unzulässig, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat.

### D) Kommentar

**(mty).** Das Urteil des BGH ist eindeutig richtig.

Der BGH sah auch keine Veranlassung zur Vorlage an den EuGH nach Art. 267 III AEUV, da sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts gestellt hat, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

Auch die Festlegung angemessener Verjährungs- oder Ausschlussfristen steht grundsätzlich mit dem Erfordernis der Effektivität im Einklang, weil sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist, das zugleich den Betroffenen und die Behörde schützt, selbst wenn der Ablauf solcher Fristen die Betroffenen naturgemäß ganz oder teilweise an der Geltendmachung ihrer Rechte hindern kann.<sup>28</sup>

### E) Wiederholungsfrage

▪ **Was versteht man unter dem „Gleichlauf des Prüfungsrahmens“?**

Das Berufungsgericht hat zu prüfen, ob die erstinstanzliche Entscheidung korrekt war (vgl. § 513 I Alt. 2 ZPO). Aus diesem Grund muss das Berufungsgericht immer dasselbe prüfen, was das erstinstanzliche Gericht geprüft hat (sog. „Gleichlauf des Prüfungsrahmens“).

### F) Zur Vertiefung

#### Das Versäumnisverfahren

- Hemmer/Wüst/Tyroller, ZPO I, Rn. 387 ff.

<sup>24</sup> EuGH, WM 2022, 1320 ff. (*Ibercaja Banco*) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>25</sup> EuGH, NJW 2018, 2181 ff. (*Sziber*) = [jurisbyhemmer](#); EuGH, NJW 2015, 1291 ff. (*Baczó und Vizsnyiczai*) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>26</sup> EuGH, NJW 2022, 2247 ff. (*Unicaja Banco*) = [jurisbyhemmer](#); EuGH, ZIP 2015, 116 ff. (*Kušionová*) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>27</sup> EuGH, NJW 2021, 3303 ff. (*Consortio Italian Management und Catania Multiservizi*) = [jurisbyhemmer](#).

<sup>28</sup> EuGH, DStRE 2020, 1516 ff. (*Valoris*) = [jurisbyhemmer](#).

BGH, Beschluss vom 21.05.2024, 4 StR 95/24 = [juris](#)[byhemmer](#)

## 5 Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 250 II Nr. 1 StGB in der Beendigungsphase

+++ Raub, § 249 StGB +++ (Besonders) schwerer Raub, § 250 I, II StGB +++ Verwirklichung eines Qualifikationstatbestands zwischen Vollendung und Beendigung +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht):** A lauert dem auf einem Elektroroller herannahenden G auf. Er versetzt diesem einen schmerzhaften Faustschlag ins Gesicht. Wie von Anfang an geplant, entreißt er dem daraufhin zu Boden stürzenden G sodann den mitgeführten Rucksack, in dem sich unter anderem Bargeld, Ausweispapiere und Bankkarten befinden. A entnimmt darüber hinaus aus der Jackentasche des G dessen Mobiltelefon. Die Sachen will A allesamt für sich verwenden. Anschließend droht er dem G unter gleichzeitigem Vorhalt eines funktionsfähigen Elektroimpulsgerätes an, dass „er ein Loch im Kopf habe, wenn er zur Polizei gehen werde“. A will hierdurch G davon abhalten, ihn bei der Polizei anzuzeigen. Sodann flieht A, der dem G namentlich bekannt war, mit der Beute.

Wie hat sich A nach dem Zwanzigsten Abschnitt des Strafgesetzbuchs (StGB) strafbar gemacht?

### A) Sound

1. Der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB setzt voraus, dass das mitgeführte gefährliche Tatmittel tatsächlich als raubspezifisches Nötigungsmittel verwendet worden ist.

2. Die Tatvariante kann danach auch noch nach Vollendung, aber vor Beendigung der Wegnahme verwirklicht werden, erfordert aber, dass der (weitere) Einsatz des gefährlichen Gegenstandes zumindest als Mittel zur Sicherung des Besitzes an dem erlangten Gut, also mithin in Beutesicherungsabsicht, erfolgt ist.

### B) Problemaufriss

Bezüglich der §§ 249 ff. StGB kommt es zunächst darauf an, die Anwendungsbereiche von Raub (§ 249 StGB), räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) und räuberischem Diebstahl (§ 252 StGB) sicher abgrenzen zu können. Klausurträchtig sind daneben aber auch die Qualifikationen des § 250 StGB sowie die Erfolgsqualifikation des § 251 StGB. Im vorliegenden Fall gilt es zu klären, ob auch nach Vollendung des Grundtatbestandes eine Qualifikation verwirklicht werden kann, und wenn ja, unter welcher Voraussetzung.

### C) Lösung

Zu prüfen ist die Strafbarkeit des A nach den §§ 249 ff. StGB.

#### I. Strafbarkeit gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a), II Nr. 1 StGB

A könnte sich durch das Versetzen des Faustschlags, der der Wegnahme der Wertgegenstände diene, wegen (besonders) schweren Raubes gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a), II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

**Anmerkung:** Natürlich hat A durch den Schlag in das Gesicht des G und die damit hervorgerufenen Schmerzen auch den Tatbestand der einfachen vorsätzlichen Körperverletzung – jedenfalls in der Variante der körperlichen Misshandlung – verwirklicht und sich gemäß § 223 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht. Die Prüfung der Strafbarkeit ist jedoch durch den Vermerk zur Bearbeitung ausgeschlossen.

#### 1. Tatbestand

A müsste den Tatbestand der §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a), II Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

##### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts, § 249 I StGB

Nach § 249 I StGB macht sich strafbar, wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

Erforderlich ist damit zunächst der Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel. Hier könnte A „Gewalt gegen eine Person“ ausgeübt haben. Unter Gewalt versteht man körperlich wirkenden Zwang zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands.<sup>1</sup> Der Faustschlag in das Gesicht des G stellt sich als körperliche Kraftentfaltung dar, mittels der auf G körperlich wirkender Zwang ausgeübt wurde, um einen erwarteten Widerstand von vornherein zu verhindern. A hat Gewalt gegen G eingesetzt.

**Anmerkung:** Eine Drohung ist hingegen das In-Aussicht-Stellen eines zukünftigen empfindlichen Übels, auf dessen Verwirklichung der Täter Einfluss zu haben vorgibt, um den erstrebten Nötigungserfolg zu erreichen.<sup>2</sup> Gerade in dieser Zukunftsgerichtetheit ist das Hauptabgrenzungskriterium zum Gewaltbegriff zu sehen, denn Gewalt findet in der Gegenwart statt.

A müsste die verschiedenen Wertgegenstände auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>3</sup> Gewahrsam ist hierbei die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, wobei dieser gebrochen wird, wenn er dem Inhaber ohne oder gegen dessen Willen entzogen wird.<sup>4</sup>

Dabei ist fraglich, wie der Begriff der „Wegnahme“ von dem der „Vermögensverfügung“ bzw. „Weggabe“ abzugrenzen ist. Nach Ansicht des BGH erfolgt die Abgrenzung von Gewahrsamsbruch und freiwilliger Vermögensverfügung nach dem äußeren Erscheinungsbild. Da es sich nach dem BGH beim Raub um eine *lex specialis* zur räuberischen Erpressung nach §§ 253, 255 StGB handelt, kommt es nur darauf an, ob sich das Geschehen nach außen als Raub und damit als Wegnahme darstellt.<sup>5</sup>

**hemmer-Methode:** Anders ist es, wenn der Raub z.B. eindeutig daran scheitert, dass der Täter ohne Zueignungsabsicht gehandelt hat. In diesem Fall stellt sich nach BGH kein Abgrenzungsproblem zwischen Raub und räuberischer Erpressung. In solchen Fällen kann somit eine räuberische Erpressung geprüft bzw. bei Vorliegen aller tatbestandlichen Voraussetzungen bejaht werden, auch wenn nach dem äußeren Geschehensablauf ein „Nehmen“ vorliegt.

Nach Teilen der Literatur ist die Abgrenzung dagegen nach der inneren Willensrichtung des Opfers

vorzunehmen. Begründet wird dies damit, dass es sich nach dieser Ansicht bei §§ 253, 255 StGB um ein Selbstschadigungsdelikt handelt und damit entscheidend ist, ob das Opfer sich subjektiv selbst schädigt, ob es also seine Mitwirkung am Übergang für erforderlich hält (sog. „Schlüsselposition“).<sup>6</sup>

Vorliegend stellt sich das Geschehen nach dem äußeren Erscheinungsbild als Nehmen dar. Das Opfer G gibt die Wertgegenstände gerade nicht weg. Auch ist aus der Sicht des Opfers G nach lebensnaher Auslegung nicht davon auszugehen, dass er seine Mitwirkung für den Gewahrsamsverlust für erforderlich hielt. Nach beiden Auffassungen liegt demnach eine Wegnahme vor, sodass der Streit nicht entschieden werden muss. Nach der Rspr. ist zudem §§ 253 I, 255 StGB mitverwirklicht, tritt aber jedenfalls auf Rechtsfolgenseite zurück.

**Anmerkung:** Dafür, dass der Raub eine *lex specialis* zur räuberischen Erpressung ist und bei dieser ein Vermögensverfügung mithin nicht erforderlich ist, ist zunächst der Wortlaut des § 253 I StGB anzuführen, der eine solche gerade nicht voraussetzt, sondern die Duldung der Wegnahme ausreichen lässt. Dafür spricht zudem, dass die Auslegung zu einem einheitlichen Nötigungsbegriff im StGB führt, der auch i.R.d. § 253 I StGB *vis absoluta* erfasst. Auch werden auf diese Weise Strafbarkeitslücken vermieden, die bei einem mit *vis absoluta* handelnden Täter entstehen würden, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 249 I StGB (z.B. keine Zueignungsabsicht) nicht vorliegen.

Für die h.L. spricht die Stellung der Normen im Gesetz, wonach regelmäßig der Grundtatbestand vorangestellt ist und nicht die *lex specialis*. Außerdem erscheint es ungewöhnlich, dass der Grundtatbestand auf die Rechtsfolge der *lex specialis* verweisen soll (vgl. Wortlaut des § 255 StGB). Im Übrigen ist auch bei § 263 StGB nach BGH eine Vermögensverfügung erforderlich, ohne dass dies explizit im Gesetz steht.

Wie Sie sich in der Klausur entscheiden, wenn der Streit zu entscheiden ist, ist (im Ersten Examen) zweitrangig. Es geht vor allem darum, das eigene Argumentationsvermögen unter Beweis zu stellen.

Durch die Ansichnahme der Wertgegenstände begründete A zudem neuen, tätereigenen Gewahrsam.

Die Wertgegenstände stellen auch fremde bewegliche Sachen dar, da sie im Eigentum des G stehen.

<sup>1</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 4 ff., § 240, Rn. 8 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 4 ff., § 240, Rn. 30 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 3, § 242, Rn. 10 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 3, § 242, Rn. 16.

<sup>5</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 253, Rn. 15.

<sup>6</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 253, Rn. 14.

§ 249 I StGB erfordert zudem, dass die Sachen „mit“ Gewalt weggenommen wurden. Der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels muss daher final zur Wegnahme erfolgt sein.<sup>7</sup> Vorliegend diene der Einsatz der Gewalt gerade dem Zweck, die Wegnahme der Wertgegenstände zu ermöglichen. Ein Finalzusammenhang ist gegeben.

Auch ein räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und der Wegnahme liegt vor.<sup>8</sup>

#### bb) Objektiver Tatbestand der Qualifikation des § 250 I Nr. 1 a) StGB

**Anmerkung:** Bei der Verwirklichung der ersten Qualifikationsstufe des § 250 I StGB spricht man von „schwerem Raub“, bei der Verwirklichung der zweiten Qualifikationsstufe nach § 250 II StGB hingegen von „besonders schwerem Raub“. Daneben gibt es innerhalb der Raubdelikte noch § 251 StGB als Erfolgsqualifikation („mit Todesfolge“).

A könnte darüber hinaus auch den Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1 a) StGB verwirklicht haben. Dafür müsste er bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben.

**Anmerkung:** Auf die Prüfung von § 250 I Nr. 1 a) StGB geht der BGH in der Originalentscheidung nicht ein.

Bei dem Elektroimpulsgerät könnte es sich bereits um eine Waffe handeln, § 250 I Nr. 1 a) Alt. 1 StGB. Eine Waffe ist eine Sache, die ihrer Art nach zur Verursachung erheblicher Verletzungen von Personen generell geeignet und bestimmt ist.<sup>9</sup> Außerdem muss der Gegenstand in der konkreten Tatsituation seine spezifische Gefährlichkeit aufweisen. Ein Elektroimpulsgerät dient nach seiner Zweckbestimmung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel. Auch ist es im Waffengesetz als Waffe genannt. Andererseits wird die Waffenqualität dort wiederum verneint, wenn das Gerät als gesundheitlich unbedenklich zugelassen ist.<sup>10</sup>

Letztlich kann die Einordnung als Waffe offenbleiben, wenn jedenfalls von einem gefährlichen Werkzeug i.S.d. § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB ausgegangen werden kann. Problematisch ist dabei jedoch, wie der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ hier auszulegen ist.<sup>11</sup> Ein Rückgriff auf die Begriffsdefinition

in § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB, bei der auf die konkrete Verwendung abgestellt wird, scheidet hierbei aus, da dort – wie sich aus dem Wortlaut „mittels“ ergibt – das Werkzeug zum Einsatz kommen muss. Bei § 250 I Nr. 1 a) StGB genügt hingegen das bloße „Bei-Sich-Führen“. Zum Teil wird daher eine subjektivierende Lösung vertreten, wonach ein „Verwendungsvorbehalt“ vorliegen muss, der Täter also das Werkzeug als Waffe einsetzen wollen muss.<sup>12</sup>

Allerdings kann gegen die Auffassung angeführt werden, dass dies der Systematik des Gesetzes widerspreche. Denn nach dieser ist nur i.R.d. § 250 I Nr. 1 b) StGB eine Verwendungsabsicht gefordert (vgl. Wortlaut). Als vorzugswürdig erscheint daher eine objektivierende Auffassung. Der BGH stellt im Ergebnis ebenfalls auf eine objektiv-abstrakte Betrachtung ab und fragt danach, ob die Gegenstände aufgrund ihrer objektiven Zweckbestimmung oder Beschaffenheit zur Verursachung erheblicher Verletzungen von Personen generell geeignet sind.<sup>13</sup> Kriterium ist mithin eine Art „Waffenersatzfunktion“.<sup>14</sup>

Da von Elektroimpulsgeräten hohe elektrische Spannungen ausgehen, ist ein solches als waffenähnlich anzusehen und mithin als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB zu qualifizieren.

**Anmerkung:** Dies führt zu einer Aufspaltung des Begriffs eines „gefährlichen Werkzeugs“ i.R.d. § 250 StGB: während bei § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB der Begriff „abstrakt“ ausgelegt wird, erfolgt bei der Begrifflichkeit i.R.v. § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB (gleichfalls wie bei § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB) eine „konkrete“ Betrachtungsweise. Denn hier stellt das Gesetz auf eine Verwendung im Einzelfall ab. Maßgeblich ist danach also, ob der verwendete Gegenstand nach seiner Art und seiner Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen.<sup>15</sup>

Das Elektroimpulsgerät hat A bei Begehung des Raubes auch bei sich geführt. Damit ist § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB verwirklicht.

#### cc) Objektiver Tatbestand der Qualifikation des § 250 II Nr. 1 StGB

Zu prüfen ist, ob A auch den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht hat.

<sup>7</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 6b.

<sup>8</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 6a.

<sup>9</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 4.

<sup>10</sup> Vgl. Jäger, JA 2025, 343 (344).

<sup>11</sup> Hierzu vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 6 ff. und § 244, Rn. 13 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 6a; § 244, Rn. 19.

<sup>13</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 6a, § 244, Rn. 22.

<sup>14</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 6a, § 244, Rn. 23.

<sup>15</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 250, Rn. 6a.

Dann müsste er das gefährliche Werkzeug bei der Tat verwendet haben. Verwenden ist dabei jeder zweckgerichtete Gebrauch.<sup>16</sup>

**Anmerkung:** Daher fällt auch der Einsatz einer Waffe als Drohmittel unter § 250 II Nr. 1 StGB. Unter einer Verwendung wird also auch eine Drohung verstanden, wenn diese nach der objektiven Beschaffenheit des Werkzeugs in gefährlicher Weise verwirklicht werden könnte.<sup>17</sup>

Problematisch ist hier jedoch, dass A das Elektroimpulsgerät einsetzte, nachdem er dem G die Wertgegenstände weggenommen hatte. Es stellt sich daher die Frage, ob § 250 II Nr. 1 StGB auch noch nach Vollendung, aber vor Beendigung des Raubes anwendbar ist.

Eine Auffassung verneint dies. Als Argument wird der Wortlaut der Norm angeführt, wonach der Täter „bei“ der Tat und damit beim Raub eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug verwenden müsse, was nach üblichem Verständnis ausscheidet, wenn der Raub bereits vollendet ist. Vor allem aber wird auf die Abgrenzung zu § 252 StGB verwiesen, dessen engere Voraussetzungen nicht unterlaufen werden dürften.<sup>18</sup> Ist der Raub vollendet, sei für die Phase danach § 252 StGB einschlägig, der genau diese Beendigungsphase abdecke. Strafbarkeitslücken, die sich aus der Nichteinschlägigkeit des § 252 StGB in diesem Stadium ergäben (etwa bei fehlender Beutesicherungsabsicht), könnten nur durch den Gesetzgeber geschlossen werden.

Eine andere Ansicht vertritt der BGH, wonach „bei der Tat“ auch die Phase bis zur Beendigung gemeint sei. Erst dann sei die Tat abgeschlossen. § 250 II Nr. 1 StGB setze zudem voraus, dass das mitgeführte gefährliche Tatmittel tatsächlich als raubspezifisches Nötigungsmittel verwendet worden ist.<sup>19</sup> Auch erfasse § 252 StGB die Flucht- und Beutesicherungsphase nur unzureichend. Liegen die (engen) Voraussetzungen des § 252 StGB nicht vor, sei eine Bestrafung nach § 250 II Nr. 1 StGB nicht möglich, was unbillig sei. Qualifikationsmerkmale können hiernach auch noch zwischen Vollendung und Beendigung der Tat verwirklicht werden. Dies allerdings nur, wenn der (weitere) Einsatz des gefährlichen Gegenstandes zumindest als Mittel zur Sicherung des Besitzes an dem erlangten Gut, also mithin in Beutesicherungsabsicht, erfolgt ist.

**hemmer-Methode:** Der BGH macht die Anwendbarkeit des § 250 II Nr. 1 StGB mithin davon abhängig, ob der Täter bei Einsatz des gefährlichen

Werkzeugs in der Beendigungsphase noch mit Beutesicherungsabsicht handelt.

Die Auffassung des BGH erscheint kriminalpolitisch vorzugswürdig und ist auch mit dem Wortlaut vereinbar. Auch der Gesetzgeber kennt den Begriff der Beendigung der Tat, vgl. § 78a S. 1 StGB (für den Verjährungsbeginn). Damit ist es möglich, auch i.R.v. § 250 I Nr. 1 StGB („bei der Tat“) den Zeitraum bis zur Beendigung der Tat zu erfassen.

Der Einsatz des Elektroimpulsgeräts diene hier jedoch nicht der Beutesicherung. A hatte die Beute bereits an sich genommen. Anhaltspunkte dafür, dass G ihm diese wieder streitig machen wollte, sind nicht ersichtlich. Stattdessen wollte A den G davon abhalten, ihn bei der Polizei anzuzeigen. A setzte das Elektroimpulsgerät zum Zwecke der Verhinderung einer Strafverfolgung ein. Denn im Falle der Erstattung einer Strafanzeige musste A seine Identifizierung als Täter fürchten, da ihn G namentlich kannte. Mangels Beutesicherungsabsicht zum Zeitpunkt der Drohung mit dem Einsatz des Elektroimpulsgeräts ist § 250 II Nr. 1 StGB nicht einschlägig.

**Anmerkung:** Eine vergleichbare Problematik stellt sich i.R.d. § 251 StGB. Auch hier ist strittig, ob dieser noch in der Beendigungsphase eines Raubes verwirklicht werden kann – so der BGH – oder ob nach Vollendung § 252 StGB einschlägig ist, weil nach Vollendung der tatbestandsspezifische Zusammenhang zu verneinen ist.<sup>20</sup>

## b) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz i.S.d. § 15 StGB ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestands in Kenntnis seiner objektiven Tatbestandsmerkmale.<sup>21</sup> A handelte danach vorsätzlich sowohl hinsichtlich der Verwirklichung des Grunddelikts als auch im Hinblick auf § 250 I Nr. 1 a) StGB.

§ 249 I StGB erfordert darüber hinaus die Absicht rechtswidriger Zueignung. Zueignung ist die Annahmung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht durch die Absicht der zumindest vorübergehenden Einverleibung der Sache in das eigene Vermögen (Aneignungskomponente) und die vorsätzliche dauerhafte Verdrängung des Eigentümers aus seiner bisherigen Herrschaftsposition (Enteignungskomponente).<sup>22</sup> A wollte die Wertgegenstände für sich verwenden.

<sup>16</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 250, Rn. 18.

<sup>17</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 250, Rn. 6a.

<sup>18</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 250, Rn. 14 f.

<sup>19</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 250, Rn. 17.

<sup>20</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 251, Rn. 4 f.; Jäger, JA 2025, 343 (343).

<sup>21</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 15, Rn. 2 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 249, Rn. 19, § 242, Rn. 32 ff.

Eine entsprechende Zueignungsabsicht liegt damit vor. Außerdem hatte er keinen Anspruch auf die Gegenstände. Die erstrebte Zueignung ist damit auch rechtswidrig. Dies wusste A, so dass er insoweit auch vorsätzlich handelte (§ 15 StGB).

## 2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe, die zum Entfallen der Rechtswidrigkeit führen würden, sind nicht ersichtlich. Die Tat ist damit rechtswidrig.

## 3. Schuld

Ebenso sind weder Schuldtausschließungs- noch Entschuldigungsgründe einschlägig, sodass A auch schuldhaft handelte.

## II. Ergebnis

A hat sich aufgrund seines Verhaltens wegen eines schweren Raubes gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a) StGB strafbar gemacht. Die §§ 242, 240, 241 StGB sowie nach dem BGH §§ 253, 255 StGB treten dahinter zurück.

**Anmerkung:** § 252 StGB ist mangels Beutesicherungsabsicht nicht verwirklicht. § 223 I StGB stünde zu §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a) StGB aus Klarstellungsgründen in Tateinheit, § 52 I StGB.

## D) Kommentar

**(bb).** Der vorliegende Fall zeigt schön auf, wie der BGH mit Fällen umgeht, wenn zwischen Vollendung und Beendigung eines Raubes eine (zusätzliche) Qualifikation gem. § 250 II StGB in Rede steht. Es vermag zu überzeugen, zumindest eine Beutesicherungsabsicht des Täters zu fordern, damit noch von einem Fortdauern der Tat die Rede sein kann. Verfolgt der Täter beim Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs keine vermögensrechtlichen Ziele mehr, ist der Raub nicht nur voll-, sondern auch beendet.

Ein anderes Problem stellt sich i.R.v. § 250 II Nr. 1 StGB, wenn der Täter mit dem Einsatz eines Messers droht, das Opfer aber dieses in der Dunkelheit gar nicht sehen konnte. Hier stellt sich die Frage, ob für ein Verwenden es genügt, wenn das Opfer die Drohung jedenfalls akustisch wahrnimmt. Der BGH hat hierzu Folgendes entschieden:<sup>23</sup>

- Der Annahme eines vollendeten Verwendens i.S.d. § 250 II Nr. 1 StGB steht nicht entgegen, dass das Tatopfer das Messer, mit dessen Einsatz der Täter droht, in der Dunkelheit nicht erkennen konnte, wenn es die Drohung mit dessen Einsatz akustisch vernimmt.
- Dies reicht aus, denn das optische Vorzeigen ist nur eine von mehreren Möglichkeiten des Täters, das Opfer auf sein gefährliches Werkzeug aufmerksam zu machen und es damit zu bedrohen. Auf welche Weise oder durch welchen Körpersinn der Täter seinem Gegenüber die Bewaffnung vermittelt, ist für die Herbeiführung der qualifizierten Zwangslage im Sinne des § 250 II Nr. 1 StGB nicht entscheidend.

## E) Wiederholungsfrage

- **Was versteht man unter einer Waffe i.S.d. § 250 I Nr. 1 a) StGB und liegt eine solche vor, wenn der Täter einen ungeladenen Revolver bei sich führt?**

Eine Waffe ist eine Sache, die ihrer Art nach zur Verursachung erheblicher Verletzungen von Personen generell geeignet und bestimmt ist. Außerdem muss der Gegenstand in der konkreten Tatsituation seine spezifische Gefährlichkeit aufweisen. Letzteres ist bei einem ungeladenen Revolver nicht der Fall, § 250 I Nr. 1a) Var. 1 StGB scheidet damit aus. Wird der ungeladene Revolver als Drohmittel eingesetzt, ist aber regelmäßig § 250 I Nr. 1 b) StGB („Scheinwaffe“) verwirklicht.

## F) Zur Vertiefung

### Zum Raub, §§ 249 ff. StGB

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafrecht BT I, Rn. 51 ff.

<sup>23</sup> Ausführlich hierzu vgl. BGH, Urteil vom 08.04.2020 – 3 StR 5/20 = **Life&LAW 04/2021, 249 ff.** = **jurisbyhemmer**.

BGH, Beschluss vom 26.02.2025, 4 StR 99/24 = [juris](#)[byhemmer](#)

## 6 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Revision)

**+++ Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung, § 44 StPO +++ Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag, § 45 StPO +++**

**Sachverhalt (abgewandelt):** Gegen das am 11.09.2023 in Anwesenheit des Angeklagten A verkündete Urteil hat der Angeklagte durch am 18.09.2023 per Telefax bei dem Landgericht eingegangenen Schriftsatz seines Verteidigers Revision eingelegt und diese sogleich mit der allgemeinen Sachrüge begründet. In einem Begleitschreiben hat der Verteidiger ausgeführt, dass die Revisionseinlegung „fristwährend vorab per Fax“ erfolge, „da eine beA-Versendung derzeit aufgrund von Störungen nicht möglich ist. Sobald ein beA-Versand wieder möglich ist, wird die Revision nochmals elektronisch versandt.“ Am 19.09.2023 hat der Verteidiger die Revisionseinlegung und -begründung nochmals, nunmehr in elektronischer Form, an das Landgericht übermittelt.

Nach Zustellung des Urteils hat er mit per beA übermitteltem Schriftsatz vom 27.12.2023 Wiedereinsetzung in die Begründungsfrist beantragt, die Revision weiter begründet und Beschwerde gegen die Kostenentscheidung eingelegt. Der Generalbundesanwalt hat in seiner Zuschrift vom 02.04.2024 beantragt, die Revision als unzulässig zu verwerfen, weil die Revisionseinlegung am 18.09.2023 formunwirksam und die Revisionseinlegung am 19.09.2023 nicht fristgerecht erfolgt sei. In seiner am 05.04.2024 eingegangenen Stellungnahme zu der Antragschrift des Generalbundesanwalts hat der Verteidiger das Vorliegen einer technischen Störung der beA/EGVP-Kommunikation am 18.09.2023 dargelegt und glaubhaft gemacht sowie vorsorglich für den Angeklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

**Wird dem Angeklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt? – Es ist davon auszugehen, dass den Angeklagten an der Fristversäumung keine Schuld trifft, seinen Rechtsanwalt aber schon.**

### A) Sounds

**1. Nach § 32d S. 2 StPO muss ein Rechtsanwalt die Revisionseinlegung als elektronisches Dokument übermitteln.**

**2. Anders als im Zivilrecht wird im Strafrecht dem Mandanten das Verschulden seines Rechtsanwalts nicht zugerechnet.**

### B) Problemaufriss

Der vorliegende Fall befasst sich mit einer für das Erste Examen eher unbekannten Konstellation, nämlich dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dieser ist in den §§ 44 f. StPO geregelt, aus denen sich zugleich die wesentlichen Prüfungspunkte herauslesen lassen. Insoweit kann gut systematisches Arbeiten abgeprüft werden. Gerade für das 2. Staatsexamen sollte die Thematik auf jeden Fall bekannt sein.

Die Voraussetzungen für einen zulässigen Wiedereinsetzungsantrag sind in § 45 StPO normiert, wonach im Falle einer Fristversäumung binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses der Wiedereinsetzungsantrag gestellt werden muss, § 45 I StPO. Die Tatsachen zur Begründung des Antrags sind dabei glaubhaft zu machen, § 45 II S. 1 StPO, wobei hier insbesondere das Mittel der eidesstattlichen Versicherung in Betracht kommt. Zusätzlich zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrags muss auch die versäumte Handlung innerhalb der Antragsfrist nachgeholt werden, § 45 II S. 2 StPO.

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Fristversäumung ohne Verschulden erfolgt war. Dann wird auf Rechtsfolgenseite gem. § 44 StPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

## „ERFOLG IST KEIN ZUFALL“

### DIE TIPPS DER EXAMENSBESTEN!

VON ERFOLGREICHEN JURIST\*INNEN PROFITIEREN – LIFE&LAW MÖCHTE WISSEN, WIE SICH EXAMENSKANDIDATINNEN UND KANDIDATEN AUF DAS EXAMEN VORBEREITET HABEN. WIR HABEN DAZU MIT **FLORIAN ZAUNER** GESPROCHEN, DER IN DER BAYERISCHEN ERSTEN JURISTISCHEN PRÜFUNG (TERMIN 2025/I) EIN GESAMTERGEBNIS VON 14,93 PUNKTEN ERZIELEN KONNTE. DIE ERFOLGSTIPPS DES HEMMER KURSTEIL-NEHMERS AUS ERLANGEN HABEN WIR IM INTERVIEW.

**Life&LAW:** Wie kam es dazu, dass Sie sich für ein Jurastudium entschieden haben?

**Florian Zauner:** Ich bin eher zufällig ins Jurastudium gerutscht. Zwar hatte ich mich schon während der Berufsorientierungsphase in der Oberstufe mit dem Jurastudium auseinandergesetzt, zu dem Zeitpunkt war ich aber noch keinesfalls sicher, ob Jura das Richtige für mich wäre. Vielmehr war ich nach meinem Abitur 2020 zunächst völlig planlos, in welche Richtung es für mich gehen sollte. Meine ursprünglichen Pläne für ein Gap Year waren wegen Corona ins Wasser gefallen, und so startete ich in ein naturwissenschaftliches Orientierungsstudium. Gleichwohl besuchte ich in diesem ersten Semester auch einige Jura-Vorlesungen und stellte schnell fest, dass hier mein eigentliches Interesse liegt. Zum nächsten Semester wechselte ich ins Jurastudium.



FLORIAN ZAUNER





„Nicht nur die fachliche Kompetenz der Dozentinnen und Dozenten, sondern auch der Humor und der Unterrichtsstil haben mich überzeugt.“



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

Die meisten meiner älteren Freunde aus dem Jurastudium waren ihrerseits bei hemmer und haben mir den Kurs empfohlen, sodass die Wahl für mich schon vorgezeichnet schien. Nichtsdestotrotz war ich sowohl bei hemmer, Alpmann als auch im UniRep probegören, um mir eine eigene Meinung bilden zu können. Denn für mich waren weniger die Unterlagen ausschlaggebend als vielmehr die Persönlichkeiten, mit denen ich es ein Jahr lang zu tun haben würde. Bei hemmer fühlte ich mich dann direkt gut aufgehoben. Nicht nur die fachliche Kompetenz der Dozentinnen und Dozenten, sondern auch der Humor und der Unterrichtsstil haben mich überzeugt. Ich wusste, dass ein anspruchsvolles Jahr der Examensvorbereitung vor mir lag, aber auch, dass mir mit diesem Team der Spaß an Jura nicht vergehen würde. Hierbei handelt es sich um meine ganz persönliche Wahrnehmung. Ich würde jedem empfehlen, nicht nur auf den Rat anderer zu hören, sondern sich selbst beim Probegören ein Bild von den Unterrichtenden zu machen.

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

Riesiger Pluspunkt bei hemmer ist selbstverständlich die jahrelange Erfahrung, die die Dozentinnen und Dozenten mitbringen, die sich aber auch in den Lernunterlagen widerspiegelt. Damit hat mir das Gesamtkonzept hemmer in der aufwühlenden Zeit der Examensvorbereitung etwas beruhigende Sicherheit gegeben. Ich hatte Vertrauen, dass ich ausreichend und möglichst vollständig auf das Examen vorbereitet bin, wenn ich nur diesen Kurs – mit dem vor mir schon tausende Studenten erfolgreich gefahren sind – vollständig besuche und nachbereite. In diesem Vertrauen beschränkte ich mich während der Vorbereitung größtenteils auf die hemmer-Unterlagen. Nur selten schlug ich etwas zur Vertiefung noch in einem Kommentar nach. Auch vom Klausurenkurs konnte ich profitie-

ren. Im Durchschnitt empfand ich die Klausuren bei hemmer als schwerer als Originalexamensklausuren. Teilweise hat das gefrustet, wenn nach Monaten der Vorbereitung doch wieder eine nicht bestandene Klausur mit einem niederschmetternden Votum zurückkam. Dieses Training auf erhöhtem Niveau hat aber sicher auch dazu beigetragen, dass ich im Examen einen deutlich höheren Schnitt erzielen konnte als in den Probeklausuren.

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

Definitiv! Die vierstündigen Kurseinheiten waren zwar anstrengend, es verging aber kaum eine Einheit, in der ich nicht mehrfach schmunzelnd vor dem PC saß – etwa, wenn man seit Stunden in das Immobiliarsachenrecht vertieft ist und Michi plötzlich anfängt, „Ohne Dich“ von Münchener Freiheit zu grölen und einen Beziehungstypentest anhand von Hypothek und Grundschuld vornimmt.

Auch die zahlreichen Aha-Momente, wenn ein Problem aus einer ganz anderen Perspektive als im Studium erklärt wurde und man das Gefühl hatte, Jura erstmalig richtig zu verstehen, haben dazu beigetragen, dass ich die Kurseinheiten größtenteils als kurzweilig wahrnahm.

### **Sie haben den Kurs online besucht. Warum das?**

Zu Beginn habe ich den Kurs in Präsenz besucht. Nach etwa einem Monat musste ich jedoch an einem Termin notgedrungen online teilnehmen. Dabei merkte ich, dass ich dem Kurs von zuhause ebenso konzentriert folgen konnte wie vor Ort, sodass ich in der Folge das Repetitorium verbunden mit dem Komfort meines Schlafzimmers besuchte. Meist nahm ich dann die Rolle des stillen Genießers ein, etwaige Fragen stellte ich aber ohne Not per Chat oder Mikrofon. Insofern entstand mir durch die Online-Teilnahme kein Verlust. Das hemmer-Feeling blieb mir ebenso erhalten – denn Michi hat die besondere Fähigkeit, über Zoom ohne Emotionsverlust in dein



## #hemmerexamenstipp

MEHR TIPPS ZUR ERFOLGREICHEN  
EXAMENSVOBEREITUNG  
AUF INSTAGRAM UND FACEBOOK  
@BYHEMMER

Wohnzimmer zu treten. Ich habe mich zuhause vor meinem Bildschirm sitzend ganz persönlich von Michi angeschrien gefühlt, als säße ich im Kursraum in der ersten Reihe. Wer das erlebt hat, weiß, wovon ich spreche.

Gleichwohl sollte sich jeder, der online am Kurs teilnehmen will, kritisch hinterfragen, ob er wirklich ebenso aufmerksam bei der Sache ist – leider gibt es zuhause hin und wieder Dinge, die im Moment spannender scheinen als die x-te Theorie zur Anfechtung einer Nebenbestimmung. Diese Störfaktoren bestehen bei Teilnahme vor Ort nicht.

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

Nachdem uns in den ersten Kurseinheiten mehrfach eingetrichtert wurde, wie wichtig das Wiederholen ist, habe ich mir unmittelbar in der ersten Woche ein Karteikartensystem nach Vorbild der hemmer-Wiederholungsmappe erstellt. Während des Studiums arbeitete ich noch mit Lehrbüchern und eigenen Zusammenfassungen, jetzt sahen meine Lerntage etwas anders aus. Vormittags besuchte ich den Kurs (meistens online). Unmittelbar danach machte ich einen Spaziergang und ließ die wichtigsten Inhalte Revue passieren – die erste Wiederholungseinheit. Die Nachbereitung erfolgte stets erst am darauffolgenden Tag, damit sich der Stoff bereits etwas setzen konnte: Ich gliederte den Fall noch einmal und rekapitulierte die wichtigen Problemkreise. Danach arbeitete ich die Lösung durch und schlug gegebenenfalls einzelne Fragen in einem Kommentar nach. Das kam aber nicht allzu häufig vor; grundsätzlich beschränkte ich mich auf die hemmer-Unterlagen. Anschließend ergänzte ich meine Zusammenfassungen aus den letzten Jahren und erstellte Karteikarten. Viele schwören auf Anki, ich bevorzugte das analoge System; denn so brauchte ich bei der Wiederholung nicht vor dem PC zu sitzen, sondern konnte sie an der frischen Luft während eines Spaziergangs erledigen. Je mehr Karteikarten sich ansammelten, desto länger wurden die Runden, sodass ich irgendwann auf tägliche Spaziergänge von bis zu zwei Stunden kam. Diese Wiederholungsspaziergänge kann ich wärmstens weiterempfehlen!

### Wie viele Klausuren haben Sie während der Vorbereitung geschrieben?

Ich habe unmittelbar in der ersten Rep-Woche mit dem Klausurenschreiben angefangen, sodass ich über das eine Jahr Rep auf ca. 50 Klausuren kam. Dabei habe ich von Anfang an versucht, diese „scharf“ zu schreiben. Natürlich gab es immer wieder Klausuren, in denen ich nicht so recht weiterwusste – aber gerade die Fähigkeit, mit unbekannten Problemen umzugehen, ist eine besonders wertvolle und fürs Examen essenzielle, die es vor der ersten Examensklausur zu erlernen gilt. Wenn ich aber merkte, dass es ohne die Grundzüge nachzusehen keinen Sinn haben würde, die Klausur zu schreiben, habe ich mir ebendiese Grundzüge im Vorhinein angeschaut. In dem Fall galt für mich: lieber die Klausur mit Hilfsmitteln schreiben, als sie gar nicht zu schreiben – denn auch das bringt Übung und hilft, Routine aufzubauen. Zusätzlich habe ich an dem von der Uni angebotenen Probeexamen teilgenommen. Das würde ich jedem ans Herz legen – sechs Klausuren in eineinhalb Wochen zu schreiben ist eine außergewöhnliche Belastungssituation, die es sich lohnt, schon vor dem Ernstfall einmal geprobt zu haben.

### Sie haben sich also nur ein Jahr auf das Examen vorbereitet?

Ich bin nach einem Jahr Vorbereitung mit hemmer unmittelbar ins Examen gegangen, korrekt. Für mich persönlich war das die richtige Entscheidung. Weil ich aus dem Grundstudium schon einen soliden Wissensgrundstock mitbrachte, konnte ich es mir leisten, in manchen Rechtsgebieten eher auf halber Flamme mitzulernen, um dafür aber in den Rechtsgebieten, in denen ich Nachholbedarf hatte, Vollgas zu geben. Aufgrund des kleinen, aber feinen Fortschritts, den ich Tag für Tag machte, aber auch mit der sich einstellenden Einsicht, dass das Ziel, alles Examensrelevante zu können, ein nicht erreichbares Irrlicht ist, meldete ich mich für das Examen an – freilich stets mit der Möglichkeit des Zweitversuchs im Hinterkopf. Ein weiterer Abwägungsgesichtspunkt war der Kampf gegen das Vergessen, der während dieser langen Zeit jeden Tag zu führen ist und mich ehrlicherweise von einem zusätzlichen halben Jahr der Vorbereitung abschreckte. Selbstverständlich gibt es aber auf die Frage, was die optimale Dauer der



# TIPPS ZUR EXAMENSVORBEREITUNG

VON FLORIAN ZAUNER:

Examensvorbereitung ist, nicht die eine richtige Antwort. Sie ist vielmehr abhängig von den individuellen Umständen eines jeden Einzelnen.

## Wie übersteht man die Zeit der Examensvorbereitung, ohne am Schluss völlig ausgelaugt zu sein?

Pausen sind essenziell – nicht nur damit sich das Gelernte setzen kann, sondern auch für die eigene Gesundheit. Bei mir war Sonntag fester Pausentag. Zugegebenermaßen kam es hin und wieder vor, dass ich doch auch sonntags ein paar Stunden gelernt habe, ich nahm mir aber vor, das nicht zur Regel werden zu lassen. Zusätzlich plante ich auch an Lerntagen bewusst Pausen ein. Wer denkt, er könne acht Stunden am Stück produktiv sein, der belügt sich selbst. Ich beispielsweise bin gerne mittags ins Fitnessstudio gegangen, um mich auch körperlich mal so richtig auszupowern. Abends spielte ich zum Herunterkommen Akkordeon – ein Hobby, das mich schon von Kindesbeinen an begleitet. Bleibt also euren Hobbies treu, trifft euch weiterhin mit Freunden und seht die Kursferien wirklich als Ferien.

Ich habe selbst gemerkt, welche negativen Effekte es hat, wenn man versucht, über seine Kräfte hinaus zu lernen. Die letzten zwei Monate vor dem Examen hatte ich das Gefühl, ich hätte noch unendlich viel zu tun. Meine Lerntage wurden länger, der sportliche Ausgleich kam immer seltener. Das war ein riesiger Fehler. Meine Schlafqualität verschlechterte sich, ich war früh müde, effektives Lernen war kaum mehr möglich. Daher meine dringende Bitte: Vernachlässigt nicht den Ausgleich neben dem Studium, es lohnt sich nicht! Gerade kurz vor dem Examen wird die Versuchung groß, die Hobbies hintenzustellen. In dieser Zeit wird die Schlacht aber nicht mehr entscheidend geschlagen. Habt Vertrauen in die Arbeit der letzten Monate und Jahre, ihr schafft das!

**Vielen Dank für das Interview.**

1

Gehe zum Probehören und mache Dir selbst ein Bild von den Unterrichtenden.

2

Wenn Du online am Kurs teilnehmen möchtest, frage Dich kritisch ob du wirklich aufmerksam und konzentriert folgen kannst.

3

Mache regelmässig Wiederholungsspaziergänge ;-)

4

Schreibe die Klausur lieber mit Hilfsmitteln, als sie gar nicht zu schreiben

## WEITERE TIPPS ZUR EFFEKTIVEN EXAMENSVORBEREITUNG

„COACH DICH!

RATIONALES EFFEKTIVITÄTSTRAINING ZUR  
ÜBERWINDUNG EMOTIONALER BLOCKADEN“

Albert Ellis/Petra Jacobi/Dieter Schwartz

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

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

erhältlich als Taschenbuch und eBook

[WWW.HEMMER-SHOP.DE](http://WWW.HEMMER-SHOP.DE)

HIER GEHT'S  
ZUM RATGEBER!



**Schema: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 44, 45 StPO****I. Zulässigkeit**

1. Fristversäumung
2. Wiedereinsetzungsantrag binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses, § 45 I S. 1 StPO
3. Nachholung der versäumten Handlung innerhalb der Antragsfrist, § 45 II S. 2 StPO
4. Glaubhaftmachung der Tatsachen zur Begründung des Antrags, § 45 II S. 1 StPO

**II. Begründetheit**

(+), wenn Fristversäumung ohne Verschulden

**C) Lösung**

Zu prüfen ist, ob dem Angeklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist. Dabei ist davon auszugehen, dass den Angeklagten an der Fristversäumung kein Verschulden trifft, seinen Rechtsanwalt aber schon.

**I. Erfolgsaussichten des Wiedereinsetzungsantrags**

Dem Angeklagten wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, wenn der Antrag auf Wiedereinsetzung zulässig und begründet ist.

**1. Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags****a) Fristversäumung****aa) Revisionseinlegung am 18.09.2023**

Fraglich ist, ob der Angeklagte überhaupt die Frist zur Einlegung der Revision nach § 341 I StPO versäumt hat. Hiernach muss die Revision bei dem Gericht, dessen Urteil angefochten wird (lat.: iudex a quo), binnen einer Woche nach der Verkündung des Urteils zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich eingereicht werden.

Gegen den Angeklagten wurde am 11.09.2023 das Urteil verkündet, sodass die Wochenfrist zur Einlegung der Revision gem. § 43 I StPO am 18.09.2023 endete.

Die Einlegung der Revision durch den Rechtsanwalt des Angeklagten am 18.09.2023 könnte daher gerade noch rechtzeitig gewesen sein. Jedoch ist fraglich, ob die Einreichung wirksam war. Dies ist deshalb problematisch, da der Rechtsanwalt das Dokument per Telefax einreichte, obwohl gem. § 32d S. 2 StPO die Revisionseinlegung elektro-

nisch übermittelt werden muss; wenn ein Rechtsanwalt handelt, muss dieser hiernach das „beA“ (das „besondere elektronische Anwaltspostfach“) verwenden, vgl. § 32a III S. 1, IV S. 1 Nr. 2 StPO. Dies ist vorliegend mit der Übermittlung per Telefax allerdings nicht erfolgt.

Es könnte aber gem. § 32d S. 3 StPO ausnahmsweise zulässig gewesen sein, das Dokument nicht über beA einzureichen. Ist diese Übermittlung nämlich aus technischen Gründen nicht möglich, ist die Übermittlung in Papierform zulässig. Jedoch muss die vorübergehende Unmöglichkeit bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft gemacht werden, § 32d S. 4 HS 1 StPO.

Vorliegend erläuterte der Rechtsanwalt nur, dass die Versendung mittels beA derzeit aufgrund von Störungen nicht möglich sei. Aus diesem unsubstantiierten Vortrag ergibt sich aber nicht, ob und wann der Rechtsanwalt eine elektronische Übermittlung versucht hat. Ebenso wenig erschließt sich daraus, dass im Zeitpunkt der Übermittlung eine grundsätzlich einsatzbereite technische Infrastruktur existierte und eine nur vorübergehende technische Störung gegeben war.

Damit wurde die Revision am 18.09.2023 nicht wirksam eingereicht.

**bb) Revisionseinlegung am 19.09.2023**

Zu prüfen ist weiter, ob die Revision nicht am 19.09.2023 wirksam eingereicht wurde. Hier wurden durch die Übersendung mittels beA jedenfalls die Formvorgaben gewahrt.

Jedoch war diese Revisionseinlegung mehr als eine Woche nach Verkündung des Urteils und damit nach Ablauf der Frist des § 341 I StPO beim Landgericht eingegangen.

Damit wurde die Frist zur Einlegung der Revision versäumt.

**Anmerkung:** Prüfen Sie immer akribisch, ob eine Frist wirklich abgelaufen ist. Im Sachverhalt wird oft als falsche Fährte eine Wiedereinsetzung angesprochen, obwohl die zugrundeliegende Frist noch nicht einmal abgelaufen ist, weil sie sich wegen Zustellungsfehlern, Feiertagen etc. verschoben hat.

Ferner müsste der Rechtsanwalt einen Antrag auf Wiedereinsetzung innerhalb einer Woche nach Wegfall des Hindernisses gestellt haben, § 45 I StPO, und er müsste die versäumte Handlung innerhalb der Antragsfrist nachgeholt haben, § 45 II S. 2 StPO. Zudem müsste er die Tatsachen über die Begründung des Antrags bei der Antragstellung glaubhaft gemacht haben, § 45 II S. 1 StPO.

### b) Wiedereinsetzungsantrag

Ein Wiedereinsetzungsantrag liegt vor. Der Rechtsanwalt des Angeklagten beantragte am 05.04.2024 vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

**Anmerkung:** Achtung bei der Sachverhaltsanalyse. Der Rechtsanwalt hatte zwar auch am 27.12.2023 Wiedereinsetzung beantragt, aber Wiedereinsetzung in die Frist zur Revisionsbegründung. Den Antrag zur Wiedereinsetzung in die Frist zur Revisionseinlegung stellte er erst am 05.04.2024.

### c) Nachholung der versäumten Handlung

Ferner müsste der Rechtsanwalt die versäumte Handlung innerhalb der Antragsfrist nachgeholt haben, § 45 II S. 2 StPO.

Dies könnte vorliegend problematisch sein, da der Rechtsanwalt nicht nach dem Wiedereinsetzungsantrag vom 05.04.2024 die Revision einlegte. Dies ist jedoch auch nicht nötig, wenn – wie hier – die erforderliche Handlung bereits in der Vergangenheit vorgenommen worden ist und in dem Wiedereinsetzungsantrag auf die damit – abgesehen von der Verspätung – bereits ordnungsgemäß vorgenommene Prozesshandlung Bezug genommen wird.<sup>1</sup>

Hier wurde die Revision formgerecht bereits am 19.09.2023 eingelegt. Hierauf wurde mit der Wiedereinsetzung Bezug genommen, sodass es nicht notwendig war, nochmals (zum zweiten Mal) Revision einzulegen.

### d) Glaubhaftmachung

Darüber hinaus müsste der Rechtsanwalt gem. § 45 II S. 1 StPO die Tatsachen zur Begründung des Antrags bei der Antragstellung glaubhaft gemacht haben. Da es sich um einen Wiedereinsetzungsantrag handelt, ist die Tatsache zu dessen Begründung die unverschuldete Fristversäumnis.

Vorliegend traf den Angeklagten laut dem Bearbeitervermerk keine Schuld an der verspäteten Einlegung der Revision. Fraglich ist aber, ob er sich ein (etwaiges) Verschulden seines Rechtsanwalts zurechnen lassen muss. In der StPO findet sich hierzu keine Norm.

Im Zivilprozess hingegen ist dies aufgrund des § 85 II ZPO die Regel, wonach ein Verschulden des Bevollmächtigten dem Verschulden der Partei gleichsteht. Dies könnte auf das Strafprozessrecht zu übertragen sein. Jedoch fehlt es für eine analoge Anwendung bereits an der Planwidrigkeit der Regelungslücke, da der Gesetzgeber diese Konstellation offensichtlich erkannt, aber nur für den Zivilprozess geregelt hat, nicht für den Strafprozess. Doch selbst für den Fall, dass man dies anders sehen wollte, ist auch die Interessenlage nicht vergleichbar, da der weitere Lebensweg des Angeklagten im Strafprozess von einem Urteil abhängen kann, wohingegen im Zivilprozess keine vergleichbaren Risiken drohen. Daher wäre es im Strafprozess nicht sachgerecht, dem Angeklagten das Verschulden seines Rechtsanwalts zuzurechnen.

Diese Tatsachen machte der Verteidiger des Angeklagten glaubhaft.

**Zwischenergebnis:** Somit ist der Wiedereinsetzungsantrag zulässig.

## 2. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Frist tatsächlich ohne Verschulden versäumt wurde, § 44 S. 1 StPO. Dies ist, wie oben gezeigt, der Fall.

## II. Ergebnis

Dem Angeklagten wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

**Zusatzfrage:** Ist die Frist zur Begründung der Revision auch versäumt worden?

Nein, denn dem Angeklagten wird im Ergebnis Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt und dieser ist der Stand vor Ablauf der Einlegungsfrist. Die Revisionsbegründungsfrist beginnt somit erst mit Zustellung des die Wiedereinsetzung gewährenden Beschlusses zu laufen. Mit anderen Worten: Ist die Frist zur Revisionseinlegung noch nicht einmal angelaufen, kann die Frist zur Revisionsbegründung noch nicht abgelaufen sein.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 30.05.2000 – 1 StR 103/00 = jurisbyhemmer.

## D) Kommentar

(bb). Der Fall zeigt anschaulich, wie auch eine komplexe Fristenproblematik mit einer sauberen Argumentation anhand des Gesetzes gut lösbar ist. Merken Sie sich vor allem, dass das Verschulden eines Verteidigers nicht entsprechend § 85 II ZPO zugerechnet werden kann. Hier zum Abspeichern nochmals die wesentlichen Argumente:

- Die StPO enthält keine dem § 85 II ZPO entsprechende Regelung.
- Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine entsprechende Zurechnungsvorschrift verzichtet.
- Der Verteidiger ist kein reiner „Bevollmächtigter“, sondern ein rechtlich unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO).
- Das Strafverfahren betrifft elementare Grundrechte, deshalb darf der Beschuldigte nicht durch einen Verfahrensfehler seines Verteidigers unverhältnismäßig belastet werden.
- Der „Fair Trial“-Grundsatz (Art. 6 I EMRK) gebietet, dass dem Angeklagten nicht der Zugang zu Rechtsmitteln wegen eines Verteidigerverschuldens verwehrt werden kann.

## E) Wiederholungsfrage

- **Was sollten Sie zuerst machen, bevor Sie die Erfolgsaussichten eines Wiedereinsetzungsantrags prüfen?**

Zuerst muss geprüft werden, ob die zugrundeliegende Frist wirklich schon abgelaufen ist und sich nicht vielleicht wegen Zustellungsfehlern etc. verschoben hat.

- **Welche Möglichkeit hat ein Rechtsanwalt, wenn die Versendung mittels beA wegen vorübergehender technischer Störungen nicht möglich ist?**

Gem. § 32d S. 3 StPO ist dann eine Übermittlung auch in Papierform zulässig. Allerdings muss die vorübergehende Unmöglichkeit bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft gemacht werden, § 32d S. 4 HS 1 StPO.

## F) Zur Vertiefung

**Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 44 ff. StPO**

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafprozessrecht, Rn. 536 ff.



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

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

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „**juris by hemmer**“:  
[www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)

OVG NRW, Urteil vom 26.07.2024 – 10 A 21010/22 = [jurisbyhemmer](#)

## 7 Baurecht: Beseitigungsanordnung und Bestandsschutz

+++ Beseitigungsanordnung +++ Formelle und materielle Illegalität +++ Bestandsschutz +++

**Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht):** E ist Eigentümerin eines im Stadtgebiet der nordrhein-westfälischen, kreisfreien Stadt S belegenen Grundstücks. Das Grundstück liegt zwischen einer Bahntrasse und dem Fluss F. Zwischen dem Fluss und dem Grundstück ist ein Deich errichtet. Die Fläche zwischen der Bahntrasse und dem Deich ist im Wesentlichen unbebaut, eine zusammenhängende Bebauung ist in diesem Bereich nicht vorhanden. Ein Bebauungsplan existiert nicht. Der Flächennutzungsplan stellte das Gebiet zunächst als Sonderbaufläche „Wochenhausgebiet“ dar.

E ist seit 2012 Eigentümerin des Grundstücks. Auf dem Grundstück ist ein Gebäude mit der Grundfläche von 9,50 m x 5,50 m errichtet, das die E als alleinigen Wohnsitz nutzt. Mit Baugenehmigung vom 16.01.1963 wurde für das Grundstück die Errichtung eines Wochenendhauses der Grundfläche 6 m x 4 m genehmigt.

Im Jahr 2013 erließ die Bezirksregierung als zuständige obere Wasserbehörde eine Verordnung zur Festsetzung des Überschwemmungsgebietes „F“. Daraufhin wurde der Flächennutzungsplan für das betreffende Gebiet neu aufgestellt. Die Sonderbaufläche „Wochenendhausgebiet“ wurde nunmehr als „Fläche für Landwirtschaft“ dargestellt. Die Planbegründung verwies auf das neu aufgestellte Überschwemmungsgebiet und die Hochwassergefahren in dem Gebiet.

Nach ordnungsgemäßer Anhörung der E erließ die Stadt S als örtlich zuständige untere Bauaufsichtsbehörde am 11.02.2021 eine schriftliche Beseitigungsanordnung, in der die Behörde der E aufgab, innerhalb einer Frist von acht Monaten nach Bestandskraft der Verfügung das Wohnhaus auf ihrem Grundstück abzubauen. Zur Begründung führte die Behörde aus, dass das Wohngebäude formell und materiell illegal sei. Die Anlage hätte spätestens seit der ausgeübten Dauerwohnnutzung geltendem öffentlichen Baurecht widersprochen und widerspräche ihm durch den Verlust des Bestandsschutzes aus der Baugenehmigung auch heute noch. Eine nachträgliche Baugenehmigung, auch lediglich für eine künftige Wochenendnutzung, könne nicht erteilt werden. Das nicht privilegierte Vorhaben widerspreche der Darstellung des Flächennutzungsplans („Fläche für die Landwirtschaft“) und derjenigen der Überschwemmungsverordnung.

E hielt den Bescheid für rechtswidrig und erhob dagegen mit dem Antrag der Aufhebung der Beseitigungsanordnung am 02.03.2021 Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht. Die bauliche Anlage genieße – so die Ausführungen der E – Bestandsschutz, weil sie in der Vergangenheit nicht materiell baurechtswidrig gewesen sei. Vor Inkrafttreten der neuen Überschwemmungsgebietsverordnung sei von der Baubehörde in keiner Weise verlautbart worden, dass einer Bebauung bzw. Nutzung zu Dauerwohnzwecken in absehbarer Zeit mit Abrissverfügungen entgegengewirkt werden sollte. Im Übrigen sei die Abrissverfügung unverhältnismäßig. Die Beklagte sei vielmehr verpflichtet, umgehend den bestehenden Hochwasserdamm zu ertüchtigen.

**Hat die Klage Aussicht auf Erfolg? – Von der Rechtmäßigkeit der Überschwemmungsgebietsverordnung ist auszugehen. § 78 IV WHG lautet:** „In festgesetzten Überschwemmungsgebieten ist die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen nach den §§ 30, 33, 34 und 35 des Baugesetzbuches untersagt. [...]“

### A) Sounds

1. Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Beseitigungsanordnung gemäß § 82 I S. 1 BauO NRW ist der Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Die Anlage muss formell und materiell baurechtswidrig sein. Allein das Fehlen einer Baugenehmigung (formelle Illegalität) bzw. der Widerspruch zum materiellen Baurecht

(materielle Illegalität) genügt in der Regel nicht für den Erlass einer Beseitigungsanordnung.

2. Gegen eine Beseitigungsanordnung gemäß § 82 I S. 1 BauO NRW kann der Betroffene Bestandsschutz der Anlage als Abwehrposition geltend machen. Die Rechtsposition wird aus Art. 14 I GG hergeleitet.

## B) Problemaufriss

Es handelt sich bei der Entscheidung des OVG NRW um eine klassische bauaufsichtsrechtliche Fallkonstellation, in der materielles Baurecht über den „Aufhänger“ einer Beseitigungsanordnung zu prüfen ist. Die Entscheidung ist lehrreich, um den examensrelevanten Klausurentypus der Beseitigungsanordnung und dessen materielle Voraussetzungen sich zu erarbeiten bzw. zu wiederholen. Hier spielt außerdem – ebenfalls typisch für Beseitigungsanordnungen – das Thema des Bestandsschutzes eine wesentliche Rolle.

## C) Lösung

Die Klage hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit sie begründet ist.

### I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

#### 1. Verwaltungsrechtswegeröffnung

Mangels Eingreifens einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO. Vorliegend handelt es sich nach der modifizierten Subjektstheorie um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts, aufgrund dessen Rechtsnormen die Bauaufsichtsbehörde als Hoheitsträger in öffentlich-rechtlicher Funktion zum Handeln berechtigt und/oder verpflichtet wird. Es handelt sich daher um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, die auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Da auch eine abdrängende Sonderzuweisung nicht einschlägig ist, ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.

#### 1. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem gemäß § 88 VwGO zu ermittelnden klägerischen Begehren. E begehrt die Aufhebung der Beseitigungsanordnung vom 11.02.2021, sodass die Anfechtungsklage gemäß § 42 I Alt. 1 VwGO einschlägig sein könnte. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei der Anordnung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW handelt.

**Anmerkung:** Der Originalfall spielt in NRW. Die aufgeworfenen Problemfelder sind allerdings klassisch und stellen sich sinnentsprechend in allen anderen Bundesländern gleichermaßen.

Die Verfügung stellt eine hoheitliche Maßnahme der Bauaufsichtsbehörde auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts mit der Regelung der Beseitigung des Wohnhauses dar, die die E als außerhalb der Verwaltung stehende Person unmittelbar betrifft. Ein Verwaltungsakt liegt vor.

#### 2. Klagebefugnis

Als Adressat der sie belastenden Beseitigungsanordnung ist E möglicherweise in ihrem Eigentumsrecht aus Art. 14 I GG, jedenfalls in ihrer aus Art. 2 I GG fließenden allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen und mithin gemäß § 42 II VwGO klagebefugt.

#### 4. Klagefrist

Die Klagefrist des § 74 I VwGO ist gewahrt.

#### 5. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist in Nordrhein-Westfalen gemäß § 68 I S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. § 110 I S. 1 JustG NRW grundsätzlich unstatthaft.

**Anmerkung:** Beachten Sie, dass gemäß § 110 III S. 1 JustG NRW ein Vorverfahren ausnahmsweise durchzuführen ist im Falle von Drittwidersprüchen. Für die praktisch (und klausurpraktisch) bedeutsamen Fälle des Drittwiderspruchs im Baurecht gilt aber die Rückausnahmeregel des § 110 III S. 2 Nr. 8 JustG NRW, wonach das Vorverfahren bei Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden und Baugenehmigungsbehörden entfällt.<sup>1</sup>

#### 6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

E ist als natürliche Person gemäß §§ 61 Nr. 1 Alt. 1, 62 I Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Die Stadt S ist gemäß §§ 61 Nr. Alt. 2, 62 III VwGO i.V.m. § 63 I S. 1 GO NRW, vertreten durch ihren Bürgermeister, beteiligten- und prozessfähig.

**Zwischenergebnis:** Die Klage ist zulässig.

<sup>1</sup> Vgl. Schoch/Schneider, VwGO, § 68 Rn. 14 f.

### III. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, § 78 I Nr. 1 VwGO, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 I S. 1 VwGO.

#### 1. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO

Rechtsträgerin der handelnden Bauaufsichtsbehörde und mithin richtige Beklagte ist die Stadt S, § 78 I Nr. 1 Var. 3 VwGO.

#### 2. Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung

Zu prüfen ist, ob die Abrissverfügung rechtswidrig ist.

##### a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage einer Beseitigungsanordnung ist § 82 I S. 1 BauO NRW.

##### b) Formelle Rechtmäßigkeit

Ausweislich des § 57 I S. 2 BauO NRW ist der Vollzug der BauO und insbesondere der Erlass einer Beseitigungsanordnung einer baulichen Anlage im Sinne des § 1 I S. 2 BauO NRW grundsätzlich den unteren Bauaufsichtsbehörden sachlich zugewiesen.

Untere Bauaufsichtsbehörden sind gemäß § 57 I Nr. 3 lit. a) BauO NRW unter anderem kreisfreie Städte. Die Stadt S war als kreisfreie Stadt mithin für den Erlass der Beseitigungsanordnung sachlich zuständig.

**Anmerkung:** Die örtliche Zuständigkeit, die hier vorgegeben war, ergibt sich nicht aus der BauO NRW, sondern aus dem subsidiären § 3 VwVfG NRW (vgl. in Bayern sinnentsprechend Art. 3 BayVwVfG). Im Baurecht wird hier regelmäßig § 3 I Nr. 1 VwVfG NRW einschlägig sein, nach dem in Angelegenheiten, die sich auf unbewegliches Vermögen oder auf ein ortsgebundenes Recht beziehen, die Behörde örtlich zuständig ist, in deren Bezirk das Vermögen oder der Ort liegt. Die Belegenheit des betreffenden Grundstücks ist demnach entscheidend.<sup>2</sup>

E wurde vor Erlass der Beseitigungsanordnung nach § 28 I VwVfG NRW angehört.

Der Bescheid erging in Schriftform, sodass das Formerfordernis des § 20 I OBG gewahrt ist.

**Anmerkung:** Sollten Fehler bei Verfahren/Form vorliegen, denken Sie an die §§ 44 II Nr. 1, 45 I Nr. 3, II, 46 VwVfG NRW.

##### c) Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob der Verwaltungsakt auch materiell rechtmäßig ist.

Nach § 82 I S. 1 BauO NRW kann die Bauaufsichtsbehörde anordnen, Anlagen, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet werden, zu beseitigen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

##### aa) Anlage i.S.d. § 82 I S. 1 BauO NRW

Es müsste sich bei dem Gebäude um eine Anlage i.S.d. §§ 82 I S. 1, 1 I S. 2 BauO NRW handeln. Nach der Legaldefinition des § 2 I S. 1 BauO NRW sind bauliche Anlagen mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Das Haus der E ist hiernach eine Anlage in diesem Sinne.

##### bb) Baurechtswidrigkeit

Des Weiteren müsste die Anlage im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sein. Danach müsste das Vorhaben grundsätzlich formell und materiell illegal (baurechtswidrig) sein, was der Fall ist, wenn sowohl eine erforderliche Genehmigung nicht vorliegt als auch ein Verstoß gegen das materielle Baurecht gegeben ist.<sup>3</sup>

**Anmerkung:** Dies folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. auch § 82 I S. 1 HS 2 BauO NRW), da eine Baubeseitigungsanordnung aufgrund der oftmals damit einhergehenden Schaffung irreparabler Zustände einen besonders schweren Eingriff in Art. 14 I S. 1 GG darstellt, vgl. Art. 14 I S. 2 GG. Demgemäß bedarf es bei einer Baueinstellung nach § 81 I S. 2 Nr. 1 BauO NRW nur der formellen Illegalität. Bei der Nutzungsuntersagung gemäß Art. § 81 I S. 2 BauO NRW ist wiederum strittig, ob es neben der formellen auch einer materiellen Baurechtswidrigkeit des Vorhabens bedarf. Im Wesentlichen geht es um die Frage, ob – wie bei der Beseitigungsanordnung – die materielle Illegalität zu fordern ist, oder ob allein die formelle Illegalität ausreicht, um die Nutzung zu untersagen.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Vgl. Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, § 4 Rn. 260.

<sup>3</sup> Vgl. Spannowsky/Saurenhaus, BauO NRW, § 82, Rn. 2.

<sup>4</sup> Vgl. dazu VGH München, Beschluss vom 25.03.2024 – 1 CS 24.65 = jurisbyhemmer = Life&LAW 09/2024, S. 624 ff.

*Eine Ansicht sieht allein die formelle Illegalität als ausreichend an; denn zu den von der Behörde zu prüfenden baurechtlichen Vorschriften gehörten auch jene über die Genehmigungspflicht und nach dem Wortlaut genüge jeder Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, womit eine genehmigungspflichtige Nutzung bereits bei fehlender Genehmigung untersagt werden kann. Dagegen wird unter Hinweis auf den durch Art. 14 I GG gewährleisteten Bestandsschutz und der Ordnungsfunktion einer Baugenehmigung angenommen, ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften setze bei einer (dauerhaften) Nutzungsuntersagung voraus, dass die Nutzung nicht durch eine Baugenehmigung gedeckt sei und seit ihrem Beginn fortdauernd gegen materielles Baurecht verstoße.*

*Mehrere Oberverwaltungsgerichte vertreten eine vermittelnde Ansicht,<sup>5</sup> wonach auch eine endgültige Nutzungsuntersagung tatbestandlich nur eine formelle Baurechtswidrigkeit zur Voraussetzung hat und materiellrechtliche Erwägungen nachfolgend im Rahmen der Ermessensausübung der Baurechtsbehörde Bedeutung erlangen. Dieser Ansicht folgt auch das OVG NRW.<sup>6</sup> Dafür spreche, dass die Nutzungsuntersagung eine geringere Eingriffsintensität als die Beseitigungsanordnung habe; sie schaffe keine „vollendete Tatsachen“. Es sei aber unverhältnismäßig, wenn die Nutzung offensichtlich genehmigungsfähig ist. Im Rahmen des Ermessens ist daher darauf abzustellen, ob die Bauaufsichtsbehörde auf andere Weise (insb. durch Genehmigung) rechtmäßige Zustände herstellen kann.<sup>7</sup>*

### (1) Formelle Baurechtswidrigkeit

Nach § 60 I BauO NRW bedarf die Errichtung einer Anlage grundsätzlich der Baugenehmigung, soweit sich aus den §§ 61 ff. BauO NRW nichts anderes ergibt.

**Anmerkung:** Soweit Anlagen nicht genehmigungsbedürftig sind und auch nicht (bestandskräftig) genehmigt wurden, widersprechen sie öffentlich-rechtlichen Vorschriften bereits bei „bloßer“ materieller Illegalität.<sup>8</sup>

E lag eine Baugenehmigung aus dem Jahr 16.01.1963 für ein Wochenendhaus mit den Grundmaßen 6 m x 4 m vor.

Sowohl die bauliche Erweiterung des Hauses auf die Maße 9,5 m x 6 m als auch die Änderung der Nutzung des Gebäudes als alleinigen Wohnsitz statt eines Wochenendhauses sind genehmigungs-

bedürftig gemäß § 60 BauO NRW. Ein Ausnahmetatbestand greift nicht ein. Von der Legalisierungswirkung der Baugenehmigung aus dem Jahr 1963 ist weder die Anlage noch dessen Nutzung umfasst. Die Feststellungswirkung der Baugenehmigung aus 1963 umfasst gerade nicht die konkrete Nutzung der E und die Gestalt des Gebäudes.

**Anmerkung:** Neben der Feststellungswirkung kommt der Baugenehmigung zudem eine gestaltende Wirkung dergestalt zu, dass das Vorhaben zur Bauausführung freigegeben wird; schließlich entfaltet sie eine Doppelwirkung, indem sie gegenüber dem Bauherren eine begünstigende Rechtswirkung und gegenüber dem Nachbar eine belastenden Rechtswirkung entfalten kann.<sup>9</sup>

Die Anlage war somit in Ermangelung einer Baugenehmigung, die das Haus bzw. dessen Nutzung durch die E legalisieren würde, formell baurechtswidrig.

### (2) Materielle Baurechtswidrigkeit

Zudem müsste die Anlage auch materiell baurechtswidrig im Sinne des § 82 I S. 1 BauO NRW sein. Eine Baurechtswidrigkeit könnte sich vorliegend insbesondere aus einem Verstoß gegen bauplanungsrechtliche Vorschriften ergeben (§§ 29 ff. BauGB) bzw. aus einem Verstoß gegen Vorgaben des Wasserhaushaltsgesetzes.

**hemmer-Methode:** Machen Sie sich den Aufbau der klassischen bauaufsichtsrechtlichen Klausur klar! Sie beginnen die Prüfung hier nicht mit der bauordnungsrechtlichen bzw. bauplanungsrechtlichen Vereinbarkeit, wie Sie es etwa bei einer Verpflichtungsklage auf Erlass einer Baugenehmigung tun würden, sondern mit den Voraussetzungen der bauaufsichtlichen Maßnahme. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Anlage ist aber im Bauaufsichtsrecht genauso relevant, nur an einer anderen Stelle, nämlich im Rahmen der materiellen Illegalität. Die Klausur behandelt inhaltlich oftmals vergleichbare Probleme, der Zugang ist aber ein anderer. Dieses „Baukastenprinzip“ ist typisch für das Baurecht – und wegen der Vielschichtigkeit sehr interessant für das Erstellen von anspruchsvollen Klausuren.

Zunächst müsste es sich um eine Anlage im Sinne des § 29 I BauGB handeln. Der Anlagenbegriff des BauGB unterscheidet sich von dem der BauO NRW.

<sup>5</sup> Vgl. etwa VGH Mannheim, VBIBW 2021, 326 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>6</sup> Vgl. etwa OVG NRW, NWVBZ. 2014, 466 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>7</sup> Vgl. zum Ganzen Schroeder, Baurecht NRW, Rn. 465.

<sup>8</sup> Vgl. auch Decker, in: Busse/Kraus, BayBO, Art. 76, Rn. 87.

<sup>9</sup> Vgl. Spannowsky/Saurenhaus, BauO NRW, § 74, Rn. 7, 24 f.

Die Anlage müsste bodenrechtliche Relevanz haben, wofür die Belange des § 1 V und VI BauGB ein Indiz sind. Die bodenrechtliche Relevanz des Wohnhauses der E ist hier gegeben.

Materiellrechtlich könnte ein Verstoß gegen § 78 IV WHG vorliegen. Danach ist in festgesetzten Überschwemmungsgebieten die Errichtung oder Erweiterung von baulichen Anlagen nach den §§ 30 ff. BauGB untersagt. Im Jahr 2013 setzte der zuständige Verordnungsgeber für das Gebiet, in dem das Grundstück der E belegen war, ein Überschwemmungsgebiet fest. Zwar richten sich die Anforderungen an die planungsrechtliche Zulässigkeit auch in Überschwemmungsgebieten grundsätzlich nach den §§ 30 ff. BauGB; diese werden jedoch durch § 78 IV und V WHG um zusätzliche materielle Anforderungen erweitert.

**Anmerkung zur Vertiefung:** In systematischer Hinsicht stellt § 78 IV S. 1 WHG ein repressives (Bau-) Verbot – mit der Befreiungsmöglichkeit in Form einer Ausnahmegenehmigung gem. § 78 V WHG – dar.<sup>10</sup>

Das Haus der E lag in dem festgesetzten Überschwemmungsgebiet; mithin ist es seit diesem Zeitpunkt gemäß § 78 IV WHG materiell baurechtswidrig. Zusätzlich könnte sich die materielle Baurechtswidrigkeit auch aus den §§ 30 ff. BauGB ergeben. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich, da für das Grundstück der E kein Bebauungsplan existiert (§ 30 I BauGB) und dieses auch nicht innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegt (§ 34 BauGB), nach § 35 BauGB.

Ein Privilegierungstatbestand des § 35 I BauGB ist insoweit nicht einschlägig. Es handelt sich vielmehr um ein sonstiges Vorhaben gemäß § 35 II BauGB. Danach können Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden, wenn sie öffentliche Belange nicht beeinträchtigen.

**Anmerkung:** Der Außenbereich ist grundsätzlich von Bebauung freizuhalten. Zulässig sind nur die in § 35 I BauGB enumerativ aufgeführten Fälle (sog. privilegierte Vorhaben). Deren grundsätzliche Zulässigkeit entfällt nur dann, wenn öffentliche Belange i.S.d. § 35 III S. 1 BauGB **entgegenstehen**. Hingegen sind sonstige Vorhaben nach § 35 II BauGB grundsätzlich unzulässig. Diese sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie öffentliche Belange nicht einmal **beeinträchtigen**.

Dann aber besteht entgegen dem Wortlaut „können“ ein Anspruch auf die Genehmigung, Art. 14 I S. 1 GG.

Das Haus der E könnte im Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans stehen, § 35 III S. 1 Nr. 1 BauGB, der für das Grundstück der E nunmehr eine Fläche für Landwirtschaft vorsieht. Bis zur Neuaufstellung im Jahr 2013 sah der Flächennutzungsplan für das Gebiet eine Sondernutzung als „Wochenendhausgebiet“ vor.

Von einem „Widerspruch“ in diesem Sinne kann jedoch nicht ausgegangen werden, wenn Darstellungen eines Flächennutzungsplans – entsprechend den für Bebauungspläne entwickelten allgemeinen Grundsätzen – wegen veränderter tatsächlicher Verhältnisse funktionslos geworden sind. Dies gilt dann, wenn die (tatsächliche) Entwicklung des Baugeschehens den Darstellungen des Flächennutzungsplans in einem sowohl qualitativ wie quantitativ so erheblichen Maß zuwiderläuft, dass die Verwirklichung der ihnen zugrundeliegenden Planungsabsichten entscheidend beeinträchtigt ist.<sup>11</sup>

Ein solches Auseinanderfallen von tatsächlichen Gegebenheiten und der Rechtslage ist hier nicht ersichtlich. Vor allem führt die – obendrein baurechtswidrige – Nutzung eines einzelnen Grundstücks zu anderen Zwecken als den im Flächennutzungsplan dargestellten allein noch nicht zur Funktionslosigkeit.

**Anmerkung:** Die Annahme einer Funktionslosigkeit ist als absolute Ausnahme restriktiv zu handhaben. Grundsätzlich muss der Normgeber selbst tätig werden. Insbesondere ist sie auch von der Konstellation der Unwirksamkeit eines Bebauungsplans zu unterscheiden.<sup>12</sup>

Abgesehen von § 35 III S. 1 Nr. 1 BauGB sollte Ihnen der Flächennutzungsplan noch in zwei anderen Bereichen bekannt sein: Einmal gilt für Bebauungspläne das sogenannte Entwicklungsgebot des § 6 II S. 1 BauGB, wonach der Bebauungsplan aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln ist. Zum anderen kann der Flächennutzungsplan bei der Frage, ob einem Gemeinderatsmitglied ein Sondervorteil aus einem Ratsbeschluss erwächst, relevant werden. Anders als beim Bebauungsplan, bei dem ein solcher Sondervorteil klar zu bejahen ist, ist dies für Flächennutzungspläne schwieriger, weil sie, mangels Rechtsnormqualität, keine unmittelbaren Rechtsfolgen setzen.

<sup>10</sup> Vgl. Giesberts/Reinhardt, WHG, § 78, Rn. 74.

<sup>11</sup> Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.07.2024 – 10 A 2101/22, Rn. 54 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>12</sup> Vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35, Rn. 75.

*Die h.M. nimmt eine Befangenheit im Ergebnis nur an, wenn bestimmte Grundstücke so betroffen werden, dass sich für sie von der Allgemeinheit unterscheidbare Vorteile ergeben.<sup>13</sup>*

Die Anlage ist bauplanungsrechtlich unzulässig und daher materiell illegal. Auch können nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden.

**Zwischenergebnis:** Die Anlage der E ist formell und materiell baurechtswidrig. Die Tatbestandsvoraussetzung des § 82 I S. 1 BauO NRW liegen mithin dem Grunde nach vor, die Abbruchverfügung ist rechtmäßig.

**Anmerkung:** Man hätte auch noch die Beeinträchtigung öffentlicher Belange gemäß der Nr. 5, 6 und 7 des § 35 III BauGB anprüfen können.

### (3) Bestandsschutz

Etwas anderes könnte aber dann gelten, wenn der Bestand der Anlage der E rechtlich in einer Weise geschützt wäre, die der Beseitigungsanordnung entgegenstehen würde. Es geht also um die Frage, ob aus dem Eigentum eine Sicherungsposition gegen baupolizeiliche Maßnahmen erwachsen kann.

#### (a) Allgemeine Grundsätze

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen aktivem und passivem Bestandsschutz. Der passive Bestandsschutz ist darauf gerichtet, einen in der Vergangenheit rechtmäßigen Zustand aufrecht zu erhalten. Dieser Art des Bestandsschutzes kommt somit eine Abwehrfunktion gegenüber bauaufsichtlichen Maßnahmen zu. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Beseitigungsanordnung kann dieses Problemfeld mittels einer verfassungskonformen Auslegung der Rechtsgrundlage auf Tatbestandsebene erörtert werden (Art. 14 I GG). Erforderlich ist hiernach als ungeschriebene Voraussetzung die durchgängige materielle Baurechtswidrigkeit.

Ferner ist innerhalb des passiven Bestandsschutzes zwischen formellem und materiellem Bestandsschutz zu differenzieren. Formeller Bestandsschutz besteht, wenn das Vorhaben durch eine wirksame Baugenehmigung gedeckt ist. Dann liegt schon gar kein Widerspruch zu den „öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ im Sinne des § 82 I S. 1 BauO NRW vor.

Die Baugenehmigung müsste nach den §§ 48 f. VwVfG NRW aufgehoben werden, um die Beseitigungsanordnung zu erlassen.

Der materielle Bestandsschutz betrifft den Fall, dass eine bauliche Anlage nicht genehmigungspflichtig war oder nicht genehmigt worden ist bzw. die Baugenehmigung aufgehoben worden ist. Die Rechtsposition des Art. 14 I GG kann hier zur Abwehrfunktion gegen die baupolizeiliche Maßnahme werden.

In der Rechtsprechung werden die Grundlagen zum Bestandsschutz etwa wie folgt zusammengefasst: „Der baurechtliche Bestandsschutz gewährt das Recht, ein im Einklang mit dem (seinerzeit) geltenden Recht ausgeführtes Vorhaben so, wie es ausgeführt worden ist, auch dann weiter zu nutzen, wenn neue Vorschriften nunmehr diesem Vorhaben, sollte es jetzt errichtet werden, entgegenstünden. Der Bestandsschutz gewährleistet, dass sich die rechtmäßige Nutzung einer baulichen Anlage auch gegen neues entgegenstehendes Recht durchsetzt. Der Bestandsschutz schützt ein Vorhaben damit gegenüber einer Nutzungsuntersagung oder -einschränkung und einer Beseitigungsanordnung. Der Bestandsschutz für bauliche Anlagen gegenüber Änderungen der Baurechtsordnung erstreckt sich aus der verfassungsrechtlichen Sicht des Art. 14 I S. 1 GG auf ihren genehmigten Bestand und ihre genehmigte Funktion. Bestandsschutz berechtigt dazu, eine rechtmäßig errichtete bauliche Anlage in ihrem Bestand zu erhalten und sie wie bisher zu nutzen.“<sup>14</sup>

**Anmerkung:** Auch mangels einer klaren Entscheidung des BVerwG ist zum passiven Bestandsschutz allerdings vieles umstritten und unklar. Die Unklarheit betrifft nicht nur die konkreten Voraussetzungen, sondern auch die Frage, ob auf Art. 14 I GG überhaupt ein materieller Bestandsschutz gestützt werden kann. Eine im Vordringen befindliche Gegenauffassung verneint dies. Vertretern dieser Ansicht zufolge soll sich ein Bauherr, der die Einholung einer Baugenehmigung versäumt hat, nicht auf eine frühere materielle Legalität seiner formell illegalen Anlage stützen können. Dieser Ansicht scheint etwa der BayVGH zugeneigt.<sup>15</sup> Auch die Genehmigungspflicht sei Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 I S. 2 GG, sodass ein „Schwarzbauer“ keinen eigentumsrechtlichen Schutz genießen könne. Das Genehmigungsverfahren sei kein Selbstzweck, sondern diene der Einbeziehung der Gemeinde und schütze damit deren Planungshoheit.

<sup>13</sup> Vgl. Dietlein/Heusch, GO NRW, Art. 31, Rn. 39; ferner Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, S. 129 f.

<sup>14</sup> Vgl. beispielhaft Schleswig-Holsteinisches VG, Beschluss vom 31.01.2025 – 8 B 29/24 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>15</sup> Vgl. BayVG, Urteil vom 17.10.2006 – 1 B 05.1429 = [jurisbyhemmer](#).

*Würde man einem nicht genehmigten Vorhaben materiellen Bestandsschutz gewähren, würde derjenige belohnt, der der Gemeinde jede Reaktionsmöglichkeit nimmt, indem er auf die Stellung eines Bauantrages verzichtet.<sup>16</sup>*

Vom passiven Bestandsschutz abzugrenzen ist der sog. aktive Bestandsschutz. Dieser beschränkt sich nicht auf eine abwehrende Funktion. Hier geht es um die Frage, ob dem Eigentümer das Recht zukommt, trotz Veränderung der Rechtslage eine Nutzung, die vormals zulässig war, wieder aufzunehmen bzw. einen vormals zulässigen Bau zu erweitern oder zu ersetzen. Regelmäßig ist diese Thematik bei der Prüfung zu erörtern, ob eine Baugenehmigung zu erteilen ist.

Das BVerwG hat seine Rechtsprechung zum aktiven Bestandsschutz ausdrücklich aufgegeben.<sup>17</sup> Die Regelungen der §§ 29 ff. BauGB stellen demnach Inhalts- und Schrankenbestimmungen dar. Erforderlich ist daher, auf eine einfachgesetzliche Norm abzustellen. Bei Vorliegen eines Bebauungsplans kann dies im Rahmen von § 31 BauGB geschehen, nämlich bei der Frage, ob eine Befreiung von aktuellen Festsetzungen angezeigt ist.

**hemmer-Methode:** Kennen sollten Sie vor allem für den Außenbereich die Regelung des § 35 IV BauGB. Diese Regelung ist abschließend und nicht analogiefähig.<sup>18</sup>

## (b) Subsumtion

Im vorliegenden Fall kommt allenfalls passiver Bestandsschutz als Abwehrposition gegen die Beseitigungsanordnung in Betracht. Die Genehmigung aus dem Jahr 1963 legalisiert die konkrete Anlage nicht (vgl. oben), sodass formeller Bestandsschutz ausscheidet und nur materieller Bestandsschutz in Betracht kommt.

Voraussetzung für den Schutz der Anlage nach den Maßstäben des materiellen Bestandsschutzes ist (1.), dass das Bauwerk errichtet, fertiggestellt, tatsächlich genutzt wird und keine Nutzungsaufgabe von hinreichend langer Dauer vorliegt. (2.) ist erforderlich, dass das Bauwerk über einen nicht unmaßgeblichen Zeitraum materiell mit dem öffentlichen Baurecht vereinbar gewesen ist. Ob (3.) auch zu fordern ist, dass zu einem gewissen Zeitpunkt eine Baugenehmigung erteilt worden ist, ist strittig. Vom Bundesverwaltungsgericht wird dies zum Teil bejaht, während das Bundesverfassungsgericht bislang an der Rechtsprechung festhält, dass es nur

auf eine materielle, nicht auch auf formelle Rechtmäßigkeit des Vorhabens zwingend ankomme.<sup>19</sup>

Die Anlage der E ist fertiggestellt und wird von E als alleiniger Wohnsitz dauerhaft und ohne relevante Unterbrechungen genutzt. Fraglich ist indes, ob die Anlage über einen ausreichend langen Zeitraum mit dem materiellen öffentlichen Recht vereinbar gewesen ist. Nach der Rechtsprechung ist ein Mindestzeitraum von drei Monaten erforderlich. Das Gebäude entsprach jedenfalls ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Hochwasserverordnung im Jahr 2013 zu keinem Zeitpunkt mehr den öffentlich-rechtlichen Vorschriften; insoweit stand das Bauverbot des § 78 IV WHG dauerhaft entgegen.

Einzig im Zeitraum bis 2013 könnte die Anlage baurechtlich zulässig gewesen sein. Dem widerspricht aber, dass die Darstellungen des Flächennutzungsplanes vor der Neuaufstellung 2013 bereits ein „Wochenendhausgebiet“ vorsahen, eine dauerhafte Wohnnutzung, wie sie die E von Beginn an praktizierte, gerade ausgeschlossen war. Der Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplanes bestand somit bereits vor der Neuaufstellung 2013, sodass eine über drei Monate andauernde materielle Vereinbarkeit mit öffentlichem Baurecht nicht feststellbar ist.

Unabhängig von der Entscheidung in der Streitfrage, ob auch eine Baugenehmigung zu fordern ist, liegen hier die Voraussetzungen des passiven Bestandsschutzes nicht vor.

**Zwischenergebnis:** E stehen keine Rechtspositionen nach den Grundsätzen des passiven Bestandsschutzes zu.

## cc) Ermessen

Auf Rechtsfolgenseite räumt § 82 I S. 1 BauO NRW der Bauaufsichtsbehörde Ermessen ein („kann“). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert es besonders wegen der weitreichenden Folgen der Abrissverfügung, dass die Behörde die Rechtsfolgen sorgsam abwägt und die Abwägung dokumentiert.<sup>20</sup> Eine mildere Maßnahme dürfte den verfolgten Zweck nicht gleich effektiv erreichen. Unerheblich sind hingegen grundsätzlich die wirtschaftlichen Interessen des Eigentümers.<sup>21</sup>

Die Ermessensentscheidung, eine Beseitigungsverfügung zu erlassen, kann die Bauaufsichtsbehörde im Regelfall ordnungsgemäß damit begründen, dass die zu beseitigende Anlage formell und materiell illegal ist und dass ein öffentliches Interesse daran besteht, keinen Präzedenz- oder Berufungsfall zu schaffen.

<sup>16</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, S. 507.

<sup>17</sup> Vgl. BVerwGE 50, 49 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>18</sup> Vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35, Rn. 125 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Spannowsky/Saurenhaus, BauO NRW, § 82, Rn. 13.

<sup>20</sup> Vgl. Spannowsky/Saurenhaus, BauO NRW, § 82, Rn. 9.

<sup>21</sup> Vgl. Schroeder, Baurecht NRW, Rn. 475.

Eine weitergehende Abwägung des „Für und Wider“ einer Beseitigungsverfügung ist nur dann geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte ausnahmsweise für die Angemessenheit einer vorübergehenden oder dauerhaften Duldung eines rechtswidrigen oder ordnungswidrigen Zustands sprechen.<sup>22</sup>

E trägt vor, vorrangig sei für den effektiven Hochwasserschutz der Deich, der ihr Grundstück von dem Fluss F trennt, zu ertüchtigen. Diese Maßnahme wäre relativ zur Abrissverfügung für die Rechtsposition der E weniger belastend, mithin milder im Sinne der Verhältnismäßigkeit. Indes erscheint fraglich, ob die Maßnahme auch gleich effektiv wäre. Deiche können Hochwasser zwar in der Regel verhindern bzw. bestimmte Gebiete wirksam schützen; sie garantieren aber keinen absoluten Schutz des betroffenen Gebietes. Der Behörde ist zudem zuzugestehen, sich in ihrer Ermessensentscheidung an der Prärogative der Wasserbehörde, die ein Überschwemmungsgebiet im relevanten Bereich festgesetzt hat, zu orientieren. Damit lag kein Ermessensfehler vor.

**Zwischenergebnis.** Die Beseitigungsanordnung ist rechtmäßig.

#### IV. Ergebnis

Die Klage der E ist zwar zulässig, im Ergebnis aber unbegründet.

#### D) Kommentar

**(bb).** Am Thema des Bestandsschutzes, das im Zentrum der Entscheidung steht, wird der Einfluss des Verfassungsrechts auf das öffentliche Baurecht deutlich. Hier spielen die Rechtspositionen aus Art. 14 I GG eine so herausgehobene Bedeutung, dass unter Umständen eine baupolizeiliche Maßnahme wegen der Berücksichtigung der Eigentumsposition unwirksam sein kann. Wegen der Bedeutung von Art. 14 I GG für das öffentliche Baurecht bezeichnet man diesen Rechtsbereich auch manchmal als „geronnenes Eigentumsrecht“.

Der Bestandsschutz ist nicht nur im Baurecht relevant. Das Bundesverfassungsgericht hat etwa in seiner Entscheidung zum Atomausstieg (BVerfGE 143, 146) Fragen des Bestandsschutzes aufgegriffen.

Die umstrittenen Fragen der Dogmatik zum Bestandsschutz lassen sich wohl nur durch eine deutliche Stellungnahme des BVerwG ausräumen, die bislang ausgeblieben ist.

#### E) Wiederholungsfragen

##### ▪ Was sind grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Beseitigungsanordnung?

Anlagen, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden, können ganz oder teilweise beseitigt werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

Ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften liegt in diesem Sinne grundsätzlich vor, wenn das Vorhaben formell und materiell illegal (baurechtswidrig) ist. Dies ist der Fall, wenn sowohl eine erforderliche Genehmigung nicht vorliegt als auch ein Verstoß gegen das materielle Baurecht gegeben ist.

##### ▪ Unter welchen Voraussetzungen unterfällt eine Anlage dem passiven Bestandsschutz?

Die Anlage muss errichtet, fertiggestellt und dauerhaft genutzt werden. Sie muss zusätzlich über einen nicht unmaßgeblichen Zeitraum mit den materiellen Anforderungen des öffentlichen Rechts in Einklang gestanden haben. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist bislang nicht erforderlich, dass zudem eine Baugenehmigung vorlag; nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ist gerade dies erforderlich.

#### F) Zur Vertiefung

##### Zur Anfechtungsklage

- Hemmer/Wüst/Grieger, Verwaltungsrecht I, Rn. 15 ff.

##### Zum Bestandsschutz

- Hemmer/Wüst/Grieger, Baurecht, Rn. 197 ff.

<sup>22</sup> Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.07.2024 – 10 A 2101/22, Rn. 94 = [jurisbyhemmer](#).

VGH Mannheim, Beschluss vom 14.04.2025 – 3 S 318/25 = [jurisbyhemmer](#)

## 8 Verwaltungsvollstreckung: Rechtmäßigkeit einer Zwangsgeldandrohung

+++ Anfechtungsklage, § 42 I Alt. 1 VwGO +++ Verwaltungsvollstreckungsverfahren +++ Konnexität von Grundverfügung und Vollstreckungsmaßnahme +++ Einwand der Unmöglichkeit im Vollstreckungsverfahren +++

**Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht):** V ist Vermieter eines Grundstückes, das in einer Gemeinde in Baden-Württemberg belegen ist. Mieterin ist die M. Das Grundstück ist mit einer Holzhütte bebaut. Von M wird die Hütte zu Wohnzwecken genutzt.

Mit Bescheid vom 15.05.2020 untersagte das zuständige Landratsamt dem V die Nutzung der Hütte zu Wohnzwecken. V, der die Nutzungsuntersagung für rechtswidrig hielt, erhob gegen den Bescheid des Landratsamtes Klage zum zuständigen VG. Das VG wies die Klage vollumfänglich ab, das Urteil erwuchs am 26.10.2022 in Rechtskraft.

In der Folge unterließ V weitere Schritte. Das Landratsamt drohte daher mit Bescheid vom 25.04.2024 dem V ein Zwangsgeld in Höhe von 5.000 € an, sollte er den Anordnungen aus dem Ausgangsbescheid vom 15.05.2020, namentlich der Nutzungsuntersagung, nicht Folge leisten. Das Landratsamt setzte dem V hierfür eine Frist bis zum 31.05.2024. Gleichzeitig wies das Landratsamt mit Bescheid vom 25.04.2024 die Mieterin M an, die Nutzungsuntersagung der Hütte zu Wohnzwecken zu dulden. Diese Duldungsanordnung blieb von M unwidersprochen und wurde bestandskräftig.

Zur Begründung führt der an V adressierte Bescheid u.a. an, dass nach dem Ergebnis einer örtlichen Prüfung entgegen der Anordnung vom 15.05.2020 dem Gebot der Nutzungsuntersagung nicht Folge geleistet worden sei. Diese Anordnung sei rechtskräftig festgestellt. Zur Durchsetzung werde nun ein Zwangsgeld angedroht. Die Androhung stehe im Ermessen der Behörde, hierbei sei insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Androhung in Höhe von jeweils 5.000 € sei geeignet, erforderlich und angemessen, um den Zweck der Maßnahme, also die zeitnahe Befolgung der Verfügung, sicherzustellen. Durch die Androhung würden für den V keine Nachteile eintreten, die erkennbar außer Verhältnis zu den Vorteilen für die Allgemeinheit stünden. Angesichts des öffentlichen Interesses an der Erfüllung der Verfügung und der wirtschaftlichen Verhältnisse des V sei die Höhe des Zwangsgelds angemessen.

V hielt den Bescheid vom 25.04.2024 für rechtswidrig und erhob daher nach ordnungsgemäß zurückgewiesenem Widerspruch fristgerecht Klage zum zuständigen VG. V meint, das Landratsamt hätte erst die Ersatzvornahme androhen müssen, bevor es das Zwangsgeld androhen durfte. Außerdem sei die bemessene Frist völlig unverhältnismäßig. Schließlich sei nach seiner Auffassung die Grundlage für das angedrohte Zwangsgeld, nämlich die Nutzungsuntersagung von 2020, bereits rechtswidrig. Sollten diese Einwände nicht durchdringen, macht V geltend, die Behörde könne von ihm nichts Unmögliches verlangen. M wohne ja noch auf dem Grundstück. Auf die Mitwirkung der M sei er angewiesen, das Zivilrecht hindere ihn daran, der Nutzungsuntersagung Folge zu leisten. Deswegen sei auch die Zwangsgeldandrohung rechtswidrig.

**Hat die Klage des V Aussicht auf Erfolg?**

### A) Sounds

1. Die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme im Vollstreckungsverfahren hängt nicht von der Rechtmäßigkeit des zugrundeliegenden Verwaltungsaktes ab. Der Grundsatz der Konnexität gilt nicht.

2. Ein Vermieter ist zur Durchsetzung einer Nutzungsuntersagung auf die Mitwirkung des Mieters angewiesen. Erlässt die Behörde gegen den Mieter eine Duldungsverfügung, wird hierdurch die zivilrechtliche Rechtslage zwischen Vermieter und Mieter gestaltet. Der Vermieter dringt daher mit dem Einwand, die Durchsetzung der Nutzungsuntersagung sei ihm unmöglich, nicht durch.

## B) Problemaufriss

Wird ein Verwaltungsakt von einem Adressaten nicht befolgt, muss die Behörde die Vollstreckung des Verwaltungsaktes zwangsweise durchsetzen. Das Verwaltungsvollstreckungsverfahren wird durch das Verwaltungsvollstreckungsgesetz geregelt (hier im Fall: LVwVG BW). Eines der Vollstreckungsmittel, um die Befolgung des Verwaltungsaktes durchzusetzen, ist die Androhung und Verhängung eines Zwangsgeldes.

Gegen die Androhung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagung wendet sich im vorliegenden Fall der Kläger.

## C) Lösung

Zu prüfen ist, ob die Klage des V vor dem zuständigen Verwaltungsgericht Aussicht auf Erfolg hat. Dies wäre der Fall, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und die Klage begründet ist.

### I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zunächst müssten die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

**hemmer-Methode:** Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts sind dem Grunde nach keine Zulässigkeitsvoraussetzungen. Wird der falsche Rechtsweg beschritten bzw. das falsche Gericht angerufen, wird die Klage nicht als unzulässig abgewiesen. Vielmehr wird die Klage von Amts wegen (vgl. § 83 S. 1 VwGO i.V.m. § 17a II S. 1 GVG) an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verwiesen. Daher werden vorliegend die „Sachentscheidungsvoraussetzungen“ geprüft. Denkbar wäre auch ein dreistufiger Aufbau – Sachentscheidungskompetenz, Zulässigkeit, Begründetheit. Orientieren Sie sich bei Aufbaufragen an der Üblichkeit in Ihrem Bundesland!

### 1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I S. 1 VwGO

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO. Die streitgegenständlichen Normen sind vorliegend solche des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes BW, mithin dem öffentlichen Recht zuzuordnen, da sie den Hoheitsträger in seiner

Funktion als solchen einseitig berechtigen bzw. verpflichten.

**Anmerkung:** Die allgemeinen Probleme bei der Verwaltungsvollstreckung stellen sich in allen Bundesländern gleichermaßen, so dass der vorliegende Fall in allen Bundesländern zur Bearbeitung geeignet ist.

Zugleich mangelt es an einer doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, sodass die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Für eine abdrängende Sonderzuweisung ist nichts ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, § 40 I S. 1 VwGO.

### 2. Statthafte Klageart

Zu prüfen ist weiter, welche Klageart statthaft ist. Maßgeblich ist insofern das Begehren des V, § 88 VwGO. V wendet sich gegen den an ihn gerichteten Bescheid des Landratsamtes vom 25.04.2024, durch den ihm gegenüber ein Zwangsgeld angedroht wurde.

**Anmerkung:** Klagegegenstand ist der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (sog. Einheitsklage), vgl. § 79 I Nr. 1 VwGO. Da der Widerspruch zurückgewiesen wurde, ist der Inhalt des Ausgangsbescheids maßgeblich.

Gegen den Bescheid könnte eine Anfechtungsklage gemäß § 42 I Alt. 1 VwGO statthaft sein. Dazu müsste V mit der Klage die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehren. Bei der Zwangsgeldandrohung müsste es sich um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 LVwVfG BW handeln.

Die Androhung ist eine im Einzelfall vom Landratsamt als Behörde erlassene Verfügung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, der Außenwirkung zukommt.<sup>1</sup> Dem Bescheid müsste zudem eine Regelungswirkung zukommen, er müsste eine eigene Rechtsfolge setzten.<sup>2</sup> Die Androhung, bei Nichtbefolgung ein Zwangsgeld zahlen zu müssen, ist auf ein konkretes Tun des V gerichtet. Der Bescheid setzt die Rechtsfolge, nach Fristende das Zwangsgeld verhängen zu können. Damit ist die Regelungswirkung erfüllt. Es liegt ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 LVwVfG BW vor.<sup>3</sup>

Die Anfechtungsklage ist mithin statthaft.

<sup>1</sup> Vgl. Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG, § 13, Rn. 1b.

<sup>2</sup> Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35, Rn. 142.

<sup>3</sup> Vgl. Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG, § 13, Rn. 1b.

### 3. Klagebefugnis

V müsste zur Klage befugt gewesen sein. Nach § 42 II VwGO ist klagebefugt, wer eine eigene Rechtsverletzung geltend macht.

Der Bescheid hat für V als inhaltlicher Adressat eine belastende Wirkung. Er könnte daher möglicherweise zumindest in seinen Rechten aus Art. 2 I GG verletzt sein. Mithin ist er klagebefugt, § 42 II VwGO.

### 4. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Das Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Der Widerspruch des V wurde ordnungsgemäß zurückgewiesen.

### 5. Form und Frist

V müsste zunächst die Monatsfrist nach § 74 I S. 1 VwGO gewahrt haben. Der Fristbeginn bemisst sich nach den § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO, § 187 I BGB, das Fristende nach den § 57 II i.V.m. § 222 I ZPO, § 188 II BGB.

Die Klage wurde fristgemäß eingelegt. Von der Einhaltung der Form nach §§ 81, 82 VwGO ist auszugehen.

### 6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

V ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO i.V.m. § 1 BGB beteiligten- und nach § 62 I Nr. 1 VwGO i.V.m. §§ 2, 106 BGB prozessfähig.

### 7. Sonstige Voraussetzungen

Auch die sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen sind erfüllt. Die Klage wurde zudem am sachlich und örtlich zuständigen Verwaltungsgericht erhoben, §§ 45, 52 VwGO.

## II. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist, § 78 I VwGO, und soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und V dadurch in seinen Rechten verletzt wird, § 113 I S. 1 VwGO.

### 1. Richtiger Klagegegner, § 78 I Nr. 1 VwGO

**hemmer-Methode:** Je nach Bundesland ist dieser Prüfungspunkt bereits im Rahmen der Zulässigkeit bzw. bei den Sachentscheidungsvoraussetzungen zu behandeln.

Das Landratsamt handelte als untere Verwaltungsbehörde. Klagegegner ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO der Rechtsträger, somit das Land Baden-Württemberg. Dessen Beteiligtenfähigkeit folgt aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Das Land wird gemäß § 62 III VwGO (i.V.m. § 1 I Vertretungsordnung BW) vertreten.

**Anmerkung:** Von der Befugnis nach § 78 I Nr. 2 VwGO haben nur einige wenige Bundesländer Gebrauch gemacht. In allen anderen gilt das Rechtsträgerprinzip nach § 78 I Nr. 1 VwGO.

### 2. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

Zu prüfen ist, ob der an V adressierte Bescheid vom 25.04.2024 rechtswidrig ist.

#### a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Verwaltungsakt könnte § 20 I S. 1 LVwVG BW sein.

**Anmerkung:** Eigentlich ist die korrekte Rechtsgrundlage Teil der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit. Teilweise hängen die Voraussetzungen der formellen Rechtmäßigkeit aber von der Rechtsgrundlage ab, etwa die Zuständigkeit und Formerfordernisse. Daher ist die Rechtsgrundlage vorgezogen vor der Rechtmäßigkeit festzustellen.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit

Für die formelle Rechtmäßigkeit müsste die zuständige Behörde gehandelt haben und die Verfahrens- und Formvorschriften müssten gewahrt sein.

Für den Erlass einer Zwangsgeldanordnung ist ausweislich des § 4 I LVwVG BW die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, zuständig. Das Landratsamt hat hier sowohl den Ausgangsverwaltungsakt vom 15.05.2020 als auch die angegriffene Zwangsgeldandrohung erlassen. Es handelte somit die zuständige Behörde.

Verfahrens- und Formfehler sind nicht ersichtlich. Vom Vorliegen des für belastende Verwaltungsakte erforderlichen Anhörungserfordernisses gemäß § 28 I LVwVG BW ist auszugehen; im Übrigen besteht eine Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr. 3 LVwVG BW.

#### c) Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob die die Zwangsgeldandrohung auch materiell rechtmäßig ist. Der Tatbestand der Rechtsgrundlage müsste dafür erfüllt sein und es dürften keine Ermessensfehler vorliegen.

**(a) Tatbestand**

Es ist zwischen den allgemeinen und den besonderen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen zu unterscheiden.

**Anmerkung:** Das Verwaltungsvollstreckungsrecht befasst sich im Grundsatz mit der Durchsetzung hoheitlicher Akte, vergleichbar mit der Zwangsvollstreckung in der ZPO. Wie dort untergliedert sich die Verwaltungsvollstreckung in die Durchsetzung von Geldforderungen und die Durchsetzung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen. Die gesetzlichen Grundlagen entstammen in der Regel den jeweiligen Landesgesetzen, die sich zum Teil am VwVG des Bundes orientieren. In Bayern ist das Vollstreckungsrecht im BayVwZVG geregelt, in Baden-Württemberg gibt es, wie etwa auch in Nordrhein-Westfalen, ein eigenes Verwaltungsvollstreckungsgesetz. Zu beachten sind auch die Vorschriften in Sondergesetzen zur Vollstreckung, etwa die §§ 249 ff. AO bzw. die Art. 70 ff. BayPAG. Unabhängig vom anwendbaren Gesetz folgt die Vollstreckung stets einem einheitlichen Verfahren: der erlassene Grundverwaltungsakt muss unanfechtbar oder sofort vollziehbar sein (§ 6 I BVwVG). Vor der Festsetzung (§ 14 BVwVG) ist das Zwangsmittel anzudrohen (§ 13 BVwVG). Danach erfolgt die Anwendung des Zwangsmittels (§ 15 BVwVG).

**(aa) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen**

Die Vollstreckung müsste zulässig sein. Dazu ist das Vorliegen einer Grundverfügung erforderlich, die unanfechtbar geworden ist (§ 2 Nr. 1 LVwVG BW) oder die sofort vollziehbar ist (§ 2 Nr. 2 LVwVG BW).

Als Grundverwaltungsakt kommt hier der Bescheid vom 15.05.2020 in Betracht. Darin untersagte das Landratsamt dem V die Nutzung der Hütte zu Wohnzwecken. Dem V wird eine konkrete Rechtsfolge im Einzelfall auferlegt, es handelt sich mithin um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 LVwVG BW. Die Nutzungsuntersagung findet in § 65 S. 2 LVwVG BW seine Rechtsgrundlage.

**Anmerkung:** Die Anforderungen an die Nutzungsuntersagung sind in manchen Bundesländern strittig. Im Wesentlichen geht es um die Frage, ob – wie bei der Beseitigungsanordnung – die materielle Illegalität zu fordern ist, oder ob allein die formelle Illegalität ausreicht, um die Nutzung zu untersagen.<sup>4</sup> Eine Ansicht sieht allein die formelle Illegalität als ausreichend an; denn zu den von der Behörde zu prüfenden baurechtlichen Vorschriften gehörten auch jene über die Genehmigungspflicht und nach dem Wortlaut genüge jeder Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, womit eine genehmigungspflichtige Nutzung bereits bei fehlender Genehmigung untersagt werden kann.<sup>5</sup> Dagegen wird unter Hinweis auf den durch Art. 14 I GG gewährleisteten Bestandsschutz und die Ordnungsfunktion einer Baugenehmigung angenommen, ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften setze bei einer (dauerhaften) Nutzungsuntersagung voraus, dass die Nutzung nicht durch eine Baugenehmigung gedeckt sei und seit ihrem Beginn fortdauernd gegen materielles Baurecht verstoße.<sup>6</sup> Nachdem der VGH Mannheim dieser Auffassung zunächst folgte,<sup>7</sup> schloss er sich mit Urteil vom 09.11.2020 der vermittelnden Rechtsprechung der anderen Obergerichtsstellen an,<sup>8</sup> wonach auch eine endgültige Nutzungsuntersagung tatbestandlich nur eine formelle Baurechtswidrigkeit zur Voraussetzung hat und materiellrechtliche Erwägungen nachfolgend im Rahmen der Ermessensausübung der Baurechtsbehörde Bedeutung erlangen. Dafür spreche, dass die Nutzungsuntersagung eine geringere Eingriffsintensität als die Beseitigungsanordnung habe; sie schaffe keine „vollendeten Tatsachen“. Es sei aber unverhältnismäßig, wenn die Nutzung offensichtlich genehmigungsfähig ist. Im Rahmen des Ermessens ist daher darauf abzustellen, ob die Bauaufsichtsbehörde auf andere Weise (insb. durch Genehmigung) rechtmäßige Zustände herstellen kann.<sup>9</sup>

Gegen den Verwaltungsakt ging V mittels einer Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht vor, die vollumfänglich abgewiesen wurde. Berufung hiergegen legte V nicht ein, sodass das Urteil am 26.10.2022 rechtskräftig wurde. Die Voraussetzung des § 2 Nr. 1 LVwVG BW ist erfüllt.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Spannowsky/Uechtritz, LBO BW, § 65, Rn. 88 f.; vgl. auch VGH München, Beschluss vom 25.03.2024 – 1 CS 24.65 = [jurisbyhemmer](#) = [Life&LAW 09/2024](#), 624 ff.

<sup>5</sup> So etwa VG Freiburg, VBIBW 2013, 225, 226 m.w.N. = [jurisbyhemmer](#); dafür spreche auch, dass in § 64 I S. 2 LBO BW der Zusatz fehlt, dass „nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände geschaffen werden können“.

<sup>6</sup> Vgl. Busse/Dirnberger, BayBO, Art. 76, Rn. 282 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1996, 300, 301 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>8</sup> Vgl. VGH Mannheim, VBIBW 2021, 326 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>9</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht und Bayern, S. 547.

V macht gegen die Grundverfügung allerdings geltend, diese sei rechtswidrig und könne bereits deswegen nicht den Ausgangspunkt für die Zwangsvollstreckung darstellen. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist indes für die Erzwingbarkeit des Verwaltungsaktes seine Rechtmäßigkeit unerheblich. D.h. bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme kommt es nur auf die Wirksamkeit, nicht auch auf die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung an.<sup>10</sup>

**Anmerkung:** Hinter der Frage der Konnexität steht letztlich ein Grundkonflikt jeder Rechtsordnung, der Ihnen auch aus anderen Bereichen bekannt sein wird: das Spannungsfeld von materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Einerseits soll durch die Vollstreckung nicht das Unrecht eines rechtswidrigen Verwaltungsakts vertieft werden (materielle Gerechtigkeit); andererseits gibt es aber ein Interesse der Rechtsordnung an der effektiven Durchsetzung von Verwaltungshandeln (Rechtssicherheit). Grundsätzlich überlagert im Fall des Zwangsvollstreckungsrechts der Rechtsgedanke der Bestandskraft die Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsaktes.

Im Polizeirecht gilt grundsätzlich das gleiche, d.h. die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung, die durch die Polizei (etwa gemäß der §§ 63 ff. BWPoIG) vollstreckt wird, ist für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung unmaßgeblich. Umstritten ist dies im Polizeirecht aber, wenn der Verwaltungsakt noch nicht bestandskräftig ist, sondern nur für sofort vollziehbar (§ 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO) erklärt wurde. Zum Teil wird hier eine strenge Konnexität verlangt, um die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu wahren. Die h.M. vertritt aber auch hier eine strikte Trennung von Rechtmäßigkeit der Grundverfügung und der Vollzugsmaßnahme. Die Rechtsschutzgarantie gebe dem Betroffenen die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit vorher überprüfen zu lassen. Dies gelte grundsätzlich auch im Fall einer lediglich sofort vollziehbaren Grundverfügung. Auch hier könne die Rechtmäßigkeit im Verfahren nach § 80 V VwGO gerichtlich überprüft werden. Zudem könne man eine Pflicht der Polizei zur Rücknahme der Grundverfügung bei Kenntnis ihrer Rechtswidrigkeit annehmen.<sup>11</sup>

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen liegen damit vor.

### (bb) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

Daneben müssten die besonderen Voraussetzungen der Androhung des Zwangsgeldes vorliegen.

Ausweislich des § 20 II LVwVG BW hat sich die Androhung auf ein bestimmtes Zwangsmittel zu beziehen. Hier wurde das Zwangsmittel des Zwangsgeldes (§ 23 LVwVG BW) schriftlich (§ 20 I S. 1 LVwVG BW) angedroht.

Das Zwangsgeld wurde in einer konkreten Höhe (5.000 €) angedroht (vgl. § 20 IV LVwVG BW), die den Rahmen des § 23 LVwVG BW nicht überschritt.

Zudem hätte in der Androhung eine angemessene Frist zur Erfüllung der Verbindlichkeit bestimmt sein müssen, § 20 I S. 2 HS 1 LVwVG BW. Fraglich ist, ob die gesetzte Frist zum 31.05.2024 hier angemessen war. Die Frist ist grundsätzlich so zu bemessen, dass es dem Pflichtigen möglich und zumutbar ist, seine Verpflichtung bis zu ihrem Ablauf zu erfüllen. Sie ist angemessen, wenn sie einerseits das behördliche Interesse an der Dringlichkeit der Ausführung berücksichtigt und andererseits dem Betroffenen die nach der allgemeinen Lebenserfahrung erforderliche Zeit gibt, seiner Pflicht nachzukommen.

Vom Landratsamt wird V hier aufgefordert, seiner Verpflichtung aus der Nutzungsuntersagung vom 25.05.2020 nachzukommen. Nachdem diese mit Rechtskraft des Urteils am 26.10.2022 unanfechtbar geworden ist, sind bis zur Zwangsgeldandrohung 18 Monate verstrichen, in denen V untätig geblieben war. Um dem Regelungsgehalt der Grundverfügung Folge zu leisten, wäre für den Vermieter V erforderlich, dass er gegenüber der Mieterin die Nutzungsuntersagung durchsetzt. Dazu hätte V das Mietverhältnis (außerordentlich) kündigen und Räumungsklage erheben müssen. Dies wäre dem V unter Einbeziehung der Einzelfallumstände innerhalb der fünf Wochen, die das Landratsamt bemessen hat, möglich gewesen – auch dann, wenn man für die Geltendmachung der Räumungsklage Rechtsbeistand einbezieht. Innerhalb der Frist hätte V einen Rechtsanwalt mit der Wahrung seiner Rechte beauftragen oder selbst eine Räumungsklage gegenüber der M anhängig machen können.

Damit erscheint die vom Landratsamt bemessene Frist angemessen.

**Anmerkung:** Neben dem Zwangsgeld sind wichtige Vollstreckungsmaßnahmen die Ersatzvornahme (§ 10 BVwVG) und der unmittelbare Zwang (§ 12 BVwVG).

<sup>10</sup> Vgl. BVerwGE 122, 293, 296 = jurisbyhemmer; BVerfG, NVwZ 1999, 290, 292.

<sup>11</sup> Vgl. Möstl/Trurnit, PoIG BW, § 63, Rn. 14 f.

*Vor allem im Polizeirecht im Rahmen der Abschleppfälle ist die Abgrenzung der beiden Maßnahmen häufig problematisch.<sup>12</sup>*

### **(cc) Einwände gegen die Vollstreckungsmaßnahme**

V wendet gegen die Vollstreckungsmaßnahme ein, die Behörde könne von ihm nichts Unmögliches verlangen. Da M das Grundstück noch bewohne, sei er bei der Durchsetzung der Nutzungsuntersagung auf ihre Mitwirkung angewiesen. Das Zivilrecht hindere ihn daher, der Nutzungsuntersagung Folge zu leisten.

Tatsächlich besteht ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahingehend, dass niemand zu rechtlich oder tatsächlich unmöglichen Leistungen verpflichtet werden kann. Der Adressat einer Nutzungsuntersagung ist grundsätzlich an der Befolgung gehindert, wenn ein Dritter zivilrechtlich an der Anlage berechtigt ist. Nach § 11 LVwVG wäre die Vollstreckung einzustellen, wenn sich zeigt, dass der Zweck der Vollstreckung durch die Anwendung von Vollstreckungsmitteln nicht erreicht werden kann. Fraglich ist somit, ob hier eine subjektive oder objektive Unmöglichkeit für V besteht, der Nutzungsuntersagung Folge zu leisten.

Einem Grundstückseigentümer, der als Zustandsverantwortlicher auf Beseitigung rechtswidriger Zustände auf seinem Grundstück in Anspruch genommen wird, stehen zur Umsetzung dieser Pflicht gegenüber seinen Mietern die Möglichkeiten der Kündigung und der Räumungsklage zur Verfügung, von denen er ggfs. Gebrauch machen muss. Liegt eine bestandskräftige Duldungsverfügung gegenüber dem Mieter vor, führt diese zudem dazu, dass sich die Erfolgsaussichten einer Räumungsklage erheblich verbessern. Denn die aus der Duldungsverfügung folgende Pflicht, die Durchsetzung der Nutzungsuntersagung hinzunehmen, gestaltet die zivilrechtliche Lage. Die Abwehransprüche des Mieters aus dem Mietvertrag und aus dem Besitz nach § 862 I BGB sind ausgeschlossen und dem Vermieter ist die Erfüllung der nach § 535 I S. 1 BGB bestehenden Pflicht zur Gebrauchsüberlassung gemäß § 275 I BGB unmöglich.

Die Duldungsverfügung gegenüber der M ist hier – ebenso wie die Zwangsgeldandrohung – am 24.04.2024 zugegangen. M unterlies rechtliche Schritte hiergegen, sodass die Duldungsverfügung bestandskräftig wurde.

**Anmerkung:** Rechtsgrundlage der Duldungsverfügung ist nach Ansicht des VGH Mannheim die baupolizeirechtliche Generalklausel (§ 47 I S. 2 LBO). Zum Teil wird die rechtliche Grundlage dafür auch in der Ermächtigungsgrundlage der baupolizeilichen Maßnahme als Minus verortet.<sup>13</sup>

Die Duldungsverfügung hat die Rechtsnatur eines Verwaltungsaktes. Die Rechtsschutzmöglichkeiten des Dritten gegen die Verfügung sind strittig. Nach der h.M. soll der Dritte sich nur gegen die Duldungsverfügung, nicht aber gegen die baupolizeiliche Maßnahme richten können. Die Gegenansicht, welche einen unmittelbaren Eingriff in die Rechte Dritter durch die baupolizeiliche Maßnahme bejaht, sieht diesen auch gegen die baupolizeiliche Maßnahme als klagebefugt an.<sup>14</sup>

Die gegenüber M erlassene Duldungsverfügung gestaltet das zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem Vermieter V und der Mieterin M. Im Falle der Weigerung der M, das Grundstück zu räumen, hätte eine Räumungsklage des V Aussicht auf Erfolg. Damit steht die zivilrechtliche Rechtslage der Befolgung der Nutzungsanordnung nicht im Wege. Die Befolgung ist V im Ergebnis weder subjektiv noch objektiv unmöglich.

### **(b) Ermessen**

Der Bescheid müsste ermessensfehlerfrei erlassen worden sein.

V macht eine fehlerhafte Ausübung des Auswahlermessens hinsichtlich des Zwangsmittels geltend. Er meint, ihm hätte vorrangig die Ersatzvornahme angedroht werden müssen. Tatsächlich ist in § 11 I S. 1 BVwVG durch die Formulierung „kann eine Handlung durch einen anderen nicht vorgenommen werden [...]“ eine Rangfolge von Ersatzvornahme und Zwangsgeldandrohung angelegt. Eine dem § 11 I S. 1 BVwVG vergleichbare Regelung ist im LVwVG BW indes nicht enthalten. Hier stehen Ersatzvornahme und Zwangsgeld gleichwertig nebeneinander, die Anwendung des einen oder des anderen Zwangsmittels steht somit grundsätzlich im freien Ermessen der Behörde.<sup>15</sup>

Letztlich dürfte die Entscheidung auch nicht unverhältnismäßig sein (Ermessensdisproportionalität). V macht geltend, die bemessene Höhe des Zwangsgeldes sei unverhältnismäßig hoch.

<sup>12</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, S. 411 ff.

<sup>13</sup> So etwa der VGH München, BayVBl. 2015, 817, 818.

<sup>14</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, S. 545 f.

<sup>15</sup> So der VGH Mannheim in der dem Fall zugrunde liegenden Entscheidung (Rn. 26).

Im Einzelfall muss sich die Höhe des Zwangsgeldes in erster Linie nach der Wichtigkeit des von der Verwaltung verfolgten Zweckes, zum anderen nach der Intensität des geleisteten Widerstandes richten, der gebrochen werden soll; ferner sind die wirtschaftliche Lage des Pflichtigen und sein wirtschaftliches Interesse an einem rechtswidrigen Zustand zu berücksichtigen. Ermessensfehlerhaft kann auch die Androhung des Zwangsgeldes in solcher Höhe sein, dass seine Beitreibung von vornherein als aussichtslos erscheint.<sup>16</sup>

V hat sich beharrlich geweigert, der Nutzungsuntersagung Folge zu leisten. Die Maximalhöhe von 25.000 € ist mit dem angedrohten Zwangsgeld in Höhe von 5.000 € bei weitem nicht ausgeschöpft. Es besteht ein öffentliches Interesse an der zeitnahen Befolgung der Grundverfügung, um rechtmäßige Zustände herzustellen. Die persönlichen Verhältnisse des V stehen dem nicht entgegen. Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes war mithin nicht unverhältnismäßig. Die Entscheidung unterliegt keinen Ermessensfehlern.

**Zwischenergebnis:** Die Zwangsgeldandrohung ist formell und materiell rechtmäßig.

### III. Ergebnis

Die Anordnung des Zwangsgeldes erging rechtmäßig. Die Klage des V ist zulässig, aber unbegründet. Die Anfechtungsklage hat im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg.

### D) Kommentar

**(bb).** Gerade bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung ist es wichtig, sauber zu gliedern. Auf Tatbestandsebene dient es regelmäßig der Übersichtlichkeit, zwischen den allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen zu differenzieren.

Vorliegend bestand die Besonderheit, dass eine bestandskräftige Duldungsverfügung gegenüber der Mieterin vorlag. In solchen Fällen ist es dem Vermieter als Adressat einer Nutzungsuntersagung zu Recht verwehrt, sich auf Unmöglichkeit zu berufen, da die Duldungsverfügung maßgeblich die zivilrechtliche Lage zwischen Vermieter und Mieter (mit-)gestaltet.

Jedenfalls wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Räumungsklage des Vermieters erfolglos bleiben könnte, ist es deshalb der Behörde anzuraten, eine Duldungsverfügung gegenüber dem Mieter zu erlassen.

Klagt der Mieter gegen die Duldungsverfügung, kann im gerichtlichen Verfahren geklärt werden, ob mit der Durchsetzung der Nutzungsuntersagung unverhältnismäßig in die Belange des Mieters eingegriffen wird oder nicht.

### E) Wiederholungsfrage

- **Welche Funktion hat die Duldungsverfügung gegenüber Dritten bei einer Beseitigungsanordnung bzw. Nutzungsuntersagung?**

Die Duldungsverfügung hilft über ein Vollstreckungshindernis hinweg, nämlich den Umstand, dass der Adressat der Verfügung zu dessen Durchsetzung auf die Mitwirkung eines Dritten angewiesen ist. Die Duldungsverfügung gestaltet insoweit die zivilrechtliche Rechtslage zwischen Adressaten und Drittem.

### F) Zur Vertiefung

#### Verwaltungsvollstreckungsverfahren

- Hemmer/Wüst/Hein/González, Polizeirecht Baden-Württemberg Rn. 140 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG, § 11, Rn. 8a.

Von RA Dr. Bernd Berberich und Dipl. Jur. Joshua Weber

# Examensrelevante Probleme im Zusammenhang mit der (gefährlichen) Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I StGB

**+++ Körperverletzung, § 223 I StGB +++ Körperliche Misshandlung +++ Gesundheitsschädigung +++ Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB +++ Qualifikation +++ Gift +++ Andere gesundheitsschädliche Stoffe +++ Übertragung von Infektionskrankheiten +++ Waffe +++ Gefährliches Werkzeug +++ Hinterlistiger Überfall +++ Lebensgefährliche Behandlung +++ Einwilligung +++ Sittenwidrigkeit +++ Ärztlicher Heileingriff +++ Unterlassen, § 13 I StGB +++**

## A) Einführung

Das deutsche Strafrecht schützt in einer Vielzahl von Normen die körperliche Unversehrtheit und die Gesundheit des Menschen. Im Zentrum dieses Schutzes stehen die Körperverletzungsdelikte der §§ 223 ff. StGB. Sie bilden innerhalb des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches eine eigenständige Deliktgruppe, die – ausgehend vom Grundtatbestand des § 223 I StGB – unterschiedliche Angriffsformen auf die körperliche Integrität erfassen.

Neben ihrer erheblichen praktischen Relevanz zählen die §§ 223 ff. StGB auch zum klassischen Prüfungsstoff in Studium und Referendariat. Insoweit kommt den Körperverletzungsdelikten auch im Rahmen der beiden Staatsexamina eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.

Obwohl ihr Wortlaut vergleichsweise eindeutig erscheint, bergen die §§ 223 ff. StGB einige examensrelevante Streitfragen, die in Klausuren leicht mit weiteren Fragen des Strafrechts verknüpft werden können.

Während § 223 StGB dabei den Grundtatbestand der Körperverletzung beschreibt und bereits „einfache“ Verletzungen unter Strafe stellt, normiert § 224 StGB eine Qualifikation für besonders gefährliche Begehungsweisen. Daneben existieren mit § 226 und § 227 StGB weitere Erfolgsqualifikationen, die gravierende Verletzungsfolgen, etwa den Verlust des Seh-, Hör- oder Sprachvermögens oder gar den Tod, unter Strafe stellen.

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf das Grunddelikt des § 223 I StGB sowie den Qualifikationsstatbestand des § 224 I StGB. Im Folgenden

werden dabei insbesondere der Aufbau der Tatbestände sowie ein Überblick über das notwendige Prüfungswissen dargestellt.

## B) Der Grundtatbestand des § 223 I StGB

### I. Allgemeines

Der Tatbestand des § 223 I StGB stellt als Grunddelikt der Körperverletzungsdelikte die „einfache“ Körperverletzung unter Strafe. Die Norm dient dabei dem Schutz der höchstpersönlichen Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit eines anderen Menschen.<sup>1</sup>

Auch wenn es sich bei dem Delikt um ein Vergehen i.S.d. § 12 II StGB handelt, steht aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 223 II StGB bereits der Versuch unter Strafe.

Bei der Vorschrift handelt es sich um ein sog. „bedingtes Antragsdelikt“. Demnach wird gem. § 230 I StGB eine Körperverletzung grundsätzlich nur auf Antrag des Geschädigten verfolgt, es sei denn, es besteht ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung.<sup>2</sup>

Des Weiteren handelt es sich bei der Norm des § 223 StGB um ein Privatklagedelikt, vgl. § 374 I Nr. 4 StPO. Insoweit kann ein Geschädigter ausnahmsweise selbst Klage vor dem Strafgericht erheben, wenn die Staatsanwaltschaft mangels öffentlichen Interesses von einer Strafverfolgung abgesehen hat.

<sup>1</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 2.

<sup>2</sup> Ob ein solches öffentliches Interesse im Einzelfall besteht, liegt jeweils im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, vgl. Fischer, § 230 StGB, Rn. 2.

## II. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

Die einfache Körperverletzung gem. § 223 I StGB setzt in objektiver Hinsicht eine „körperliche Misshandlung“ (§ 223 I Alt. 1 StGB) oder eine „Gesundheitsschädigung“ (§ 223 I Alt. 2 StGB) einer anderen Person voraus.<sup>3</sup> Die beiden Tatmodalitäten stehen dabei in keinem Exklusivitätsverhältnis und überschneiden sich oftmals. Insoweit führt die Vornahme einer Verletzungshandlung häufig sowohl zu einer körperlichen Misshandlung als auch zu einer Gesundheitsschädigung. Für die Verwirklichung des Tatbestandes ist es ohne Bedeutung, ob nur eine oder beide Tatmodalitäten erfüllt werden. Werden jedoch beide Tatmodalitäten erfüllt, so führt dies nicht zu Idealkonkurrenz. Vielmehr liegt in einem solchen Fall nur eine Körperverletzung vor.<sup>4</sup>

#### a) Tatobjekt

Taugliches Tatobjekt einer Körperverletzung ist ausweislich des Wortlauts des § 223 I StGB eine „andere Person“. Unter der Begrifflichkeit „Person“ ist nach h.M. der geborene Mensch zu verstehen, so dass der Schutz des § 223 I StGB erst mit der Geburt beginnt.<sup>5</sup> Der strafrechtliche Schutz für das ungeborene Leben richtet sich dagegen allein nach den §§ 218 ff. StGB.<sup>6</sup>

Bei dem betroffenen Tatobjekt muss es sich zudem um eine „andere“ Person, also um einen anderen Menschen handeln. Demzufolge scheidet die Person des Handelnden grundsätzlich als taugliches Tatobjekt aus.<sup>7</sup>

#### b) Tathandlung

##### aa) Die körperliche Misshandlung

Als erste Tatmodalität nennt § 223 I StGB die körperliche Misshandlung. Hierunter versteht man jede üble, unangemessene Behandlung, welche die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinflusst.<sup>8</sup>

Das körperliche Wohlbefinden beschreibt dabei den Zustand des (unbewussten) Körperempfindens, welcher vor der Einwirkung durch den Täter vorhanden war.<sup>9</sup> Die körperliche Unversehrtheit umfasst dagegen den zum Zeitpunkt der Einwirkung bestehenden Zustand der körperlichen Integrität.<sup>10</sup>

Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit bzw. des körperlichen Wohlbefindens darf dabei nicht nur unerheblich sein. Ob eine Beeinträchtigung mehr als nur unerheblich ist, ist dabei aus Sicht eines objektiven Betrachters und nicht nach dem subjektiven Empfinden des Opfers zu bestimmen.<sup>11</sup>

Für die Bejahung einer körperlichen Misshandlung ist insoweit eine nicht nur unerhebliche Einwirkung mit somatischer Wirkung notwendig. Die Einwirkung muss dabei allerdings nicht zwangsweise zu Schmerzen oder zu einem anhaltenden Zustand führen.<sup>12</sup>

**Bsp. 1:** A schlägt B mit der Faust ins Gesicht, wodurch dieser einen Jochbeinbruch erleidet.

Fraglich ist, ob der Schlag des A eine körperliche Misshandlung darstellt. Dies ist zu bejahen, da hierdurch sowohl die körperliche Unversehrtheit als auch das körperliche Wohlbefinden des B nicht nur unerheblich beeinträchtigt werden.

##### bb) Die Gesundheitsschädigung

Neben der körperlichen Misshandlung nennt § 223 I StGB die Gesundheitsschädigung als zweite Tatmodalität. Unter einer Gesundheitsschädigung versteht man das Hervorrufen oder Steigern eines (auch nur vorübergehenden) pathologischen (= krankhaften) Zustandes.<sup>13</sup>

Ein Zustand ist pathologisch, wenn der vom Täter hervorgerufene Zustand von dem Normalzustand der körperlichen Funktion des Opfers nachteilig abweicht.<sup>14</sup> Auf ein Schmerzempfinden kommt es indes nicht an.<sup>15</sup> Gleichwohl muss für die Bejahung einer Gesundheitsschädigung eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten werden. Die Gesundheitsschädigung darf insoweit – wie auch die körperliche Misshandlung – nicht nur unerheblich sein.<sup>16</sup>

<sup>3</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 3; Rengier, Strafrecht BT II, § 13, Rn. 1.

<sup>4</sup> Vgl. TK StGB, § 223, Rn. 4; MüKo-StGB, § 223, Rn. 23.

<sup>5</sup> Vgl. Lackner/Kühl/Heger StGB, § 223, Rn. 1 m.w.N.; zum Beginn des Menschenseins im strafrechtlichen Sinne vgl. BGH, Beschluss vom 02.11.2023 – 6 StR 128/23 = **Life&LAW 05/2024, 317 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>6</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 223, Rn. 12.

<sup>7</sup> Eine (versuchte) Selbstverletzung bleibt insoweit strafflos. In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit wegen (versuchter) Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Alt. 2 StGB), wenn ein anderer das Opfer als „Werkzeug gegen sich selbst“ benutzt, vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 2. Zur Möglichkeit eines Totschlags in mittelbarer Täterschaft in

Abgrenzung zu einem straffreien Suizid vgl. BGH, Beschluss vom 29.01.2025 – 4 StR 265/24 = **Life&LAW 08/2025, 533** = **jurisbyhemmer**.

<sup>8</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 4.

<sup>9</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 6.

<sup>10</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 7.

<sup>11</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 4; BeckOK StGB, § 223, Rn. 22; TK StGB, § 223, Rn. 8 m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 223, Rn. 18; BeckOK StGB, § 223, Rn. 24.

<sup>13</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 8;

<sup>14</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht BT II, § 13, Rn. 16.

<sup>15</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 8; Lackner/Kühl/Heger StGB, § 223, Rn. 5 m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 223, Rn. 24; NK-StGB, § 223, Rn. 8.

**Bsp. 2:** A mischt dem unwissenden B erhebliche Mengen an Alkohol in sein Getränk. B gelangt hierdurch ungewollt in einen starken Rauschzustand und wird dabei bewusstlos.

A könnte durch sein Verhalten in Bsp. 2 den Tatbestand einer Körperverletzung gem. § 223 I StGB verwirklicht haben. Dies ist dann der Fall, wenn der Rauschzustand des B eine Gesundheitsschädigung darstellt. Die Bewusstlosigkeit ist eine vom Normalzustand der körperlichen Funktion nachteilige Abweichung, so dass § 223 I StGB tatbestandlich verwirklicht ist.<sup>17</sup>

### cc) Besondere Problemfelder beider Tatmodalitäten

Im Rahmen der Tatmodalitäten ergeben sich zahlreiche Problemfelder, welche eine besondere Examenrelevanz aufweisen.

#### (1) Ärztlicher Heileingriff

**Bsp. 3:**<sup>18</sup> Der Arzt A führt eine medizinisch nicht indizierte Sterilisation bei B durch. Die Operation erfolgte dabei nach den Regeln der ärztlichen Kunst.

**Abwandlung:** A operiert einen bei B bestehenden Leistenbruch. Die Operation des Leistenbruchs war medizinisch indiziert und wurde von A nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt.

Die strafrechtliche Behandlung von ärztlichen Heileingriffen ist umstritten. In diesem Zusammenhang stellt sich bereits auf der Ebene des Tatbestandes die Frage, ob die Vornahme eines ärztlichen Heileingriffs überhaupt eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung darstellt.

Ein Teil der Literatur vertritt dabei die Ansicht, dass bei einer zu Heilzwecken vorgenommenen Behandlung bereits tatbestandlich keine Körperverletzung vorgenommen werde, sofern die Behandlung medizinisch indiziert ist und „lege artis“ ausgeführt wird (sog. Tatbestandslösung).<sup>19</sup>

Vertreter dieser Ansicht stellen darauf ab, dass es im Rahmen einer gebotenen Gesamtbetrachtung bei einer indizierten und „lege artis“ durchgeführten ärztlichen Heilbehandlung insgesamt zu einer Verbesserung des körperlichen Zustandes komme, so dass weder eine körperliche Misshandlung noch eine Gesundheitsschädigung vorliege.<sup>20</sup>

Die Rspr. geht indes auch bei einem ärztlichen Heileingriff, welcher die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt, tatbestandsmäßig von

einer Körperverletzung aus.<sup>21</sup> Demnach kann es für die Verwirklichung des Tatbestandes nicht darauf ankommen, ob der Eingriff aus medizinischen Gründen angezeigt und „lege artis“ durchgeführt wird.

Nach Ansicht der Rspr. kann in einem solchen Fall allerdings die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung entfallen, sofern eine wirksame (bzw. eine mutmaßliche oder hypothetische) Einwilligung des Patienten vorliegt (sog. „Rechtfertigungslösung“).<sup>22</sup>

In Bezug auf Bsp. 3 lässt sich insoweit feststellen, dass die Sterilisation des B zwar ordnungsgemäß nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wurde, der Eingriff allerdings nicht medizinisch indiziert war. Mithin liegt durch den Eingriff des A in Bsp. 3 sowohl nach Ansicht der h.L. als auch nach Ansicht der Rspr. tatbestandsmäßig eine Körperverletzung vor, sodass ein Streitentscheid dahinstehen kann.

In der Abwandlung des Falles unterscheidet sich die Sachlage insofern, als die Behandlung des Leistenbruchs medizinisch indiziert war. Folgt man nun der Ansicht der h.L., so wäre der Tatbestand des § 223 I StGB durch den Eingriff des A nicht erfüllt, da bei einem medizinisch indizierten und fachgerecht vorgenommenen Heileingriff kein „krankheitswertiger“ Schaden und insoweit weder eine körperliche Misshandlung noch eine Gesundheitsschädigung vorliegt.

Die Rechtsprechung hingegen bejaht auch in einem solchen Fall den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung, sodass es hier eines Streitentscheids bedarf.

Es erscheint überzeugend, auch bei medizinisch indizierten und nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführten Heileingriffen tatbestandlich von einer Körperverletzung i.S.d. § 223 I StGB auszugehen. Hierfür spricht vor allem das Selbstbestimmungsrecht eines Patienten. Dieses kann nur dann wirksam geschützt werden, wenn auch ein indizierter und „lege artis“ durchgeführter Heileingriff nur aufgrund einer willensfehlerfreien Einwilligung straflos vorgenommen werden darf.

Würde man indizierte und „lege artis“ durchgeführte Eingriffe vom Tatbestand des § 223 I StGB ausnehmen, so würde dies dazu führen, dass ein Arzt eigenmächtig und gegen den Willen des Patienten einen Eingriff straflos durchführen könnte. Dies würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unterlaufen und zu erheblichen Schutzlücken führen.

<sup>17</sup> Auch eine körperliche Misshandlung ist zu bejahen, so dass beide Alternativen des § 223 I StGB verwirklicht sind.

<sup>18</sup> Angelehnt an BGH, Beschluss vom 17.04.2024 – 1 StR 403/23 = **Life&LAW 01/2025, Rn. 37 ff. = jurisbyhemmer**.

<sup>19</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 19 ff. m.w.N.

<sup>20</sup> Dieser Ansicht folgend soll dies auch dann gelten, wenn der Heileingriff im Ergebnis misslingt, da es dem Arzt in einem

solchen Fall am Körperverletzungsvorsatz fehle. Insoweit sei die ärztliche Heilbehandlung gerade nicht auf eine Verletzung des Körpers, sondern auf eine Verbesserung des Gesundheitszustandes gerichtet.

<sup>21</sup> St. Rspr. seit RG 25, 375 = **jurisbyhemmer**.

<sup>22</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 16 f. m.w.N.

Im Ergebnis ist daher der Rspr. zu folgen. Entsprechend ist in Bezug auf die Abwandlung festzustellen, dass A durch die Behandlung des Leistenbruchs den (objektiven) Tatbestand des § 223 I StGB erfüllt hat.

## (2) Übertragung von Infektionskrankheiten

**Bsp. 4:** Der mit dem HI-Virus infizierte H hat ungeschützten, einvernehmlichen Geschlechtsverkehr mit O. Infolge des Geschlechtsverkehrs wird auch O mit dem HI-Virus infiziert. O war die Infektion des H nicht bekannt. Ein Ausbruch des HI-Virus fand bei O noch nicht statt.

**Abwandlung:** Der positiv auf das Corona-Virus (SARS CoV 2) getestete C hustet der bisher nicht mit dem Virus infizierten T in Gesicht. Hierdurch infiziert sich T mit dem Virus. Die Infektion verläuft bei T symptomlos. Nach drei Wochen ist das Virus bei T ausgeheilt und nicht mehr nachweisbar.

Ein beliebtes Klausurproblem, welches sich im Rahmen des § 223 I StGB ergibt, ist die Frage, ob bereits die Übertragung von Krankheitserregern und eine damit einhergehende Infizierung des Opfers tatbestandsmäßig eine Körperverletzung, mithin eine körperliche Misshandlung bzw. eine Gesundheitsschädigung darstellt.

Einigkeit besteht dahingehend, dass beide Tatmodalitäten des § 223 I StGB jedenfalls dann erfüllt sind, sofern die Übertragung von Erregern zu einer Infektion mit (körperlichen) Symptomen beim Opfer führt.<sup>23</sup>

Problematischer erweist sich indes die Konstellation, in der das Opfer zwar infiziert wird, es jedoch keinerlei Symptome aufweist.

Die Tatmodalität der körperlichen Misshandlung ist in diesem Fall abzulehnen, da bei einer symptomlosen Infektion weder das körperliche Wohlbefinden noch die körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt sind.<sup>24</sup>

Allerdings könnte bereits die bloße Infektion mit einer Krankheit eine Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 I StGB darstellen. Ob dies der Fall ist, wurde in der Vergangenheit vor allem im Rahmen der Übertragung und Infektion mit dem HI-Virus diskutiert.

Die Rspr.<sup>25</sup> kam in diesem Zusammenhang zu dem Ergebnis, dass bereits die Ansteckung mit einer nicht unerheblichen Krankheit eine Verschlechterung der Gesundheit darstellt, unabhängig davon,

ob bzw. wann es zum Ausbruch der Krankheit kommt.

Demnach führe bereits die Infektion mit einer solchen Krankheit objektiv zu einem tiefgreifenden Abweichen des körperlichen Normalzustandes beim Opfer, was sich bei einer Infektion mit dem HI-Virus insbesondere durch die dauerhafte eigene Infektiosität äußert.<sup>26</sup>

Ob diese (als h.M. geltende) Rspr. ohne weiteres auch auf andere Infektionskrankheiten, insbesondere auf das Corona-Virus (SARS CoV 2), übertragbar ist, ist umstritten.<sup>27</sup>

Kritiker halten einer Übertragung der Rspr. insoweit entgegen, dass diese sich im Wesentlichen auf die Besonderheiten des HI-Virus beziehe. Im Gegensatz zu einer Infektion mit dem HI-Virus führe eine Infektion mit einer anderen Infektionskrankheit jedoch nicht zwingend zu einer dauerhaften Infektion – und damit auch zu keiner dauerhaften Infektiosität des Opfers.<sup>28</sup>

Im Ergebnis dürfte es überzeugen, die im Wesentlichen in Bezug auf das HI-Virus entstandene Rspr. auch auf andere (erhebliche) Infektionskrankheiten zu übertragen, da unabhängig davon, ob die Infektion zu Symptomen oder einer dauerhaften Infektiosität führt, bereits eine Infektion als solche eine negative Abweichung des körperlichen Normalzustandes darstellt und insoweit eine Gesundheitsschädigung stattfindet.<sup>29</sup>

**hemmer-Methode:** In schwierigen Fällen zählt vor allem Ihr Argumentationsvermögen. Gerade bei viralen Infekten sind das Geschehen und die wissenschaftliche Bewertung der Risiken äußerst dynamisch! Achten Sie insoweit auf die (für eine sachgerechte Lösung zwingend erforderlichen) näheren Hinweise hierzu im Sachverhalt.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist in Bezug auf Bsp. 4 die Tatmodalität einer Gesundheitsschädigung zu bejahen. Gleiches gilt nach der hier vertretenen Ansicht für die Abwandlung.<sup>30</sup>

**hemmer-Methode:** Sofern es zu keiner Übertragung der Krankheit kommt, ist an eine Versuchsstrafbarkeit zu denken. Ein weiteres Problem stellt sich, wenn das Tatopfer von der Infizierung seines Gegenübers mit einem Virus und den damit verbundenen Risiken weiß, aber trotzdem z.B. ungeschützten Geschlechtsverkehr mit der infizierten Person hat.

<sup>23</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 13; Hotz, NSTZ 2020, 320 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. Hotz, NSTZ 2020, 320, 321.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1988 – 1 StR 262/88 = jurisbyhemmer.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1988 – 1 StR 262/88 = jurisbyhemmer.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu: Lorenz/Wenglarczyk, GA 2023, 337, 342 m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. Lorenz/Wenglarczyk, GA 2023, 337, 342 m.w.N.; Makepeace, ZJS 2020, 189, 191.

<sup>29</sup> So auch im Ergebnis NK-StGB, § 223, Rn. 20a m.w.N.; TK StGB, § 223, Rn. 13; a.A. vgl. Popp, GA 2022, 319 ff.; Makepeace, ZJS 2020, 189 ff.

<sup>30</sup> A.A. vertretbar. In der Praxis wird eine Strafbarkeit zudem wohl regelmäßig am fehlenden Kausalitätsnachweis scheitern.

Hier ist zu diskutieren, ob eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vorliegt, welche nach h.M. zum Ausschluss der objektiven Zurechnung führt.

### (3) Rein psychische Ein- und Auswirkungen

Einwirkungen, die rein psychische Auswirkungen auf das Opfer haben, sind von der Tatmodalität der körperlichen Misshandlung grundsätzlich nicht erfasst.<sup>31</sup> Allerdings kann im Einzelfall eine körperliche Misshandlung auch bei lediglich psychischen Beeinträchtigungen gegeben sein, sofern diese körperliche Auswirkungen haben. Dies ist dann der Fall, wenn das Opfer durch die psychische Beeinträchtigung in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzt wird.<sup>32</sup>

Anders als bei der Tatmodalität der körperlichen Misshandlung – welche eine gewisse „körperliche“ Beeinträchtigung voraussetzt – werden auch rein psychische Beeinträchtigungen von der Tatvariante der Gesundheitsschädigung erfasst, sofern diese einen bedeutsamen Krankheitswert aufweisen.<sup>33</sup> Bloße Beeinträchtigungen des seelischen Wohlbefindens allein reichen allerdings auch für die Bejahung einer Gesundheitsschädigung nicht aus.<sup>34</sup>

**Bsp. 5:** Um B einen Schrecken einzujagen, versteckt sich A hinter dessen Zimmertür. Als B sein Zimmer betritt, springt A aus seinem Versteck hervor. B erschreckt sich hierdurch.

**Abwandlung:** B erschreckt sich so stark, dass er hierdurch einen Herzinfarkt erleidet.

Fraglich ist, ob das Verhalten des A in Bsp. 5 eine körperliche Misshandlung und/oder eine Gesundheitsschädigung darstellt.

Das bloße Erschrecken stellt aufgrund der rein seelischen Wirkung auf B keine körperliche Misshandlung dar. Insoweit liegt tatbestandlich weder eine körperliche Misshandlung noch eine Gesundheitsschädigung vor.

Anders stellt sich das Geschehen in der Abwandlung des Falles dar. Insoweit ist festzustellen, dass B durch das Erschrecken des A einen Herzinfarkt erleidet. Die rein psychische Einwirkung des A manifestiert sich insoweit bei B in einem pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand, so dass sowohl die Tatmodalität der körperlichen Misshandlung als auch die der Gesundheitsschädigung zu bejahen ist.

**hemmer-Methode:** Problematisch ist in der Abwandlung die objektive Zurechnung bzw. der Vorsatz des Täters bezüglich des Kausalverlaufs. Hier wären weitere Hinweise im Sachverhalt erforderlich, um diese Anforderungen im Fall näher prüfen und ggfs. bejahen zu können.

### (4) Körperverletzungen aus erzieherischen Gründen

Während nach der früheren h.M. Körperverletzungen aus erzieherischen Gründen aus Sozialadäquanz lange Zeit als tatbestandslos erachtet wurden, wird heute § 223 I StGB bejaht, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Bekräftigt wird diese Bewertung durch § 1631 II BGB, wonach körperliche Bestrafungen und seelische Verletzungen unzulässig sind.<sup>35</sup>

#### c) Unterlassen

Der Tatbestand des § 223 I StGB kann auch durch Unterlassen erfüllt werden.<sup>36</sup> Insoweit gilt es die Voraussetzungen des § 13 I StGB (Unterlassen einer objektiv gebotenen Handlung sowie Vorliegen einer Garantenstellung) zusätzlich zu beachten.

**Bsp. 6:** K leidet an einer starken Hautkrankung, weshalb sie sich zu ihrem Vertragsarzt A begibt. A unterlässt es jedoch, die gebotene Behandlung der Hautkrankheit durchzuführen. Die Hautkrankheit verschlimmert sich daraufhin, was zu zunehmenden Schmerzen bei K führt.

Aufgrund dessen, dass die Hautkrankheit der K unbehandelt bleibt, breitet diese sich aus, wodurch zusätzliche Schmerzen bei K ausgelöst werden. Insoweit wird die körperliche Unversehrtheit der K infolge der Nichtbehandlung nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Auch liegt eine Gesundheitsschädigung vor, da durch die Ausbreitung der Krankheit und die damit einhergehenden zusätzlichen Schmerzen zumindest eine Intensivierung des bei K bestehenden pathologischen Zustandes stattfindet.

Eine Behandlung der Krankheit zur Erfolgsabwehr ist zudem objektiv geboten gewesen. Die Behandlung der Krankheit war dem A auch möglich. Als behandelnder Arzt hatte A zudem gegenüber der K auch eine Garantenstellung (Beschützergarant).

Indem es A in Bsp. 6 unterließ, K zu behandeln, erfüllt er mithin den objektiven Tatbestand des § 223 I StGB.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht BT II, § 13, Rn. 13 m.w.N.; TK StGB, § 223, Rn. 7.

<sup>32</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 6; Rengier, Strafrecht BT II, § 13, Rn. 13 f.; TK StGB, § 223, Rn. 7.

<sup>33</sup> Vgl. TK StGB, § 223, Rn. 10; NK-StGB, § 223, Rn. 15; Fischer, § 223 StGB, Rn. 12; die Rspr. spricht auch in diesem Zusammenhang vom Erfordernis eines insoweit „somatisch objektivierbaren Zustandes“.

<sup>34</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 12; BeckOK StGB, § 223, Rn. 27.

<sup>35</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 223, Rn. 34; Fischer, § 223 StGB, Rn. 38.

<sup>36</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 223, Rn. 30; TK StGB, § 223, Rn. 16.

<sup>37</sup> Weitere Beispiele für eine Körperverletzung durch Unterlassen vgl. BeckOK StGB, § 223, Rn. 30.

### d) (Quasi-) Kausalität

Im Rahmen der Kausalität ergeben sich keine besonderen Probleme. Insoweit ist zu beachten, dass die vorgenommene Verletzungshandlung stets kausal im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel für die körperliche Misshandlung bzw. die Gesundheitsschädigung gewesen sein muss.

Sofern die Körperverletzung durch Unterlassen begangen wurde, ist auf das Vorliegen der „Quasikausalität“ abzustellen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht setzt § 223 I StGB Vorsatz (§ 15 StGB) in Bezug auf den objektiven Tatbestand voraus. Damit genügt bereits bedingter Vorsatz.<sup>38</sup>

Sofern Tötungsvorsatz besteht, so ist nach h.M. stets auch der Körperverletzungsvorsatz zu bejahen, da die Körperverletzung insoweit als notwendiges Durchgangsstadium der Tötung verstanden wird (sog. „Einheitstheorie“).<sup>39</sup>

**hemmer-Methode:** Sofern eine Strafbarkeit am mangelnden (bedingten) Vorsatz des Täters scheitert, ist stets an § 229 StGB zu denken, welcher insoweit die fahrlässig begangene Körperverletzung unter Strafe stellt.

## III. Rechtswidrigkeit

Als Rechtfertigungsgründe für eine tatbestandliche Körperverletzung kommen grundsätzlich die allgemeinen Rechtfertigungsgründe – v.a. die Notwehr gem. § 32 StGB sowie der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB – in Betracht.<sup>40</sup>

Regelmäßig wird in Klausuren im Rahmen der Rechtswidrigkeit zudem zu erörtern sein, ob eine wirksame Einwilligung des Opfers vorliegt. Liegen die Voraussetzungen<sup>41</sup> einer solchen vor, so nimmt die Einwilligung als ungeschriebener, aber rechtlich

anerkannter Rechtfertigungsgrund der Körperverletzung grundsätzlich ihre Rechtswidrigkeit.<sup>42</sup>

Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Einwilligung stehen in Klausuren typischerweise Probleme im Zusammenhang mit der Einwilligungsfähigkeit<sup>43</sup> sowie mögliche Willensmängel auf Seiten des Einwilligenden<sup>44</sup> im Mittelpunkt.

Liegen die Voraussetzung einer Einwilligung grundsätzlich vor, so gilt es im Rahmen von Körperverletzungen stets zusätzlich zu beachten, dass die Einwilligung in Körperverletzungsdelikte nur in den Grenzen des § 228 I StGB möglich ist.<sup>45</sup> Demnach kann eine Einwilligung nur dann ihre rechtfertigende Wirkung entfalten, wenn sie in Bezug auf eine Körperverletzung getroffen wurde, die ihrerseits nicht gegen die guten Sitten verstößt.<sup>46</sup>

**Anmerkung:** Der Begriff der Sittenwidrigkeit ist aus Sicht des Rechtsanwenders durchaus schwer zu greifen. Während die frühere Rspr.<sup>47</sup> an den Maßstab des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“ anknüpfte, folgt die neuere Rspr. einer Rechtsgutslösung.<sup>48</sup> Hiernach komme es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit primär auf das Gewicht des Rechtsguteingriffs an.<sup>49</sup> Eine Sittenwidrigkeit der Tat ist insoweit grundsätzlich zu bejahen, wenn bei objektiver Betrachtung die einwilligende Person in konkrete Todesgefahr gebracht wird.<sup>50</sup> Wird die konkrete Todesgefahr begrenzt, so kann im Einzelfall die Sittenwidrigkeit entfallen. In diesem Zusammenhang sind jedoch auch mögliche Eskalationsgefahren zu berücksichtigen.<sup>51</sup> Nach Ansicht der Rspr. ist eine Sittenwidrigkeit zudem dann zu bejahen, wenn durch die Körperverletzung zugleich der Tatbestand des § 231 I StGB rechtswidrig und schuldhaft erfüllt wird. Dies soll selbst dann gelten, wenn die schwere Folge ausbleibt.<sup>52</sup>

<sup>38</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 53; BeckOK StGB, § 223, Rn. 31.

<sup>39</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 28.06.1961 – 2 StR 136/61 = **jurisbyhemmer**; Fischer, § 211 StGB, Rn. 107.

<sup>40</sup> Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 21; vertiefend zur Notwehr: **Berberich/Müller, Life&LAW 08/2020, 58 ff.**

<sup>41</sup> Ausführlich zur Institution der rechtfertigenden Einwilligung und deren Voraussetzungen: **Berberich/Löper, Life&LAW 08/2015, 614 ff.**

<sup>42</sup> Vgl. Fischer, § 228 StGB, Rn. 2.

<sup>43</sup> Zu religiös motivierten Beschneidungen Minderjähriger vgl. LG Köln, Beschluss vom 07.05.2012 – 151 Ns 169/11 = **Life&LAW 11/2012, 808 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>44</sup> Zur Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung bei vorangehender Täuschung vgl. BGH, Beschluss vom 19.03.2024 – 3 StR 61/24 = **Life&LAW 11/2024, 750 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>45</sup> Vgl. Fischer, § 228 StGB, Rn. 2 f.

<sup>46</sup> Anknüpfungspunkt für die Sittenwidrigkeit ist insoweit die Tat und nicht die Einwilligung.

<sup>47</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 22.01.1952 – 4 StR 373/52 = **jurisbyhemmer**; zur Begriffsentwicklung der Sittenwidrigkeit vgl. BGH, Urteil vom 22.01.2015 – 3 StR 233/14 = **jurisbyhemmer** sowie Fischer, § 228 StGB, Rn. 8 ff.

<sup>48</sup> Vgl. Fischer, § 228 StGB, Rn. 8 m.w.N.

<sup>49</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03 = **jurisbyhemmer**.

<sup>50</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2020 – 1 StR 368/19 = **jurisbyhemmer**.

<sup>51</sup> Vgl. zum Ganzen, BGH, Beschluss vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12 = **jurisbyhemmer**.

<sup>52</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 22.01.2015 – 3 StR 233/14 = **Life&LAW 09/2015, 663 ff.** = **jurisbyhemmer**.

Neben der ausdrücklichen Einwilligung sind zudem die mutmaßliche Einwilligung<sup>53</sup> sowie die hypothetische Einwilligung<sup>54</sup> als eigenständige Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Körperverletzung anerkannt.<sup>55</sup>

**hemmer-Methode:** Die hypothetische Einwilligung ist eine Besonderheit des Arzthaftungsrechts. Sie kommt zum Tragen, wenn ein Arzt bei einem Eingriff die notwendige Aufklärung unterlassen hat, der Patient aber auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zugestimmt hätte (vgl. Wertung des § 630h II S. 2 BGB).

#### IV. Schuld

Auf Ebene der Schuld weist § 223 I StGB keine deliktsspezifischen Besonderheiten auf. Insoweit gelten auch hier die allgemeinen Entschuldigungsgründe des § 35 StGB (entschuldigender Notstand) sowie des § 33 StGB (Notwehrexzess).

### C) Die Qualifikation des § 224 I StGB

#### I. Allgemeines

Bei der Strafvorschrift des § 224 StGB handelt es sich um den Qualifikationstatbestand der gefährlichen Körperverletzung. Voraussetzung für eine Prüfung des § 224 StGB ist somit stets, dass der Tatbestand des Grunddelikts verwirklicht ist.

Die Vorschrift stellt auf besonders gefährliche Begehungsweisen der Körperverletzung ab und regelt diese in fünf Fallgruppen. Die dahingehend in den Nrn. 1 bis 5 normierten Begehungsweisen sind dabei abschließend geregelt.

Werden durch eine Handlung mehrere Alternativen des § 224 I StGB erfüllt, so stellt dies insgesamt nur eine einheitliche gefährliche Körperverletzung dar.<sup>56</sup> Die Verwirklichung mehrerer Alternativen hat jedoch Auswirkungen auf das Strafmaß.

Bei dem Qualifikationstatbestand des § 224 I StGB handelt es sich um ein Vergehen i.S.d. § 12 II StGB. Gleichwohl ist auch hier gem. §§ 224 II, 23 I StGB bereits der Versuch unter Strafe gestellt.

Anders als bei § 223 I StGB handelt es sich bei § 224 I StGB zudem um ein sog. „Offizialdelikt“. Dies bedeutet, dass die Strafverfolgungsbehörden

auch ohne Strafantrag von Amts wegen ermitteln müssen, sobald sie Kenntnis von der Tat erlangen.

## II. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen, § 224 I Nr. 1 StGB

Die erste Fallgruppe des § 224 I StGB setzt voraus, dass die Körperverletzung mittels der „Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen“ begangen wurde.

##### aa) Gift

Unter Gift ist jeder anorganische oder organische Stoff zu verstehen, der unter bestimmten Bedingungen (beispielsweise das Einatmen oder das Verschlucken) durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung generell und im konkreten Fall dazu geeignet ist, erhebliche gesundheitliche Schäden zu verursachen.<sup>57</sup>

Als Gift i.S.d. § 224 I Nr. 1 Var. 1 StGB kommen insoweit auch an sich unschädliche Substanzen, wie beispielsweise Kochsalz, in Betracht, sofern sie im Einzelfall, z.B. aufgrund ihrer Menge, zu einer erheblichen Gesundheitsgefährdung führen.<sup>58</sup>

**Beispiele für Gift:**<sup>59</sup> KO-Tropfen, Alkohole, tierische Gifte, Zyankali, Arsen oder Säuren.

##### bb) Andere gesundheitsschädliche Stoffe

Neben dem insoweit explizit genannten Stoff des „Gifts“ kommen zudem auch alle „anderen gesundheitsschädlichen Stoffe“ als Tatmittel in Betracht. Hierunter werden Stoffe verstanden, die auf mechanischem oder thermischem Wege wirken.<sup>60</sup> Welchen Aggregatzustand der Stoff aufweist, ist dabei ohne Bedeutung.<sup>61</sup>

Nach h.M. ist auch für das Tatmittel der „anderen gesundheitsschädlichen Stoffe“ einschränkend zu fordern, dass diese jeweils im konkreten Einzelfall dazu geeignet sind, eine erhebliche Gesundheitsschädigung herbeizuführen.<sup>62</sup>

Für die Bejahung von § 224 I Nr. 1 StGB reicht es insoweit nicht aus, dass ein Stoff generell

<sup>53</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 30.01.2019 – 2 StR 325/17 = **jurisbyhemmer**; Fischer, § 223 StGB, Rn. 27.

<sup>54</sup> Vgl. etwa BGH, Urteil vom 20.01.2004 – 1 StR 319/03 = **jurisbyhemmer** sowie BGH, Beschluss vom 15.10.2003 – 1 StR 300/03 = **jurisbyhemmer**.

<sup>55</sup> Vertiefend zur mutmaßlichen und hypothetischen Einwilligung: **Berberich/Löper, Life&LAW 08/2015, 614 ff.**

<sup>56</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 35.

<sup>57</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 4; TK StGB, § 224 StGB, Rn. 7.

<sup>58</sup> Vgl. TK StGB, § 224 StGB, Rn. 7; Fischer, § 224 StGB, Rn. 4.

<sup>59</sup> Für weitere Beispiele siehe TK StGB, § 224 Rn. 7.

<sup>60</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 5.

<sup>61</sup> Vgl. TK StGB, § 224, Rn. 8.

<sup>62</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 6.

gesundheitsschädlich ist, wenn er im konkreten Fall (beispielsweise aufgrund einer zu geringen Dosierung) nicht dazu geeignet ist, eine erhebliche Gesundheitsschädigung herbeizuführen.<sup>63</sup>

**Beispiele für „andere gesundheitsschädliche Stoffe“:**<sup>64</sup> Kochendes Wasser, flüssiger Teer, zerstoßenes Glas oder Krankheitserreger.

**Anmerkung:** Eine Differenzierung zwischen dem Tatmittel „Gift“ und dem des „anderen gesundheitsschädlichen Stoffes“ erfolgt insoweit im Wesentlichen nach der Wirkungsweise des Stoffes.

#### dd) Tathandlung: „Beibringen“

Als Tathandlung setzt § 224 I Nr. 1 StGB das „Beibringen“ des Stoffes voraus. Unter Beibringen in diesem Sinne versteht man das Einführen oder das Auftragen der Stoffe auf den Körper eines anderen, so dass diese dazu in der Lage sind, ihre gesundheitsschädliche Eigenschaft zu entfalten.<sup>65</sup>

Nach der zu folgenden h.M. ist für ein Beibringen dabei nicht erforderlich, dass der Stoff ins Körperinnere eindringt und dort eine Wirkung entfaltet. Zutreffend wird dies damit begründet, dass es keine Rolle spielen kann, ob der Stoff seine gesundheitsschädliche Wirkung von innen oder außen entfaltet. Insoweit liegt ein Beibringen i.S.d. § 224 I Nr. 1 StGB auch dann vor, wenn der Stoff lediglich von außen auf den Körper einwirkt.<sup>66</sup>

**hemmer-Methode:** Die Streitfrage, ob ein „Beibringen“ das Eindringen in den Körper und eine dahingehende Wirkung voraussetzt, ist eher akademischer Natur. Denn jedenfalls wird § 224 I Nr. 2 StGB in diesen Fällen regelmäßig zu bejahen sein.<sup>67</sup>

#### b) Tatbegehung mittels Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 224 I Nr. 2 StGB

Als weitere Fallgruppe werden gem. § 224 I Nr. 2 StGB solche Körperverletzungen, die mittels einer „Waffe“ oder eines „anderen gefährlichen Werkzeugs“ begangen werden, erfasst. Für die Bejahung von § 224 I Nr. 2 StGB muss die Körperverletzung stets „mittels“ der Waffe bzw. des „gefährlichen

Werkzeugs“ begangen werden. Insoweit muss der Täter mit dem Tatmittel unmittelbar auf den Körper der geschädigten Person einwirken.<sup>68</sup>

#### aa) Waffe

Unter Waffe versteht man einen Gegenstand, der nach seiner Art dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen. Der Begriff der Waffe erfasst dabei insbesondere Gegenstände i.S.d. § 1 WaffG, mithin vor allem Hieb-, Stoß- und Schusswaffen.

Daneben werden nach ständiger Rspr. auch (geladene) Gaspistolen<sup>69</sup> sowie geladene Schreckschusspistolen<sup>70</sup> unter den Begriff der Waffe i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB subsumiert.

**hemmer-Methode:** Der Begriff der Waffe wird nach dem BGH somit hier anders interpretiert als etwa in § 250 I Nr. 1 a) StGB. Dies liegt darin begründet, dass bei einer gefährlichen Körperverletzung die Waffe zum Einsatz kommen muss, während bei § 250 I Nr. 1 a) StGB ein bloßes Bei-Sich-Führen genügt.<sup>71</sup>

#### bb) Andere gefährliche Werkzeuge

Neben „Waffen“ kommen gem. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB auch „andere gefährliche Werkzeuge“ als Tatmittel in Betracht. Unter einem gefährlichen Werkzeug wird ein Gegenstand verstanden, der nach seiner Beschaffenheit und seiner konkreten Art der Benutzung dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.<sup>72</sup> Nach h.M. werden dabei lediglich bewegliche Sachen, die zur Verstärkung der Einwirkung allein körperlicher Kraft oder zur Hervorbringung von spezifischen Kraft-Wirkungen genutzt werden, verstanden.<sup>73</sup> Unbewegliche Gegenstände, wie z.B. eine Hauswand, stellen insoweit keine gefährlichen Werkzeuge in diesem Sinne dar.<sup>74</sup> Mangels Gegenstandsqualität fallen zudem auch Flüssigkeiten oder Gase nicht unter die Begrifflichkeit des gefährlichen Werkzeugs.<sup>75</sup> Auch stellen eigene Körperteile (wie beispielsweise der Fuß eines Kickboxers oder die Handkante eines geschulten Karatameisters) nach h.M. keine gefährlichen Werkzeuge i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB dar, da sie bereits keine Werkzeuge in diesem Sinne sind.<sup>76</sup>

<sup>63</sup> Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Rn. 222.

<sup>64</sup> Für weitere Beispiele siehe TK StGB, § 224, Rn. 8.

<sup>65</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 12.08.1960 – 4 StR 294/60 = **jurisbyhemmer**; BGH, Urteil vom 21.10.1989 – 2 StR 289/83 = **jurisbyhemmer**; Fischer, § 224 StGB, Rn. 8.

<sup>66</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 8 m.w.N.; zur insoweit im Ergebnis abzulehnenden a.A. vgl. TK StGB, § 224, Rn. 9 m.w.N.

<sup>67</sup> Beispielsweise indem der gesundheitsschädliche Stoff mittels einer Sprühflasche oder einem anderen Gegenstand rein äußerlich aufgetragen wird.

<sup>68</sup> Vgl. TK StGB, § 223, Rn. 18; Fischer, § 224 StGB, Rn. 11.

<sup>69</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.05.1999 – 4 StR 380/98 = **jurisbyhemmer**.

<sup>70</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 04.02.2003 – GSSt 2/02 = **jurisbyhemmer**.

<sup>71</sup> Näher zum Waffenbegriff vgl. Fischer, § 250 StGB, Rn. 3 ff.

<sup>72</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 14.

<sup>73</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 06.09.1968 – 4 StR 320/68 = **jurisbyhemmer** sowie BGH, Urteil vom 08.03.1988 – 1 StR 18/88 = **jurisbyhemmer**; a.A. SK StGB, § 224 StGB, Rn. 19.

<sup>74</sup> Für weitere Beispiele siehe Fischer, § 224 StGB, Rn. 12.

<sup>75</sup> Vgl. hierzu: BGH, Beschluss vom 08.10.2024 – 5 StR 382/24 = **Life&LAW 04/2025, 248 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>76</sup> Vgl. Beck OK StGB, § 224, Rn. 30; Fischer, § 224 StGB, Rn. 13.

**Bsp. 7:** Um C eine gehörige Abreibung zu verpassen, schlägt A diesen mittels einer aus Eisen gefertigten Kleiderstange zusammen.

In Bezug auf das Bsp. 7 lässt sich feststellen, dass A durch sein Verhalten den Grundtatbestand des § 223 I StGB erfüllt hat. Daneben könnte A, indem er auf C mittels einer aus Eisen gefertigten Kleiderstange einschlug, auch den Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB erfüllt haben.

Bei der Kleiderstange handelt es sich um einen (beweglichen) Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und seiner konkreten Art der Verwendung (hier: Einsatz als Schlagmittel) dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen bei C hervorzurufen. Insoweit handelt es sich bei der verwendeten Kleiderstange um ein gefährliches Werkzeug. A hat durch sein Verhalten mithin den objektiven Tatbestand des § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB erfüllt.

**hemmer-Methode:** Beim Einsatz von K.O.-Tropfen kann diskutiert werden, ob neben § 224 I Nr. 1 StGB auch § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB verwirklicht ist. Dies ist zu verneinen: Die Tropfen selbst sind kein Werkzeug i.d.S. Auch auf die Pipette, die ggfs. zum Einsatz kommt, kann nicht abgestellt werden. Diese ist nur Mittel zum Zweck und kommt nicht selbst mit dem Körper in Kontakt.

Probleme bei der Einordnung eines Gegenstandes als gefährliches Werkzeug können sich schließlich bei der Verwendung von medizinischen Instrumenten durch medizinisches Fachpersonal ergeben. Insoweit ging die im Wesentlichen zu § 223a StGB a.F. ergangene Rspr. bisher davon aus, dass ein medizinisches Instrument „in der Hand des Arztes“ ein ungefährliches Werkzeug sei, solange der Einsatz lege artis erfolge.<sup>77</sup>

Nach neuer Rechtsprechung des BGH kann die zu § 223a StGB a.F. ergangene einschränkende Rechtsprechung indes nicht auf die seit dem 01.04.1998 geltende Gesetzesfassung des § 224 I Nr. 2 StGB - jedenfalls in Bezug auf medizinisch nicht indizierte Eingriffe - übertragen werden.<sup>78</sup> Damit beurteilt sich die rechtliche Bewertung von chirurgischem bzw. sonstigem ärztlichen Instrumentarium nach den allgemeinen bei § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB geltenden Grundsätzen.

**Anmerkung:** § 223a I StGB a.F. beinhaltete den Passus „Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs“. Damit war der Begriff „Waffe“ der Oberbegriff und der Begriff „gefährliches Werkzeug“ ein Unterbegriff. Hieraus folgte der BGH, dass ein gefährliches Werkzeug „waffenähnlich“ eingesetzt werden müsse, was bei dem Einsatz von chirurgischen Instrumenten lege artis zu verneinen sei. Mittlerweile ist es bei der Formulierung des § 224 I StGB gerade umgekehrt: Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs ist der Oberbegriff („mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs“). Damit ist die Grundlage für die Argumentation des BGH entfallen, die Änderung der Rechtsprechung mithin zu begrüßen.

### c) Hinterlistiger Überfall, § 224 I Nr. 3 StGB

**Bsp. 8:**<sup>79</sup> A verabredet sich mit T in einer Bar, um diese näher kennen zu lernen. Nach einigen Stunden des geselligen Beisammenseins entschließt sich A, der T heimlich mittels einer Pipette GBL-Tropfen ins Glas zu geben. Die ahnungslose T trinkt sodann ihr Getränk aus. In der Folge kommt es bei T zu einer derart starken Bewusstseinsstrübung, dass diese nicht mehr ansprechbar war.

Eine Körperverletzung ist gem. § 224 I Nr. 3 StGB auch dann gefährlich, wenn sie mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen wird. Der Strafgrund ergibt sich dabei bereits aus der besonderen Verwerflichkeit der Begehungsweise, weshalb es für die Bejahung der Tatmodalität keiner konkreten Gefahr einer erheblichen Verletzung bedarf.<sup>80</sup>

Unter einem Überfall versteht man einen unvorhergesehenen Angriff auf einen Ahnungslosen, auf den er sich nicht vorbereiten kann.<sup>81</sup>

Der Überfall ist dabei hinterlistig, wenn der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren (Verletzungs-)Absicht berechneten Weise vorgeht, um die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.<sup>82</sup>

**Anmerkung:** Die Hinterlist ist nicht mit der Heimtücke zu verwechseln. Für die Hinterlist ist insoweit erforderlich, dass der Täter durch inszeniertes Vorgehen die Abwehr seines Opfers erschweren möchte. Die Grenzen der Hinterlist sind damit enger gesteckt als bei der Heimtücke.

<sup>77</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 15.

<sup>78</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = **Life&LAW 08/2024, 536 ff.** = **jurisbyhemmer**; ob dies auch für medizinisch indizierte Heileingriffe gilt, wurde offengelassen.

<sup>79</sup> Angelehnt an BGH, Beschluss vom 08.10.2024 – 5 StR 382/24 = **Life&LAW 04/2025, 248 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>80</sup> Vgl. TK StGB, § 224, Rn. 18; Fischer, § 224 StGB, Rn. 22; a.A. SK-StGB, § 224, Rn. 23.

<sup>81</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 22.

<sup>82</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 22; TK StGB, § 224, Rn. 18 m.w.N.

Hierfür genügt in der Regel das Entgegentreten mit vorgetäuschter Friedfertigkeit oder ein von Heimlichkeit geprägtes Vorgehen, wie beispielsweise ein Auflauern oder ein Anschleichen.<sup>83</sup>

Das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments reicht dagegen nicht aus.<sup>84</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe stellt sich in Bezug auf Bsp. 8 die Frage, ob sich A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 3 StGB strafbar gemacht hat. Durch die Verabreichung der GBL-Tropfen liegt sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung vor.

Indem A heimlich das GBL in das Getränk der T tropfte, könnte er zudem den objektiven Tatbestand des § 224 I Nr. 3 StGB erfüllt haben. Dies ist zu bejahen, da A insoweit den Plan verfolgte, dass T mangels Kenntnis über den Angriff sich nicht zur Wehr setzen kann. A ging zudem dabei planmäßig seine wahren Absichten verdeckend vor.

A hat durch sein Verhalten in Bsp. 8 insoweit den objektiven Tatbestand des § 224 I Nr. 3 StGB erfüllt.

#### d) Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangene Körperverletzung, § 224 I Nr. 4 StGB

Als vorletzte Tatmodalität wird gem. § 224 I Nr. 4 StGB die „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangene“ Körperverletzung erfasst.

Unter einer gemeinschaftlichen Begehung versteht man ein einverständliches Zusammenwirken von mindestens zwei Personen.<sup>85</sup> Eine mittäterschaftliche Tatbegehung ist mit Blick auf § 28 II StGB, wonach Beteiligter einer Tat sowohl Täter als auch Teilnehmer sein können, indes nicht erforderlich.<sup>86</sup>

Gleichwohl ist nicht jede Form der Beteiligung dazu geeignet, eine Strafbarkeit nach § 224 I Nr. 4 StGB zu begründen. So ist erforderlich, dass durch das Zusammenwirken die Gefahr für das Opfer durch Schaffung einer Übermacht und die Reduzierung der Verteidigungschancen erhöht wird.<sup>87</sup>

Nicht erforderlich ist dagegen die eigenhändige Mitwirkung jedes einzelnen an der Verletzungshandlung. Vielmehr genügt es, dass eine am Tatort anwesende Person den unmittelbar Tatausführenden unterstützt.<sup>88</sup> Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine am Tatort anwesende Person den unmittelbar Tatausführenden aktiv physisch unterstützt.<sup>89</sup>

Daneben reicht aber auch eine rein psychische Unterstützung nach Ansicht der Rspr. für die Annahme einer gemeinschaftlichen Beteiligung gem. § 224 I Nr. 4 StGB aus, sofern diese zu einer Erhöhung der qualifikationsspezifischen Gefahr führt.<sup>90</sup> Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Beteiligte seine Eingriffsbereitschaft demonstriert.<sup>91</sup> Das bloße Bestärken des unmittelbar Tatausführenden allein reicht indes nicht aus.<sup>92</sup>

**Bsp. 9:** A und B entdecken während eines gemeinsamen Spaziergangs im Park ihren Erzfeind O. Spontan entschließen sich die beiden dazu, dem O eine Lektion zu erteilen. Zu diesem Zweck packt B den O und hält diesen fest, während A sodann auf diesen einschlägt.

Fraglich ist, ob das Vorgehen des A den objektiven Tatbestand des § 224 I Nr. 4 StGB erfüllt. Dies ist zu bejahen, da insoweit ein Zusammenwirken von mindestens zwei Personen stattgefunden hat. Durch das Zusammenwirken von A und B wurden zudem die Verteidigungschancen des O gemindert. Die objektiven Voraussetzungen des § 224 I Nr. 4 StGB liegen mithin vor.

Strittig ist schließlich die Frage, ob § 224 I Nr. 4 StGB auch durch Unterlassen mehrerer Beteiligter verwirklicht sein kann. Der BGH hält dies für möglich. Die erforderliche höhere Gefährlichkeit einer gemeinschaftlichen Körperverletzung sei dann gegeben, wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden und (zumindest zeitweilig) am Tatort anwesend sind. Aufgrund dieser Abrede bestehe eine höhere Gefahrenlage, weil sich jeder Garant verpflichtet fühlen könne, dem Tatopfer wie besprochen nicht zu helfen.

Dem könnte man entgegenhalten, dass bei den anderen Nummern des § 224 I StGB regelmäßig die Gefahr bestehen muss, dass es zu einer „intensivieren“ Körperverletzung kommen könnte. Im systematischen Vergleich könnte man gleiches dann auch bei § 224 I Nr. 4 StGB einfordern. Bei einem Unterlassen durch mehrere Tatbeteiligte droht indes gerade nicht die Gefahr einer „intensivieren“ Körperverletzung durch den Umstand, dass statt einer Person mehrere Personen dem Opfer nicht helfen.<sup>93</sup>

**hemmer-Methode:** Im Ergebnis scheinen beide Auffassungen vertretbar. Im 2. Staatsexamen rät es sich, dem BGH zu folgen.

<sup>83</sup> Vgl. jeweils mit weiteren Beispielen: TK StGB, § 224, Rn. 18 sowie Fischer, § 224 StGB, Rn. 22.

<sup>84</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 22.

<sup>85</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 23.

<sup>86</sup> Vgl. Lackner/Kühl/Heger StGB, § 224, Rn. 7.

<sup>87</sup> Vgl. TK StGB, § 224, Rn. 21 m.w.N.

<sup>88</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2005 – 4 StR 347/05 = jurisbyhemmer.

<sup>89</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 24.

<sup>90</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 24.

<sup>91</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 03.09.2002 – 5 StR 210/02 u.a. = jurisbyhemmer; Fischer, § 224 StGB, Rn. 24.

<sup>92</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 24.

<sup>93</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 17.05.2023 – 6 StR 275/22 = Life&LAW 01/2024, 25. ff. = jurisbyhemmer.

### e) Körperverletzung mittels lebensgefährlicher Behandlung, § 224 I Nr. 5 StGB

Als letzte Tatmodalität für eine gefährliche Körperverletzung normiert § 224 I Nr. 5 StGB die „lebensgefährdende Behandlung“.

Strittig ist, was darunter zu verstehen ist. Während einige Stimmen der Literatur<sup>94</sup> für die Bejahung von § 224 I Nr. 5 StGB den Eintritt einer konkreten Lebensgefährdung voraussetzen, ist nach h.M.<sup>95</sup> lediglich auf die abstrakt-generelle Lebensgefährlichkeit der Körperverletzung abzustellen. Gegen die Ansicht, die eine konkrete Lebensgefährdung fordert, spricht, dass sich der Gesetzgeber in seiner Begründung zum 6. StrRG der Ansicht der h.M. angeschlossen hat.<sup>96</sup> Aber auch bei einem systematischen Vergleich mit den anderen Nummern von § 224 I StGB, die allesamt eine abstrakte Gefahrensituation als strafscharfend vorsehen, vermag die h.M. zu überzeugen. Es genügt damit ein Verhalten des Täters, welches objektiv-generell dazu geeignet ist, den Tod des Opfers herbeizuführen.<sup>97</sup>

Sofern eine Garantenstellung in Bezug auf die Verhinderung der Lebensgefahr besteht, kann die Tatmodalität auch durch ein Unterlassen begangen werden.<sup>98</sup>

Schließlich muss der Körperverletzungserfolg „mittels“ der gefährlichen Behandlung und nicht erst als deren mittelbare Folge eintreten.

**Bsp. 10:** A verfolgt rennend B auf der Standspur einer Autobahn, der ihm zu entkommen versucht. Als A den B erreicht hat, wirft er diesen um, so dass der Oberkörper des B auf der rechten Fahrbahn der stark befahrenen Autobahn zum Liegen kommt, wo B benommen für längere Zeit liegen bleibt. Zwei Fahrzeuge können nur mit viel Geschick ausweichen und hätten B beinahe überfahren. B erleidet durch die Attacke des A Schürfwunden an den Händen und den Beinen. A ging bei seiner Attacke davon aus, dass B schon nicht überfahren werden würde.

Im Bsp. 10 ist aufgrund der Schürfwunden der Tatbestand des § 223 I StGB (beide Alternativen) verwirklicht. Fraglich ist, ob auch § 224 I Nr. 5 StGB einschlägig ist. Es bestand eine Lebensgefahr bei B. Jedoch müsste die Körperverletzung „mittels“ einer das Leben gefährdenden Behandlung eingetreten sein. Als „Körperverletzung“ kommen vorliegend allein die Schürfwunden in Betracht. Diese stellen für sich betrachtet jedoch keine das Leben gefährdende Behandlung dar. § 224 I Nr. 5 StGB scheidet damit aus.<sup>99</sup> Die äußerste Grenze des möglichen Wortsinns würde sonst verletzt (Analogieverbot, Art. 103 II GG).

**hemmer-Methode:** Zu denken ist in Bsp. 10 so dann an § 221 I Nr. 1 StGB. A hat B in eine hilflose Lage versetzt, als dieser benommen für längere Zeit auf der rechten Fahrbahn der stark befahrenen Autobahn zum Liegen kommt. Hierdurch kam es zu einer Gefahr des Todes, so dass § 221 I Nr. 1 StGB tatbestandlich erfüllt ist. Sie können sich merken: Bei der Aussetzung handelt es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Strafgrund ist, dass die konkrete Gefährdung aus der hilflosen Lage des Opfers resultiert. § 224 I Nr. 5 StGB kommt hingegen zum Zuge, wenn eine Körperverletzung als Anknüpfungspunkt unmittelbar zu einer (nach h.M.) abstrakten Lebensgefahr des Opfers führt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht setzt § 224 I StGB bei allen der genannten Qualifikationstatbestände Vorsatz voraus, sofern nicht zweckgerichtetes Handeln vorausgesetzt wird.<sup>100</sup> Im Rahmen von § 224 I Nr. 1 und Nr. 2 StGB muss sich (Eventual-) Vorsatz auch auf den Eintritt einer konkreten Gefahr bzw. einer erheblichen Verletzung des Opfers beziehen.<sup>101</sup> Im Rahmen des § 224 I Nr. 5 StGB muss der Täter die Umstände erkennen bzw. zumindest für möglich halten, aus denen sich die allgemeine Gefährlichkeit des Tuns in der jeweils konkreten Situation für das Leben des Opfers ergibt, auch wenn der Täter sie nicht als lebensgefährdend bewertet.<sup>102</sup>

## III. Rechtswidrigkeit und Schuld

Bezüglich der Rechtswidrigkeit und Schuld ist im Rahmen der Qualifikation auf das Grunddelikt des § 223 I StGB abzustellen. Einer gesonderten Prüfung bedarf es daher nicht.

## D) Fazit

Der Grundtatbestand des § 223 I StGB sowie der Qualifikationstatbestand des § 224 I StGB gehören zu den klassischen Prüfungstatbeständen im Strafrecht. Wenngleich die Prüfung der Tatbestände auf den ersten Blick vermeintlich einfach erscheint, können durchaus komplexe Probleme im Detail auftauchen. Daneben lassen sich die Delikte einfach in eine Klausur einbauen und mit anderen Problemen, insbesondere solchen des allgemeinen Strafrechts, verknüpfen. Für eine gelungene Klausur ist es insoweit unerlässlich, die wesentlichen Definitionen ebenso wie die typischen Streitfragen sicher zu beherrschen.

<sup>94</sup> Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht BT-1, Rn. 238 m.w.N.

<sup>95</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 224, Rn. 41; TK StGB, § 224, Rn. 26.

<sup>96</sup> Vgl. insoweit BT-Drs. 13/8587, 83.

<sup>97</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 224, Rn. 42.

<sup>98</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 29.

<sup>99</sup> Da A davon ausging, dass B schon nicht überfahren werden würde, scheitern auch §§ 212 I, 22, 23 I StGB bzw. §§ 223 I,

224 I Nr. 5, 22, 23 I StGB. Zur Bejahung von § 315b StGB fehlen ebenfalls hinreichende Anhaltspunkte im Sachverhalt.

<sup>100</sup> Vgl. BeckOK StGB, § 224, Rn. 46; TK StGB, § 224, Rn. 4.

<sup>101</sup> Vgl. NK-StGB, § 224, Rn. 34 m.w.N.; Lackner/Kühl StGB, Rn. 9.

<sup>102</sup> Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 32.

Auszug aus den 39 wichtigsten Fällen Arbeitsrecht, Zivilrecht

# Ohne Fleiß kein Preis!?

## Lohn ohne Arbeit, Verzugslohn, Betriebsrisiko

+++ Arbeitsvertrag +++ Annahmeverzug +++ Betriebsrisiko +++ §§ 611a, 614, 615 BGB +++

**Sachverhalt:** Bettina Bremer (B) arbeitet seit vier Jahren in der Schokoladenfabrik der Süß AG (250 Arbeitnehmer, ein Betriebsrat existiert). Der Personalchef der S, Paul Proll (P), hat ein Auge auf B geworfen und lädt sie am 24. Januar ein, abends mit ihm essen zu gehen. Da B allerdings glücklich liiert ist und keinerlei Interesse an P hat, lässt sie ihn kalt abblitzen. P ist in seiner Männlichkeit tief getroffen und sinnt auf Rache.

Am 26. Januar findet B in ihrem Briefkasten eine formgerechte Kündigung, mit der das Arbeitsverhältnis zum 28. Februar gekündigt wird. B ist empört. Am 1. Februar erhebt sie Kündigungsschutzklage beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht. Am 1. März erscheint B nicht zur Arbeit. Die mündliche Verhandlung über die Kündigungsschutzklage der B wird auf den 10. Mai anberaumt. Zwei Wochen vor dieser Verhandlung erweitert B ihren Klageantrag dahingehend, dass sie nun auch Lohnfortzahlung für die Zeit vom 1. März bis 30. April verlange.

S meint, B habe in dem Zeitraum nicht gearbeitet, deshalb stehe ihr auch kein Lohn zu. Überdies sei das Arbeitsverhältnis ja auch wirksam beendet worden. Die Forderung der B sei damit völlig haltlos.

**Besteht ein Anspruch der B auf Zahlung des Lohnes für den angegebenen Zeitraum?**

### A) Sound

Grundsätzlich gilt im Arbeitsrecht der Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn“ oder griffiger: „Ohne Fleiß kein Preis“. Der Arbeitnehmer ist daher grds. zur Vorleistung verpflichtet. Ohne Arbeitsleistung wird sein Anspruch auf den Lohn grundsätzlich nicht fällig, § 614 BGB.

Unter den Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB kann der Lohnanspruch des Arbeitnehmers aber fortbestehen. Wichtig sind v.a. die Fälle, in denen ein Arbeitnehmer unwirksam gekündigt wurde und deshalb vom Arbeitgeber nicht weiter beschäftigt wurde. Für einen solchen Anspruch muss allerdings Annahmeverzug des Arbeitgebers vorliegen.

Welche Anforderungen an das grundsätzlich für den Gläubigerverzug erforderliche Arbeitsangebot des Arbeitnehmers zu stellen sind, ist im Rahmen dieses Falles zu erörtern.

- bb) Kündigungsfrist, § 622 II Nr. 1 BGB (+)
- cc) Sonderkündigungsschutz: BR nicht angehört
- dd) **Zwischenergebnis:** Kündigung unwirksam, § 102 I S. 3 BetrVG
- b) Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 293 BGB
- aa) Angebot des Arbeitnehmers
  - (1) Tatsächliches Angebot gem. § 294 BGB (-)
  - (2) Wörtliches Angebot gem. § 295 BGB (-)
  - (3) Entbehrlichkeit des Angebots gem. § 296 BGB hier ausnahmsweise (+)
    - ⇒ Leistungshandlung des Arbeitgebers ist das Anbieten des Arbeitsplatzes
- bb) Leistungsfähigkeit der B, § 297 BGB (+)
- cc) Annahmewilligkeit des Arbeitgebers (+)
- dd) Anrechnung gem. § 615 S. 2 BGB (-)
- 2. **Ergebnis: Lohnanspruch gem. §§ 615 S. 1, 611a II BGB (+)**

### B) Gliederung

#### 1. Anspruch aus §§ 611a II, 615 S. 1 BGB

⇒ Arbeitsverhältnis müsste noch bestehen

a) Kündigung wirksam?

aa) Präklusion, §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG?

⇒ (-); Klage wurde binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erhoben

### C) Lösung

#### 1. Anspruch aus §§ 611a II, 615 S. 1 BGB

Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für März und April könnte sich aus §§ 611a II, 615 S. 1 BGB ergeben.

Zunächst müsste zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden haben. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn die Kündigung vom 26. Januar zum 28. Februar wirksam war.

#### a) Kündigung wirksam?

##### aa) Keine Präklusion nach § 4 S. 1 i.V.m. § 7 HS 1 KSchG

Die schriftliche Kündigung gem. §§ 623, 126 BGB ist der B am 26. Januar zugegangen, § 130 I BGB.

Dadurch, dass B am 1. Februar, also fünf Tage nach Zugang der schriftlichen Kündigung – innerhalb der Frist des § 4 S. 1 KSchG – Kündigungsschutzklage erhob, hat sie die Präklusionswirkung des § 7 HS 1 KSchG verhindert. Die Wirksamkeit der Kündigung ist damit noch überprüfbar.

##### bb) Frist

Weiterhin müsste die Kündigung fristgerecht gewesen sein, § 622 BGB.

B arbeitete seit vier Jahren bei S, sodass die Kündigungsfrist nach § 622 II Nr. 1 BGB zu bemessen ist. Danach beträgt die Frist einen Monat zum Monatsende.

Die Kündigung ging B am 26. Januar zu, sodass eine Kündigung zum 28. Februar fristgerecht ist.

##### cc) Sonderkündigungsschutz

Weiterhin dürfte kein Sonderkündigungsschutz einschlägig sein.

In Betracht kommt hier § 102 I S. 1 BetrVG. Der Sachverhalt enthält vorliegend keinerlei Hinweise auf eine Anhörung des im Betrieb gebildeten Betriebsrats, sodass hier davon auszugehen ist, dass eine Betriebsratsanhörung nicht stattgefunden hat. Die Kündigung ist daher gem. § 102 I S. 3 BetrVG unwirksam.

##### dd) Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass die Kündigung gem. § 102 I S. 3 BetrVG wegen der unterbliebenen Anhörung des Betriebsrats unwirksam ist. Darüber hinaus wäre sie auch sozialwidrig gewesen, da keinerlei Anhaltspunkte für eine soziale Rechtfertigung gem. § 1 I, II KSchG bestehen. Ein Arbeitsverhältnis bestand damit im fraglichen Zeitraum zwischen den Parteien.

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entlohnung aus dem Arbeitsvertrag ist allerdings nicht fällig, da B in der fraglichen Zeit nicht gearbeitet hat, § 614 BGB.

#### b) Annahmeverzug des Arbeitgebers

Der Anspruch aus § 611a II BGB könnte jedoch unter den Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB aufrechterhalten werden.

Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung verpflichtet ist und der Arbeitgeber bei der Annahme der Arbeitsleistung in Annahmeverzug kommt.

Das Bestehen einer Arbeitsverpflichtung wurde oben bereits durch die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht erfolgreich beendet wurde, bejaht. Entscheidend ist daher nun, ob Annahmeverzug des Arbeitgebers vorliegt.

**Anmerkung:** Eine solche Verpflichtung des Arbeitnehmers liegt auch dann vor, wenn ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis besteht bzw. wenn der Arbeitnehmer aufgrund eines Betriebsratswiderspruchs gegen seine Kündigung aufgrund von § 102 V BetrVG während des Kündigungsschutzprozesses weiterbeschäftigt werden muss.

Fraglich ist hier aber zunächst, ob überhaupt ein Annahmeverzug des Arbeitgebers vorliegen kann.

Die Arbeitsleistung ist nämlich regelmäßig als absolute Fixschuld anzusehen, d.h. die Arbeitsleistung ist in der vorgesehenen Arbeitszeit zu erbringen. Geschieht dies nicht, so tritt mit Zeitablauf Unmöglichkeit ein.

Unmöglichkeit und Annahmeverzug schließen sich jedoch aus. Danach kann ein Annahmeverzug nur dann auftreten, wenn ausnahmsweise das Arbeitsverhältnis keinen Fixschuldcharakter hat.

Diese Sichtweise aber würde dem § 615 BGB für das Arbeitsrecht weitgehend jegliche Bedeutung nehmen. Daher wendet das BAG § 615 BGB auch an, wenn Annahmewilligkeit des Arbeitgebers vorliegt und nur deshalb Unmöglichkeit eintritt. Dass Unmöglichkeit eintritt, hindert den Annahmeverzug i.S.d. § 615 BGB dann nicht.

Der Annahmeverzug wäre aber dennoch ausgeschlossen, wenn eine „echte“ Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorläge, also bspw. die Arbeitsleistung wegen Zerstörung der Fertigungsstätte nicht erbracht werden könnte oder B arbeitsunfähig krank gewesen wäre. Ein solcher Fall ist hier aber nicht gegeben.

**Anmerkung:** Da der Annahmeverzug generell eine erfüllbare Leistungspflicht des Schuldners voraussetzt, tritt auch beim rechtmäßigen Streik kein Annahmeverzug ein. Denn dann sind die Hauptvertragspflichten suspendiert.

**aa) Angebot des Arbeitnehmers**

Ob Annahmeverzug vorliegt, ist gem. §§ 293 ff. BGB zu bestimmen. Danach ist für einen Annahmeverzug grundsätzlich ein Angebot zur Erbringung der Arbeitsleistung erforderlich.

**(1) Tatsächliches Angebot gem. § 294 BGB**

Zunächst wäre ein tatsächliches Angebot der B gem. § 294 BGB erforderlich.

Ein solches wäre dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer in Person arbeitsbereit am Arbeitsplatz erschiene. B ist jedoch nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr im Betrieb erschienen. Ein tatsächliches Angebot wurde daher hier nicht gemacht.

**(2) Wörtliches Angebot gem. § 295 BGB**

Denkbar wäre, dass in der Erhebung der Kündigungsschutzklage ein wörtliches Angebot liegt, § 295 BGB.

Dies kann jedoch dahinstehen, da der Arbeitgeber keineswegs erklärt hat, die Arbeitsleistung der B nicht anzunehmen.

**(3) Entbehrlichkeit des Angebots gem. § 296 BGB**

In Betracht kommt damit hier nur noch eine Entbehrlichkeit eines Angebots der B gem. § 296 BGB.

Dazu müsste eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers kalendermäßig bestimmt sein und der Arbeitgeber die Handlung rechtzeitig vornehmen.

Nach der Rechtsprechung hat der Arbeitgeber die Pflicht, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers einzuplanen und diesem einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und auch anzubieten.

Diese Pflicht wird von der Rechtsprechung des BAG als Handlung i.S.d. § 296 S. 1 BGB verstanden. Die besteht täglich und ist damit als kalendermäßig bestimmbar im Sinne dieser Vorschrift zu werten.

Nach einer unwirksamen Kündigung muss daher ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz wieder anweisen und zur Verfügung stellen.

Ein Angebot ihrer Arbeitsleistung war danach für B entbehrlich.

**Anmerkung:** Die Entbehrlichkeit des Angebots ist auch im Arbeitsrecht die Ausnahme und wird vom BAG nur dann bejaht, wenn der Arbeitgeber durch eine unwirksame Kündigung oder eine vertragswidrige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit deutlich gemacht hat, dass er seine Mitwirkungspflichten nicht erfüllen wird.

**bb) Leistungsfähigkeit der B**

B war auch leistungsfähig und leistungsbereit, sodass dem Eintritt des Annahmeverzugs auch nicht § 297 BGB entgegensteht.

**cc) Annahmewilligkeit des Arbeitgebers**

Weiterhin müsste der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht angenommen haben. Der Grund hierfür ist unerheblich. Insbesondere ist egal, ob der Arbeitgeber davon ausgegangen ist, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer wirksam beendet wurde.

Vorliegend wurde die Arbeitsleistung der B nicht angenommen.

Es liegt damit Annahmeverzug der S vor. Ein Anspruch auf Verzugslohn besteht damit dem Grunde nach.

**dd) Anrechnung gem. § 615 S. 2 BGB**

Anhaltspunkte für eine Anrechnung gem. § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG bestehen hier nicht.

Also ist der Anspruch auch der Höhe nach berechtigt.

**Anmerkung:** § 11 KSchG geht als Spezialregelung § 615 S. 2 BGB vor. § 615 S. 2 BGB hat daher nur einen äußerst begrenzten Anwendungsbe- reich. Sachlich sagen beide Vorschriften jedoch das Gleiche aus.

**2. Ergebnis**

B hat damit einen Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Lohnes für die in der Klage angegebenen Monate März und April.

## D) Zusammenfassung

- Der Arbeitnehmer muss grundsätzlich seine Arbeitsleistung tatsächlich anbieten.
- Nach einer unwirksamen Kündigung trifft jedoch den Arbeitgeber die Obliegenheit, dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und zuzuweisen; deswegen ist in der Regel ein Angebot des Arbeitnehmers entbehrlich.
- Ist ein Annahmeverzug des Arbeitgebers gegeben, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Verzugslohn in der Höhe des sonst erzielten Lohnes.
- Ggf. muss er sich jedoch gem. § 615 S. 2 BGB, § 11 KSchG entgangenes oder erzielter Entgelt anrechnen lassen.

**hemmer-Methode:** Ein weiteres examensrelevantes Problemfeld ist die sog. **Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko**, die ihre gesetzliche Grundlage inzwischen in § 615 S. 3 BGB gefunden hat. Danach sind die Regelungen über den Annahmeverzugslohn entsprechend in den Fällen anzuwenden, in denen der Arbeitgeber das Risiko eines Arbeitsausfalls trägt.

**a)** Der Arbeitgeber trägt damit das Risiko, dass er bei einer von beiden Vertragsparteien nicht zu vertretenden Betriebsstörung seinen Arbeitnehmern das Entgelt fortzuzahlen hat (sog. **Betriebsrisiko**). Deshalb muss er dafür einstehen, dass die Arbeitsleistung aus Gründen unmöglich wird, die in seinem Einflussbereich liegen, wie etwa der Ausfall von Maschinen, Betriebsstoffen oder anderer für den Betriebsablauf notwendiger Betriebsmittel.

Der Grund für diese Risikoverteilung liegt darin, dass der Arbeitgeber seinen Betrieb leitet und organisiert, allerdings trägt er auch die Verantwortung. Allein er ist vernünftigerweise dazu in der Lage, etwaige Risiken aus dem Bereich des Betriebs durch Rücklagen und Versicherungen abzufedern.

Über diese „internen Betriebsstörungen“ hinaus trägt der AG grds. auch das Risiko für von außen auf das Unternehmen einwirkende Umstände, die sich als **höhere Gewalt** darstellen. Der AG muss folglich beim Eintritt von unverschuldeten Betriebsstörungen den Lohn an seine AN weiterzahlen. Typische Fälle für derartige Betriebsstörungen sind neben dem Versagen von Maschinen insbesondere der Mangel an Material oder Vorprodukten, unzureichender Energiezufluss, die Überschwemmung eines Fabrikgebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe, die Zerstörung der Betriebseinrichtungen durch Brand, der Ausfall einer Ölheizung im Betrieb wegen eines plötzlichen Kälteeinbruchs oder der Stromausfall infolge einer Störung im Elektrizitätswerk. Dasselbe gilt, wenn der AG auf-

grund äußerer Einflüsse Entscheidungen trifft, die zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führen.

Viel diskutiert wurde die Frage, ob eine im Rahmen der Bekämpfung der **Corona-Pandemie** behördlich angeordnete (vorübergehende) Betriebs-schließung („lockdown“) zum Betriebsrisiko des AG gehört.

Nach Ansicht des **BAG** (vgl. BAG, **Life&LAW 04/2022, 235 ff.** = NJW 2022, 560 ff. = [jurisbyhemmer](#)) muss dabei differenziert werden:

**(1)** Nimmt der AG die Pandemie zum Anlass, aus eigener Entscheidung den Betrieb (vorübergehend) zu schließen – z.B., weil ein Teil der Belegschaft in Quarantäne ist, es infolge der Pandemie an erforderlichen Materialien oder Rohstoffen fehlt, der Absatz stark zurückgeht oder die Kunden ausbleiben –, trifft ihn das Betriebsrisiko.

**(2)** Muss der AG aufgrund behördlicher Anordnung zur Bekämpfung der Pandemie seinen Betrieb (vorübergehend) schließen, lässt sich die Frage, ob der AG das Betriebsrisiko trägt, nur nach dem Zweck der Maßnahme beantworten.

**(a)** Zielt eine behördliche Maßnahme darauf, einem im Betrieb des AG angelegten besonderen Risiko zu begegnen, trifft ihn das Risiko des Arbeitsausfalls und ist er nach § 615 S. 3 i.V.m. S. 1 BGB und § 611a II BGB zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die vom AG gewählten Produktionsmethoden oder von ihm zu verantwortenden Arbeitsbedingungen (wie z.B. in Teilen der Fleischwirtschaft und bei Saisonkräften in der Landwirtschaft) eine besonders hohe Ansteckungsgefahr innerhalb der Belegschaft in sich bergen.

**(b)** Dagegen trägt der AG nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, wenn die behördlich verfügte Betriebsschließung im Rahmen allgemeiner Maßnahmen staatlicher Stellen zur Pandemiebekämpfung erfolgt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die behördlich angeordnete Schließung betriebsübergreifend zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen erfolgt, um die sozialen Kontakte auf ein Minimum zu reduzieren. Wenn nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden, realisiert sich gerade nicht ein in einem bestimmten Betrieb aufgrund seiner konkreten Produktions- und Arbeitsbedingungen – dem Betriebssubstrat – angelegtes Risiko. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ist vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage, die der einzelne AG nicht – auch nicht im weitesten Sinne – verursacht und zu verantworten hat. Dieses „allgemeine Risiko“, das Folge letztlich politischer Entscheidungen zur Eindämmung des die Allgemeinheit insgesamt treffenden Infektionsrisikos ist, muss der AG – bei gebotener wertender Betrachtung – nicht tragen.

b) Weiterhin trägt der Arbeitgeber das sog. **Wirtschaftsrisiko**. Er allein ist für den Erfolg oder Misserfolg seines Betriebs verantwortlich. Findet beispielsweise eine angebotene Dienstleistung oder produzierte Ware auf dem Markt keine Abnehmer, ist dies vom Arbeitgeber zu tragen – bei reißendem Absatz würde er die Gewinne für sich verbuchen, so ist es nur konsequent, ihm auch die Verluste zu belassen. Den Arbeitnehmern bleibt damit ihr Entgeltanspruch erhalten.

Allerdings kann nicht in jedem Fall der Arbeitgeber das Risiko einer Betriebsstörung tragen. Eingeschränkt wird die Betriebsrisikolehre daher von der sog. Arbeitskampsrisikolehre. Zur Arbeitskampsrisikolehre vergleichen Sie bitte den folgenden Fall.

Das sog. „**allgemeine Wegerisiko**“, d.h. das Risiko, dass der Arbeitnehmer aufgrund allgemeiner Verkehrsprobleme nicht oder nicht pünktlich zur Arbeit erscheinen kann, trägt immer der Arbeitnehmer.

## E. Zur Vertiefung

- Hemmer/Wüst, Arbeitsrecht, Rn. 433 ff., 452 ff.
- Hemmer/Wüst, Arbeitsrecht Karteikarten, Nr. 84 ff., 95.



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

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

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „**juris by hemmer**“:  
[www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)

Auszug aus den 44 wichtigsten Fällen Strafrecht BT I, Strafrecht

# Das große Ding

+++ Schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 StGB +++ Verwenden einer Waffe +++

## Sachverhalt:

Von ständigen Geldnöten geplagt, plant Oskar (O) das große Ding: Er entschließt sich, „eine Bank zu machen“. Entsprechend betritt er mit vorgehaltener und durchgeladener Pistole tags darauf kurz vor Feierabend die Schalterhalle der B-Bank, in der sich zu seiner Überraschung kein Kunde mehr befindet. Lediglich der hinter Panzerglas gesicherte Kassenschalter ist mit dem Bankangestellten Konstantin (K) besetzt. O fordert den K auf, ihm 30.000 € in bar zu geben. K kommt der Aufforderung des O nach und übergibt diesem das Geld, woraufhin O mit der Beute die Flucht ergreift.

## Vermerk für die Bearbeitung:

Prüfen Sie die Strafbarkeit des O nach dem 20. Abschnitt des StGB.

## A) Einordnung

In vielen Klausuren, in denen Vermögensdelikte zu prüfen sind, spielt die Abgrenzung zwischen § 249 StGB und §§ 253, 255 StGB eine Rolle. Es handelt sich dabei um einen der klassischen Meinungsstreitigkeiten. In diesem Zusammenhang müssen Ihnen daher die entscheidenden Argumente vertraut sein. Mindestens genauso wichtig ist es aber, in der Klausursituation zu erkennen, inwieweit der Meinungsstreit im konkreten Fall überhaupt ergebnisrelevant ist. Vermeiden Sie unbedingt ein schematisches Darstellen auswendig gelernter Probleme ohne Bezug zum Sachverhalt. Dieser Fehler taucht gerade im Abgrenzungsbereich Raub / räuberische Erpressung häufig auf.

Der vorliegende Fall wirft ferner die Frage auf, ob eine Strafbarkeit wegen Verwendens einer Waffe i.S.d. § 250 II Nr. 1 Alt. 1 StGB auch dann denkbar ist, wenn entgegen dem Tatplan des Täters am Tatort ein Opfer nicht vorhanden oder aber etwa durch Panzerglas geschützt ist und somit eine objektive Gefahr für eine Person nicht gegeben ist.

## B) Gliederung

### I. Schwere räuberische Erpressung §§ 253, 255, 250 II Nr. 1 StGB

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) (P) Abgrenzung Raub / räuberische Erpressung

⇒ Nach **Rspr.** maßgebliches Abgrenzungskriterium: **äußeres Erscheinungsbild**; Geben (⇒ dann Erpressung) oder Nehmen (⇒ dann Raub)

⇒ Nach **h.L.** maßgebliches Abgrenzungskriterium: **innere Willensrichtung des Opfers** (TB der Erpressung setzt als ungeschriebenes TB-Merkmal Vermögensverfügung des Opfers voraus)

⇒ Hier nach beiden Ansichten:  
§ 249 StGB (-), §§ 253, 255 StGB (+)  
Daher Meinungsstreit i. Erg. irrelevant

#### b) Qualifikation des § 250 II Nr. 1 StGB: Verwenden einer Waffe bei der Tat

Bei der Tat (+)  
Pistole = Waffe (+)

#### (P) Verwenden?

Nach Wortlaut der Vorschrift (+), O hat Waffe als Drohmittel eingesetzt  
Jedoch nach Mindermeinung: einschränkende Auslegung der Vorschrift, da zu keinem Zeitpunkt eine objektive Gefahr für eine Person bestand  
Nach h.M.: § 250 II Nr. 1 Alt. 1 StGB (+)

2. Subjektiver Tatbestand  
Vorsatz bzgl. GrundTB und Qualifikation (+)  
Absicht rechtswidriger Bereicherung (+)

3. Rechtswidrigkeit und Schuld  
Keine Rechtfertigungsgründe (+)  
Schuldhaftes Handeln des O (+)

### II. Ergebnis

§§ 253, 255, 250 II Nr. 1 StGB (+)

## C) Lösung

### Strafbarkeit des O

#### I. Schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 II Nr. 1 StGB

O könnte sich durch den Banküberfall wegen schwerer räuberischer Erpressung strafbar gemacht haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

O müsste durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben den Bankangestellten K zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt haben und dadurch müsste ein Vermögensschaden entstanden sein, §§ 253, 255 StGB. O hat K hier mit dem Tod durch Erschießen gedroht, was ein qualifiziertes Nötigungsmittel i.S.d. § 255 Alt. 2 StGB darstellt.

Umstritten ist, von welcher Qualität das abgenötigte Verhalten sein muss.

##### a) Abgrenzung Raub / räuberische Erpressung

Während die Rechtsprechung jedwede Duldung einer Wegnahme genügen lässt und damit im Ergebnis den Raub nur als *lex specialis* gegenüber den §§ 253 I, 255 StGB ansieht, steht das überwiegende Schrifttum auf dem Standpunkt, dass beide Delikte sich gegenseitig ausschließen und für die §§ 253 I, 255 StGB eine Vermögensverfügung erforderlich ist.

Der Streit könnte im vorliegenden Fall aber dahinstehen, wenn O nach beiden Ansichten aus §§ 253 I, 255 StGB zu bestrafen wäre.

**hemmer-Methode:** Ob Sie aufbautechnisch bei der Abgrenzung zwischen § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB mit dem Raub oder der räuberischen Erpressung anfangen, bleibt weitgehend Ihnen überlassen. Es gibt hier keine zwingenden Vorgaben.

Die Rechtsprechung, die zur Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung allein auf das äußere Erscheinungsbild (Geben oder Nehmen) abstellt, würde hier §§ 253 I, 255 StGB bejahen, weil der Bankangestellte K dem O das Geld übergeben und O sich dieses nicht aus der Kasse genommen hat.

Aber auch die mehrheitliche Literatur, für die die innere Willensrichtung des Opfers ausschlaggebend ist, gelangte zur räuberischen Erpressung, weil die Vermögensverschiebung maßgeblich vom Handeln des K abhing.

Da dieser sich nämlich aufgrund der Panzerglasscheibe in Sicherheit befand, lässt sich nicht behaupten, dass der Täter sich aufgrund der Zwangseinwirkung das Geld genauso gut selbst hätte nehmen können.

Insofern liegt eine von der Literatur für §§ 253, 255 StGB geforderte Vermögensverfügung vor. Schließlich ist auch die Tatsache, dass der Bankangestellte K nicht über eigenes Vermögen verfügt, in der vorliegenden Konstellation nicht problematisch, da – wie auch immer man die Abgrenzung in solchen Dreiecksfällen vornehmen mag – ein Näheverhältnis und eine rechtliche Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, bereits aufgrund des Arbeitsvertrages und des Anstellungsverhältnisses mit der B gegeben sind.

Auf den Meinungsstreit um die Abgrenzung der Tatbestände muss daher hier nicht weiter eingegangen werden.

O hat den K zur Übergabe des Geldes genötigt und damit einen kausalen Vermögensschaden bei B herbeigeführt, sodass der objektive Tatbestand der §§ 253 I, 255 StGB erfüllt ist.

**hemmer-Methode:** Mehr braucht man zu der klassischen Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung an dieser Stelle nicht zu schreiben. Stürzen Sie sich in der Klausur nie sofort auf einen Meinungsstreit, ohne sich vorher zu fragen, in welchem Maße es auf ihn im betreffenden Fall wirklich ankommt.

Wenn Rechtsprechung und Literatur – wie hier – aus demselben Straftatbestand bestrafen, genügt es regelmäßig, den Streit kurz anzudeuten, um so zu erkennen zu geben, dass man das Problem kennt. Eine breit angelegte Diskussion könnte in einer solchen Konstellation nämlich zu Punktabzügen führen, da sie erkennen lässt, dass Sie zwar möglicherweise ein Problem abstrakt beherrschen, aber nicht in der Lage sind, dessen Bedeutung im zur Bearbeitung gestellten Sachverhalt zutreffend zu bewerten. Abgesehen davon führt eine umfängliche Diskussion an Stellen, an denen sie nicht notwendig ist, häufig zu Zeitproblemen, da sie vom Klausurersteller hier nicht erwartet wird und Ihnen daher die Zeit bei den übrigen Schwerpunkten der Klausur, die dann tatsächlich Argumentation erfordern, fehlt. Etwas ausführlicher sollten Sie auf die Abgrenzung eingehen, wenn die Rechtsprechung zu §§ 253 I, 255 StGB und die Literatur zu § 249 I StGB oder umgekehrt gelangt.

Dagegen muss das Problem in vollem Umfang argumentativ entschieden werden, wenn dem Täter die Zueignungsabsicht fehlt. In einem solchen Fall ist nach Rechtsprechung und Literatur § 249 I StGB abzulehnen. Die Rechtsprechung kommt dann aber regelmäßig zur Bejahung von §§ 253 I, 255 StGB, während die herrschende Lehre die räuberische Erpressung bei fehlender Vermögensverfügung des Opfers ablehnt.

Sie sehen also: Die gute Klausur in diesem Bereich zeichnet sich neben der Qualität der Argumente vor allem durch die richtige Schwerpunktsetzung aus.

### b) Qualifikation d. § 250 II Nr. 1 StGB

Fraglich ist, ob auch der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB gegeben ist. Nach dem Wortlaut der Vorschrift scheint dies auf den ersten Blick der Fall zu sein, denn das Merkmal des Verwendens erfordert nicht, dass es zum Einsatz der Waffe kommt, sondern ist immer schon dann erfüllt, wenn die Waffe als Drohmittel eingesetzt wird.

Darüber hinaus war die hier eingesetzte Waffe auch schussbereit und damit objektiv gefährlich.

**hemmer-Methode:** Insoweit ist die Auslegung der Qualifikationen der § 250 I Nr. 1 lit. a) StGB und § 250 II Nr. 1 StGB in der Rechtsprechung mittlerweile geklärt.

Bedenken gegen eine Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB könnten aber insofern bestehen, als zu keinem Zeitpunkt eine objektive Gefahr für eine Person bestand, da sich außer dem K niemand mehr in der Schalterhalle befand und K durch das Panzerglas vor O geschützt war. Fraglich ist, ob insofern eine einschränkende Auslegung des § 250 II Nr. 1 StGB vorzunehmen ist.

Nicht verneint werden kann jedoch zunächst im vorliegenden Fall das Merkmal der Waffe. Zwar hat die Rechtsprechung inzwischen mehrfach betont, dass § 250 II Nr. 1 StGB nur objektiv gefährliche Tatmittel erfasst, so dass bei der Verwendung einer ungeladenen Schusswaffe allein der Auffangtatbestand des § 250 I Nr. 1 lit. b) StGB gegeben ist.

Damit sollte aber nicht der Waffenbegriff in der Weise eingeschränkt werden, dass etwa auch eine grundsätzlich gefährliche, geladene Schusswaffe diese Eigenschaft (zeitweise) verliert, sofern – etwa mangels Anwesenheit anderer Personen oder aus sonstigen Gründen – aktuell keine konkrete Verletzungsgefahr besteht.

Allerdings könnte das Merkmal des Verwendens in solchen Konstellationen einschränkend auszulegen sein.

Dies erfordert der Wortlaut der Vorschrift zwar nicht zwingend.

Eine Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB wäre jedenfalls vom allgemeinen Sprachgebrauch gedeckt, denn man kann als Verwenden jedes Gebrauchmachen von der Waffe oder dem anderen gefährlichen Werkzeug verstehen, das über das bloße Bei-Sich-Führen hinausgeht.

Sinn und Zweck der Norm könnten aber zu einem anderen Ergebnis zwingen.

Will die Norm nur die nach Art der Durchführung besonders gefährlichen Raub- bzw. Erpressungstaten der Strafandrohung von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe unterwerfen, so kann es für die rechtliche Bewertung keinen Unterschied machen, ob der Täter eine Scheinwaffe als Drohmittel einsetzt oder ob er mit einer geladenen schussbereiten Waffe droht, nach den Umständen der konkreten Tatsituation aber – etwa weil wie hier die einzig anwesende Person sich hinter schusssicherem Glas befindet – keine Gefahr einer Verletzung anderer besteht. Mit dieser Argumentation ließe sich hier die Anwendung § 250 II Nr. 1 StGB ablehnen.

Auf der anderen Seite bestehen gegen eine solche Restriktion des § 250 II Nr. 1 StGB Bedenken. Die erforderliche enge, eine objektive Gefährlichkeit verlangende Auslegung des Merkmals Waffe findet ihre Rechtfertigung darin, dass der Einsatz einer Pistolenattrappe oder einer Scheinwaffe als Drohmittel unter allen denkbaren Bedingungen, auch unter Berücksichtigung einer etwaigen Eskalation des Geschehens, notwendigerweise ungefährlich ist. Setzt der Täter aber eine schussbereite, scharfe Waffe ein, so lässt sich die Gefahr erheblicher Verletzungen letztlich nicht einmal dann ausschließen, wenn sich die einzige während der eigentlichen Tatausführung anwesende Person hinter schusssicherem Glas befindet.

Auch in einer solchen Konstellation, in der plötzlich Kunden die Bank betreten können oder in der der Täter bei Verlassen der Bank auf Dritte stoßen kann, die sich ihm in den Weg stellen, lässt sich die Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB mit seiner erhöhten Strafandrohung rechtfertigen.

Darüber hinaus wäre jeder Versuch, das Tatbestandsmerkmal des Verwendens in der Weise einschränkend auszulegen, dass es eines erhöhten – wie auch immer näher zu bestimmenden – Grades von Gefährlichkeit der Tatsituation bedarf, mit der Notwendigkeit verbunden, auf Abgrenzungskriterien zurückzugreifen, die nicht trennscharf sein können, was die Praxis vor erhebliche (Beweis-)Schwierigkeiten stellen würde.

Das Fehlen einer konkreten Gefahr für eine Person kann daher für den Tatrichter allenfalls Anlass sein, unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles einen minder schweren Fall i.S.d. § 250 III StGB anzunehmen.

**hemmer-Methode:** Die hier dargestellte Problematik ist ein interessantes Beispiel für das „Ringen“ der Rechtsprechung um eine adäquate Auslegung des § 250 II Nr. 1 StGB.

Nach alledem ist vorliegend der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

O handelte mit Wissen und Wollen. Er hatte Vorsatz hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes der Erpressung und des Qualifikationstatbestandes des § 250 II Nr. 1 Alt. 1 StGB.

Zudem kam es dem O darauf an, sich die 30.000 € als Vermögensvorteil rechtswidrig zu verschaffen. Auch die Absicht rechtswidriger Bereicherung ist damit zu bejahen.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Eine Verwerflichkeit der Tat i.S.d. § 253 II StGB braucht hier nicht geprüft werden, da der Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel i.S.d. § 255 StGB stets verwerflich ist. Die Tat war damit rechtswidrig und O handelte schuldhaft.

## II. Ergebnis

O hat sich aufgrund seines Verhaltens wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

## D. Zusammenfassung

### **Sound:**

*Verwenden einer Waffe i.S.d. § 250 II Nr. 1 StGB, wenn objektiv keine Gefahr für eine Person besteht.*

Ein Verwenden einer Waffe i.S.d. § 250 II Nr. 1 Alt. 1 StGB liegt nach h.M. auch dann vor, wenn der Täter mit einer geladenen schussbereiten Waffe droht, **ohne dass** nach den Umständen der konkreten Tatsituation eine **Verletzungsgefahr** für eine andere Person besteht.

Weder der Wortlaut der Vorschrift noch deren Sinn und Zweck stehen einer solchen Auslegung entgegen.

## E. Zur Vertiefung

**Rechtsprechung zum Begriff der „Waffe“ i.S.d. § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB (bzw. § 250 I Nr. 1 lit. a) StGB):**

- Ein Taschenmesser ist grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug in diesem Sinne. Dies gilt unabhängig davon, ob der Dieb es allgemein für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat. Vgl. BGH, NJW 2008, 2861 ff. = Life&LAW 11/2008, 739 ff. = [jurisbyhemmer](#).

**Zur Qualifikation des § 250 StGB:**

- Hemmer/Wüst/Berberich, StrafR BT I, Rn. 65 ff.

**Rechtsprechung zum Tatbestand des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer:**

- BGH, Urteil vom 15.02.2018 – 4 StR 506/17 = Life&LAW 10/2018, 687 ff. = [jurisbyhemmer](#): Das Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs i.S.d. § 316a StGB setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass der Kraftfahrzeugführer mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist und gerade deshalb leichter Opfer eines Überfalls werden kann.

# Repetitorium hemmer

September 2025

## [ASSESSOR-INTENSIVKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

### BADEN-WÜRTTEMBERG

#### ONLINE-KURS

- ✓ Intensivkurs ZPO I und II - 2025 II - für alle Landgerichtsbezirke in BADEN-WÜRTTEMBERG  
13. - 14. September 2025
- ✓ Intensivkurs materielles Zivilrecht - 2025 II für alle Landgerichtsbezirke in BADEN-WÜRTTEMBERG  
17. - 19. Oktober 2025
- ✓ Intensivkurs VwGO - 2025 II für alle Landgerichtsbezirke in BADEN-WÜRTTEMBERG  
24. - 26. Oktober 2025
- ✓ Intensivkurs materielles Strafrecht - 2025 für alle Landgerichtsbezirke in BADEN-WÜRTTEMBERG  
13. - 15. November 2025
- ✓ Intensivkurs materielles öffentliches Recht - 2025 II für alle Landgerichtsbezirke in BADEN-WÜRTTEMBERG  
21. - 23. November 2025

### BAYERN

#### ONLINE-KURS

- ✓ Kautelarkurs 2025 II  
06., 07. und 10. September 2025
- ✓ Arbeitsrecht 2025 II, Gruppe I (Pflichtfachstoff)  
13., 14., 20. und 21. September 2025
- ✓ Arbeitsrecht 2025 II, Gruppe II (Pflichtfachstoff)  
20., 21., 27. und 28. September 2025
- ✓ Öffentliches Recht für Referendare 2025 II  
03., 04., 05. und 08. Oktober 2025
- ✓ Steuerrecht 2025 II  
11., 12., 15., 18. und 19. Oktober 2025
- ✓ Erbrecht 2025 II (mit Up-Grade-Möglichkeit Güterrecht)  
25. und 26. Oktober 2025
- ✓ Strafrecht / Strafprozessrecht 2025 II  
01., 02. und 05. November 2025
- ✓ ZPO 2025 II  
08., 09. und 12. November 2025

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

hemmer.assessorkurs



Mergentheimer Str. 44 / 97082 Würzburg  
Tel.: 0931 - 7 97 8 2 30 / [repetitorium@hemmer.de](mailto:repetitorium@hemmer.de)



@byhemmer

# Repetitorium hemmer

September 2025

## [ASSESSOR-INTENSIVKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

### BERLIN

#### ONLINE-KURS

- ✓ **Materielles Öffentliches Recht 2025 II**  
02., 09., 16., 23. und 30. September, sowie 07. Oktober 2025
- ✓ **Materielles Zivilrecht 2025 II**  
04., 11., 18. und 25. September, sowie 02. und 09. Oktober 2025
- ✓ **Materielles Strafrecht - 2025 II**  
14., 21. und 28. Oktober, sowie 04. November 2025
- ✓ **Grundlagen Intensiv Zivilrecht - 2025 II**  
23. und 30. Oktober, sowie 06., 13., 20. und 27. November 2025

### HESSEN

#### ONLINE-KURS

- ✓ **Intensivkurs Crash-Kurs Materielles Strafrecht**  
19., 21., 26. und 28. August 2025

### NORDRHEIN-WESTFALEN

#### ONLINE-KURS

- ✓ **Crashkurs Materielles Zivilrecht für Ihr Assessorexamen - alle Rechtsgebiete incl. ErbR, HGB, ArbR**  
30. und 31. August, sowie 13., 14., 27. und 28. September, sowie 11. und 12. Oktober 2025
- ✓ **Crash-Kurs Öffentliches Recht für Referendar\*innen in NRW**  
25. und 26. Oktober 2025
- ✓ **Die Kautelarklausur in Ihrem Assessorexamen**  
14. und 15. November 2025

### OST

#### ONLINE-KURS

- ✓ **Intensivkurs Crash-Kurs materielles Strafrecht**  
19., 21., 26. und 28. August 2025

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

hemmer.assessorkurs



Mergentheimer Str. 44 / 97082 Würzburg  
Tel.: 0931 - 7 97 8 2 30 / [repetitorium@hemmer.de](mailto:repetitorium@hemmer.de)



@byhemmer

# DEMNÄCHST

## ZIVILRECHT

**kompakt: Einspruch des Beklagten gegen ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren bereits statthaft mit Zustellung an Kläger**

Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren; Statthaftigkeit des Einspruch bereits ab Zustellung an den Kläger; §§ 310, 331 III, 338 ZPO

## STRAFRECHT

**Einsatz einer Bankkarte – „mit“ oder „ohne“ PIN?**

Betrug, § 263 StGB; Computerbetrug, § 263a StGB; Fälschung beweiserheblicher Daten, §§ 269, 270 StGB;

Urkundenunterdrückung, § 274 StGB; Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266b StGB; Unterschlagung, § 246 StGB

Wollen Sie immer „up to date“ sein, was bei hemmer passiert?

Hier finden Sie:

hemmernews, Gewinnspiele, Hinweise auf neue hemmer-Produkte, Skurriles und Lustiges.

hemmer@facebook

[www.facebook.com/byhemmer](http://www.facebook.com/byhemmer)



hemmer@instagram

[www.instagram.com/byhemmer](http://www.instagram.com/byhemmer)



## IMPRESSUM

### HERAUSGEBER

hemmer/wüst Verlagsgesellschaft mbH  
Karl-Edmund Hemmer · Achim Wüst

### AUTOREN

Michael Tyroller · Michael Grieger  
Bernd Berberich · Clemens d'Alquen

### VERLAG

hemmer/wüst Verlagsgesellschaft mbH  
Mergentheimer Strasse 44  
97082 Würzburg

### ERSCHEINUNGSWEISE

Monatlich

### BEZUGSPREISE

8,70 Euro inkl. Versand  
7,50 Euro für Abonnenten

### ANZEIGENBESTELLUNG

Liza Wüst  
Tel.: 09 31 / 7 97 82 30  
E-Mail: lw@hemmer.de

### ABO-SERVICE

hemmer/wüst Verlagsgesellschaft mbH  
Irene Köhler  
Mergentheimer Strasse 44  
97082 Würzburg  
Tel.: 09 31 / 7 97 82 30  
Fax: 09 31 / 7 97 82 34  
E-Mail: lifeandlaw@hemmer.de  
[www.lifeandlaw.de](http://www.lifeandlaw.de)

Kündigung jederzeit zum Monatsende  
beim Abo-Service in Textform  
(z.B. eMail, Fax, schriftlich)

### DRUCK

Schleunungdruck GmbH  
97828 Marktheidenfeld

### URHEBER- UND VERLAGSRECHTE

Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere des Nachdrucks, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, der Hemmer/Wüst-Verlagsgesellschaft vorbehalten.

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Gewähr übernommen; alle Beiträge werden nur unter der Voraussetzung angenommen, dass sie keiner anderen Zeitschrift angeboten worden sind und der Autor Inhaber des Urheberrechts ist. Mit ihrer Aufnahme wird von Life&LAW das ausschließliche Nutzungsrecht (inkl. elektronischer Nutzung) erworben. Namentlich gekennzeichnete Beiträge stellen nicht immer die Auffassung der Herausgeber dar.

KIRKLAND & ELLIS

**DU WILLST AUF  
DER EINSAMEN  
SPITZE NIEMALS  
ALLEINE SEIN?**

**DANN GOOGLE MAL:  
KIRKLAND SPITZE  
UND FINDE DEIN  
TEAM.**

Und jetzt lass uns  
über dich reden:  
[karriere.kirkland.com](http://karriere.kirkland.com)

Private Equity/M&A  
Corporate/Capital Markets  
Restructuring  
Debt Finance  
Tax

