

**Herausgeber:** Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

**Geschäftsführende Herausgeber:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

**Schriftleitung:** Prof. Dr. Thomas Rotsch, Wiss. Mitarbeiter Dr. Markus Wagner

**Redaktion Zivilrecht:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Beate Gsell

**Redaktion Öffentliches Recht:** Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

**Redaktion Strafrecht:** Prof. Dr. Martin Böse, Privatdozentin Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

**Webmaster:** Prof. Dr. Thomas Rotsch

**Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung:** Peter Hoffmann

**Internetauftritt:** René Grellert

**ISSN:** 1865-6331

## Inhalt

### AUFSÄTZE

#### *Zivilrecht*

##### **Zur richtlinienkonformen Auslegung von § 476 BGB**

Von stud. iur. Cornelia Stietz, Heidelberg 399

#### *Öffentliches Recht*

##### **Religiöse Symbole vor Gericht – Teil 2**

Von Wiss. Mitarbeiter Daniel Weidemann, Münster 404

#### *Strafrecht*

##### **Besonderheiten der strafrechtlichen Verjährung im Bereich des Rundfunks und der Telemedien**

##### **Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 4**

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel 414

##### **DIY-Urbanism**

##### **Recht auf Stadt oder widerrechtliche Aneignung?**

Von Wiss. Mitarbeiter Simon Pschorr, Konstanz 425

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

#### *Zivilrecht*

##### **Die Räumung von Wohnraum im einstweiligen Rechtsschutz nach § 940a ZPO**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), München 431

##### **Die Durchsetzbarkeit der Verwendungsansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis**

Von cand. iur. Lennart Giesen, Bielefeld 436

## ÜBUNGSFÄLLE

### Zivilrecht

#### Übungsfall: Einmal Mangel immer Mangel?

Von Prof. Dr. Beate Gsell,  
Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, München 443

### Öffentliches Recht

#### Examensklausur: Flüchtlingskrise

Von Prof. Dr. Christoph Herrmann,  
Wiss. Mitarbeiterin Viktoria Sauter, Passau 450

#### Übungsfall: Die Suche nach dem Richtigen

Von Wiss. Mitarbeiter Volker Herbolsheimer, Bochum 459

#### Hausarbeit: Die unbeugsame Bürgerschaft

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Annette Prehn, Greifswald 470

### Strafrecht

#### Übungsfall: Die Glasflasche

Von Prof. Dr. Georg Steinberg,  
Ass. iur. Christoph Wolf,  
stud. iur. Anna Lena Füllsack, Wiesbaden 484

#### Fortgeschrittenenklausur: Strohfeuer

Von Staatsanwalt Dr. Florian Schumann, Konstanz 489

#### Anfängerhausarbeit: Eine Frage der Ehre

Von Wiss. Mitarbeiter Christopher Penkuhn, Göttingen 497

## ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

### Zivilrecht

#### BGH, Urt. v. 15.12.2015 – VI ZR 134/15

#### (Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bei E-Mail-Werbung)

(Stud. iur. Marvin Straub, Augsburg) 510

#### BGH, Urt. v. 15.1.2014 – VIII ZR 70/13

#### (Zum Umfang der Beweislastumkehr nach § 476 BGB)

(Rechtsanwältin Dr. Katrin Hagemann, Minden) 516

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

### Strafrecht

#### BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15

#### (Verknüpfung von Nötigungsmitteln und Wegnahme beim Raub)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 519

**ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN (Forts.)***Strafrecht (Forts.)*

**BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15  
(Strafbarkeitsrisiken unter Geltung des zum  
10.12.2015 in Kraft getretenen § 217 StGB – zugleich  
zur tatbestandlichen Reichweite des § 217 StGB)**

(Prof. Dr. Bettina Weißer, Münster)

525

**REZENSIONEN***Zivilrecht*

**Eva Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, 2016**

(Privatdozent Dr. Daniel Klocke, Halle [Saale])

532

# Zur richtlinienkonformen Auslegung von § 476 BGB

Von stud. iur. **Cornelia Stietz**, Heidelberg\*

*Dieser Aufsatz soll eine aktuelle, praktische Hilfestellung zum Umgang mit § 476 BGB in der Fallbearbeitung sein. Nach einer Einführung in die Problematik werden die zu § 476 BGB vertretenen Ansichten anhand eines Beispielsfalls vorgestellt. Es wird darauf eingegangen wie § 476 BGB nach seinem Wortlaut, bzw. seinem Sinn und Zweck zu verstehen ist und welche Meinung der BGH vertritt. Auch wird die interessante, relativ junge Interpretation von Schwab dargestellt, der aus § 476 BGB eine „Jemals-Vermutung“ herausliest. Innerhalb der einzelnen Ansichten liegt der Hauptfokus auf deren Schwächen und den jeweiligen Auswirkungen für die Fallbearbeitung, insbesondere in Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 437 ff. BGB. Zur Verdeutlichung und Nachvollziehbarkeit werden die Ansichten hierzu in eine gutachterliche Prüfung eingebettet. Anschließend wird auf die vorzugswürdige richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB eingegangen und gezeigt, dass es für den Umgang mit § 476 BGB seit dem Faber-Urteil des EuGH sinnvollerweise nur noch eine Lösung geben kann. Die einzelnen Ansichten werden einander im Resümee noch einmal abschließend gegenübergestellt.*

## I. Einleitung

Im Rahmen der Prüfung eines Sachmängelgewährleistungsrechts (§§ 437 ff. BGB) bedarf es nach § 434 BGB grundsätzlich eines Mangels bei Gefahrübergang. Zeigt sich ein Mangel hingegen erst nach Gefahrübergang, sollte man sich bei der Beteiligung von Verbrauchern unbedingt mit § 476 BGB beschäftigen. Die Norm befindet sich innerhalb der Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB), welche zur Stärkung des Verbrauchers 2002 in das BGB eingefügt worden sind.<sup>1</sup> Der private Käufer soll durch sie dem unternehmerischen Verkäufer gleichberechtigter gegenüber stehen.

§ 476 BGB besagt, die Sache sei als bereits bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) mangelhaft anzusehen, wenn sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein Mangel zeigt. Damit ergänzt § 476 BGB den § 434 BGB und dreht § 363 BGB um. Ersterer verlangt die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang, letzterer besagt, dass derjenige der eine Sache als Erfüllung angenommen hat, beweisen muss, dass die Sache mangelhaft gewesen ist. Motiv für diese grundsätzlichen Wertungen ist, dass der Schuldner nach erbrachter Leistung mangels Sachherrschaft regelmäßig schlechtere Möglichkeiten zur Beweisführung hat.<sup>2</sup> Zudem entspricht es dem ungeschriebenen prozessualen Grundsatz, dass derjenige

die Beweislast zu tragen hat, der einen Anspruch behauptet.<sup>3</sup> Die Verbraucherschutzvorschriften verändern diese allgemeinen Vorschriften indes zugunsten des schützenswerten Verbrauchers. Umstritten ist jedoch wie weit dieser Schutz reicht. Die Diskussion um die Auslegung des § 476 BGB macht dies deutlich.

Um den Umgang mit § 476 BGB in der Fallbearbeitung etwas anschaulicher zu gestalten, bedient sich die weitere Erörterung folgenden Sachverhalts:

Der Käufer K (der Verbraucher gemäß § 13 BGB ist) kauft von der Verkäuferin V (die in ihrer gewerblichen Funktion gemäß § 14 BGB agiert) Ende August 2015 ein Reitpferd für den sportlichen Gebrauch. Den Parteien war bei Abschluss des Kaufvertrags bewusst, dass das Pferd Ende Mai 2014 eine Lahmheit<sup>4</sup> aufwies. Diese wurde wie folgt diagnostiziert: Defekt der oberflächlichen Beugesehne im Bereich der Fesselbeuge. Dass diese Lahmheit bekannt war und die Parteien hofften, sie sei ausgeheilt, wurde im Vertrag festgehalten<sup>5</sup>. Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs war das Pferd lahmfrei<sup>6</sup>, was durch mehrmaliges Probereiten zwischen den Parteien feststand und auch durch eine tierärztliche, klinische Ankaufsuntersuchung<sup>7</sup> bestätigt wurde. Der Kaufvertrag kam wirksam zu Stande. Im Januar 2016 lahmt das Pferd erneut. Die Diagnose ist gleichlautend zu der Ende Mai 2014.

## II. Grammatikalische und teleologische Auslegung des § 476 BGB

### 1. Wortlaut

Nach seinem klaren Wortlaut lässt § 476 BGB auf den ersten Blick keine andere Deutung zu als die, dass bei jedem Mangel, der sich innerhalb der ersten sechs Monate zeigt, zugunsten des Verbrauchers vermutet wird, die Sache sei bereits bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen. Die Literatur behilft sich hier mit der Vorstellung, dass ein der Sache bereits bei Gefahrübergang innewohnender Grundmangel dazu geführt hat, dass der aktuell vorliegende Mangel sich gezeigt hat, d.h. es wird angenommen, dass der Mangel bereits vor Gefahrübergang in der Sache „schlummerte“.<sup>8</sup>

\* Die Autorin ist Studentin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

<sup>1</sup> Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, Vorbem. zu §§ 474-479 BGB Rn. 1; Begr. des RegE = BT-Drs 14/6040, S. 1.

<sup>2</sup> Stürmer, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 363 Rn. 2.

<sup>3</sup> Siehe exemplarisch: Saenger, in Saenger, Handkommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2015, § 286 Rn. 58.

<sup>4</sup> Als Lahmheit wird eine Unregelmäßigkeit im Bewegungsablauf bezeichnet.

<sup>5</sup> Damit sollte § 442 BGB ausgeschlossen werden.

<sup>6</sup> Das Pferd zeigt sich ohne Auffälligkeiten im funktionalen Bewegungsablauf.

<sup>7</sup> Der Veterinärmediziner untersucht das Tier ohne den Einsatz technischer Geräte.

<sup>8</sup> Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 4; Löhnig, JA 2004, 857; Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Fischinger, JA 2006, 401; Maultzsch, NJW 2006, 3091 (3093).

## 2. Sinn und Zweck

Sinn und Zweck des § 476 BGB ist der Verbraucherschutz.<sup>9</sup> Die Modifizierung des § 363 BGB wurde als notwendig befunden um den Verbraucher vor schlechteren Beweismöglichkeiten die Sache betreffend und vor besseren Erforschungsmöglichkeiten des Unternehmers zu schützen.<sup>10</sup>

## 3. In der Fallbearbeitung

Folgt man diesem prima facie Verständnis, bedeutet dies für die Fallbearbeitung, dass der Käufer, um nach den §§ 437 ff. BGB gegen den Verkäufer vorgehen zu können, nicht den Mangel bei Gefahrübergang – wie von § 434 BGB gefordert –, sondern nur das Vorliegen (irgend)eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang beweisen muss. Im Beispielsfall wäre dieser zu beweisende Sachmangel die Lahmheit des Pferdes im Januar 2016.

Wollte K im Beispielsfall das Pferd zurück geben und sein Geld zurück erhalten, könnte man diese Auslegung zu § 476 BGB wie folgt in die Prüfung gemäß §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB eingliedern:

„Um das Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2 BGB geltend machen zu können, müsste die Kaufsache zunächst nach § 434 BGB bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein. Es müsste sich bei dem Pferd um eine Sache und bei der Lahmheit um einen Mangel handeln. Ein Pferd ist ein Tier und damit nach § 90a BGB keine Sache, jedoch wie eine solche zu behandeln. In der aufgetretenen Lahmheit liegt eine Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit und damit ein Mangel. Dieser zeigte sich im Januar 2016 und lag folglich nicht wie von § 434 BGB verlangt bei Gefahrübergang vor. Hierüber könnte dem K jedoch die Vermutung des § 476 BGB hinweg helfen. Damit die Norm Anwendung findet, müsste zwischen K und V ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 BGB vorliegen und der Mangel müsste sich innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang gezeigt haben. Bei V handelt es sich um eine Unternehmerin nach § 14 Abs. 1 BGB, bei K um einen Verbraucher nach § 13 BGB. Sie einigten sich über den Verkauf eines Pferdes, das als solches von einem Ort an einen anderen verbracht werden kann und damit beweglich ist. Ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 BGB liegt vor. Die Lahmheit des Pferdes trat im Januar 2016 und damit innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang auf. Die Voraussetzungen des § 476 BGB liegen folglich vor.

Es hat sich jedoch ein Streit darüber entwickelt, wie weit die Vermutung des § 476 BGB reicht. Nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck muss § 476 BGB derart verstanden werden, dass bereits dann, wenn sich innerhalb der ersten sechs Monate irgend ein Mangel zeigt, zugunsten des Verbrauchers vermutet wird, die Sache sei bereits bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen.

Indem der aktuelle Mangel (Lahmheit im Januar) unstrittig vorliegt, wird zugunsten des K vermutet, dass das Pferd

bereits bei Gefahrübergang an einem (Grund)Mangel gelitten hat.

Die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang wird folglich durch die Vermutung des § 476 BGB fingiert und K kann nach §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB gegen V vorgehen.“

## III. Ansicht des BGH

### 1. Auslegung des § 476 BGB durch den BGH

Der BGH liest § 476 BGB anders: Selbst wenn der Käufer den aktuellen Mangel beweisen könne, sei nicht schon allein deshalb davon auszugehen, dass dieser, bzw. ein latenter Mangel bei Gefahrübergang bereits vorgelegen hat. Bei § 476 BGB handele es sich lediglich um eine widerlegbare Vermutung in zeitlicher Hinsicht.<sup>11</sup> Deshalb liege in denen der Käufer zwar den aktuellen Mangel beweisen kann, der Verkäufer seinerseits aber, dass die Sache bei Gefahrübergang noch funktioniert hat, die Beweislast beim Käufer, dass die Mangelhaftigkeit auf einen Grundmangel zurückzuführen ist, der bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat.<sup>12</sup>

Regelmäßig scheidet das Begehren des Verbrauchers an dieser Voraussetzung der Rechtsprechung. Verdeutlichen lässt sich dies an folgendem kurzen Beispiel: Ein Auto hat zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs einwandfrei funktioniert, nach zwei Monaten reißt jedoch der Zahnriemen. Hier kann der Käufer zwar den aktuellen Mangel (Zahnriemenriss) beweisen. Indem der Verkäufer seinerseits jedoch die Funktionstüchtigkeit des Autos bei Gefahrübergang beweisen kann, müsste der Käufer nun beweisen können, dass der aktuelle Mangel (Zahnriemenriss) aufgrund eines bereits bei Gefahrübergang vorliegenden Grundmangels aufgetreten ist. Ob der Zahnriemenriss allerdings auf eine unsachgemäße Bedienung durch den Käufer oder beispielsweise eine Porosität des Materials zurück zu führen ist, lässt sich regelmäßig nicht beweisen. Nach Ansicht des BGH geht dies zu Lasten des Käufers.<sup>13</sup>

### 2. Schwächen dieser Interpretation

Weil der BGH auf die Widerlegbarkeit der Vermutung abstellt, steht der Käufer im Zweifel, d.h. wenn der Verkäufer beweisen kann, dass die Kaufsache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch ordnungsgemäß funktioniert hat, nicht besser als ohne den § 476 BGB. Er muss wie nach §§ 434, 363 BGB beweisen, dass die Sache bei Gefahrübergang man-

<sup>11</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 476 Rn. 8; BGH NJW 2004, 2299 (2300); BGH NJW 2005, 3490 (3492); BGH NJW 2006, 2250 (2253); BGH NJW 2007, 2621 (2622); BGH NJW 2014, 1086 (1087).

<sup>12</sup> Weidenkaff (Fn. 11), § 476 Rn. 8a; BGH NJW 2004, 2299 (2300); BGH NJW 2005, 3490 (3492); BGH NJW 2006, 2250 (2253); BGH NJW 2007, 2621 (2622); BGH NJW 2014, 1086 (1087).

<sup>13</sup> Weidenkaff (Fn. 11), § 476 Rn. 8a; BGH NJW 2004, 2299 (2300); BGH NJW 2005, 3490 (3492); BGH NJW 2006, 2250 (2253); BGH NJW 2007, 2621 (2622); BGH NJW 2014, 1086 (1087).

<sup>9</sup> Berger (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 474-479 BGB Rn. 1.

<sup>10</sup> Begr. des RegE = BT-Drs 14/6040, S. 245.

gelhaft war, bzw. an einem Grundmangel litt, der zu der aktuellen (beweisbaren) Mangelhaftigkeit führte. Der vom Gesetzgeber intendierte Verbraucherschutz läuft dann ins Leere.

### 3. In der Fallbearbeitung

Für die Fallbearbeitung bedeutet dies, dass die §§ 437 ff. BGB in einer Vielzahl von Fällen mangels Beweiserfolgs des Käufers bzgl. des Grundmangels nicht zur Anwendung kommen. Der Käufer hat dann keinerlei Mangelgewährleistungsrechte gegenüber dem Verkäufer.

Indem sich im Beispielsfall nicht zweifelsfrei feststellen lässt, ob die aktuelle Lahmheit auf den Grundmangel des Pferdes oder einen Haltungs- bzw. Reitfehler durch K zurück zu führen ist, misslingt dem K der erforderliche Beweis. Er kann nicht nach §§ 437 ff. BGB gegen V vorgehen.

Wollte K im Beispielsfall das Pferd zurück geben und sein Geld zurück erhalten, würde sich die BGH-Ansicht zu § 476 BGB wie folgt in die Prüfung von §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB einfügen:

„Um das Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2 BGB geltend machen zu können [...]“<sup>14</sup>

Die Voraussetzungen des § 476 BGB liegen folglich vor.

Fraglich ist jedoch, wie weit die Vermutung des § 476 BGB reicht. Nach der Ansicht des BGH handelt es sich lediglich um eine widerlegbare Vermutung, d.h. die Vermutung, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen ist, greift nur so lange, wie der Verkäufer nicht beweisen kann, dass die Kaufsache bei Gefahrübergang noch funktioniert hat. Gelingt ihm diese Widerlegung der Vermutung, hat wiederum der Käufer zu zeigen, dass ein in der Sache „schlummernder“ und bei Gefahrübergang vorliegender Grundmangel zur aktuellen Mangelhaftigkeit geführt hat (Kausalität).

K kann vorliegend den aktuellen Mangel (Lahmheit im Januar) beweisen. Damit greift zunächst die Vermutung des § 476 BGB. Indem V durch die tierärztliche Ankaufsuntersuchung und das Probereiten beweisen kann, dass das Pferd zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs einwandfrei für sportliche Zwecke einsetzbar war, wird diese Vermutung jedoch widerlegt. K müsste das Vorliegen eines Grundmangels bei Gefahrübergang beweisen können, der zur aktuellen Lahmheit geführt hat. Es lässt sich nicht eindeutig feststellen, ob die aktuelle Lahmheit des Pferdes auf die alte Verletzung oder einen Haltungs- bzw. Reitfehler des K zurück zu führen ist. Dem K gelingt der Beweis folglich nicht. Er kann nicht nach §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB gegen V vorgehen.“

## IV. Die „Jemals-Vermutung“ nach Schwab

### 1. Interpretation nach Schwab

Schwab<sup>15</sup> steht mit seiner Auslegung des § 476 BGB gewissermaßen zwischen den beiden oben dargestellten Ansichten.

<sup>14</sup> Prüfung der Voraussetzungen von Sachmangel, Verbrauchsgüterkauf, etc. erfolgt wie oben unter II. 3. 3. Absatz gezeigt.

Er verlangt wie der BGH auch, dass der Käufer einen über den aktuellen Mangel hinausgehenden Mangel beweisen muss, wenn dem Verkäufer der Beweis gelingt, dass die Sache bei Gefahrübergang funktionstüchtig gewesen ist. Er geht aber insofern über die Ansicht des BGH hinaus, als nach seiner Interpretation die Vermutung des § 476 BGB bereits dann zum Tragen kommen soll, wenn der Käufer beweisen kann, dass die Kaufsache jemals vor Gefahrübergang einen Mangel aufgewiesen hat. Der Unterschied zum BGH besteht also darin, dass der Käufer nicht einen Grundmangel der Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs beweisen muss, der für die aktuelle Verletzung ursächlich ist (Kausalität!), sondern es soll nach Schwab bereits genügen, dass der Käufer eine irgendwann – in der Lebensdauer der Sache – einmal vorhandene Mangelhaftigkeit beweisen kann, damit die Vermutung greift. Gelingt dieser Beweis der jemaligen Mangelhaftigkeit, werde vermutet, dass ein Grundmangel, der bereits in der Sache „schlummerte“ und lediglich zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht sichtbar war, zum aktuellen Mangel geführt hat.<sup>16</sup>

### 2. Schwächen dieser Interpretation

Es ist zu berücksichtigen, dass diese Konstruktion denklologisch nur dann angewendet werden kann, wenn es sich um Sachen handelt, die sich zumindest rein faktisch regenerieren könnten, d.h. bei organischen Sachen. Bei statischen Gegenständen griffe nämlich bei Kenntnis des Käufers von einem jemaligen Mangel bereits § 442 BGB, da man schlechthin nicht vereinbaren kann, man wisse zwar von einem jemaligen Defekt, hoffe aber, die statische Sache habe sich mittlerweile regeneriert und der Defekt sei ausgeheilt.

Konkret möglich ist die Anwendung der Vermutung nach Schwab also nur bei Pflanzen oder Tieren, die einmal verletzt waren und wieder genesen schienen, letztlich aber nach Gefahrübergang an einer Verletzung leiden, die in unmittelbarer Verbindung mit der jemaligen Mangelhaftigkeit steht. Hatte beispielsweise ein Pferd eine Sehnenverletzung, so kann es regelmäßig bereits lange bevor der Sehnendefekt ausgeheilt ist wieder lahmfrei gehen. Hier ist denkbar, dass der Defekt abgeheilt ist, aber auch, dass er sich nach einiger Zeit unter Trainingsbelastung in Form einer Lahmheit wieder zeigt<sup>17</sup>. Noch einmal: eine solche Genesung ist bei statischen Dingen wie beispielsweise einem Zahnriemen nicht möglich. Dieser ist entweder kaputt oder nicht. Es ist nicht denkbar, dass er 2014 (äußerlich erkennbar) defekt war, 2015 funktionierte und einige Monate nach Gefahrübergang wieder defekt ist. Ist er einmal kaputt, bleibt er das bis in alle Ewigkeit!

Die mittels der „Jemals-Vermutung“ ausgedehnte BGH-Ansicht hat folglich einen etwas erweiterten Anwendungsbe- reich, indem nicht unbedingt der Grundmangel zum Zeit-

<sup>15</sup> Schwab, JuS 2015, 71.

<sup>16</sup> Schwab, JuS 2015, 71 (72).

<sup>17</sup> <http://www.tiermedizinportal.de/tierkrankheiten/pferdekrankheiten/lahmheit-beim-pferd/373537> (21.7.2016); [http://www.dr-gert-mueller.de/fileadmin/user\\_upload/Bilder/PDF/Sehnenerkrankungen\\_bei\\_Pferden.pdf](http://www.dr-gert-mueller.de/fileadmin/user_upload/Bilder/PDF/Sehnenerkrankungen_bei_Pferden.pdf) (21.7.2016), letzte Seite.

punkt des Gefahrübergangs vom Käufer bewiesen werden muss (d.h. die Kausalität zwischen Grundmangel und aktuellem Mangel), sondern es genügt, dass der Käufer beweisen kann, dass jemals ein Mangel vorlag. Ihre Schwäche ist jedoch, dass es drei Voraussetzungen bedarf um der Vermutung des § 476 BGB zur Geltung zu verhelfen: Es muss sich erstens um eine regenerierbare mangelhafte Kaufsache handeln<sup>18</sup>, zweitens muss diese Sache jemals vor Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein und drittens muss diese frühere Mangelhaftigkeit zwischen den Parteien unstrittig sein. Nur unter diesen drei Voraussetzungen könnte der Käufer dann im Rahmen der §§ 437 ff. BGB gegen den Verkäufer vorgehen. Dass diese Voraussetzungen parallel vorliegen, wird nur selten der Fall sein. Folglich kann man in der Praxis durch die Zugrundelegung der „Jemals-Vermutung“ kaum eine Verbesserung des Verbraucherschutzes erwarten.

### 3. In der Fallbearbeitung

Wenn die Kaufsache jemals vor Gefahrübergang mangelhaft war, wird die Sache nach § 476 BGB als bei Gefahrübergang mangelhaft angesehen und damit die fehlende Voraussetzung des § 434 BGB überbrückt. Dem Nachweis bzgl. der Kausalität zwischen Grundmangel und aktuellem Mangel durch den Käufer bedarf es nicht. Der Käufer kann nach Beweis der jemaligen Mangelhaftigkeit nach den §§ 437 ff. BGB gegen den Verkäufer vorgehen. Vorliegend wäre die jemalige Mangelhaftigkeit die Lahmheit 2014.

Wollte K im Beispielfall das Pferd zurück geben und sein Geld zurück erhalten, würde sich die Idee von *Schwab* zu § 476 BGB wie folgt in die Prüfung von §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB einfügen:

„Um das Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2 BGB geltend machen zu können[...]“<sup>19</sup>

Die Voraussetzungen des § 476 BGB liegen folglich vor.

Fraglich ist jedoch, wie die Vermutung des § 476 BGB zu verstehen ist und wann sie greift. Nach *Schwab* ist sie, wie nach der Ansicht des BGH auch, widerlegbar. Dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen ist, wird nur so lange vermutet, wie der Verkäufer nicht beweisen kann, dass die Kaufsache bei Gefahrübergang noch funktioniert hat. Gelingt dem Verkäufer diese Widerlegung, hat nach *Schwab* der Käufer allerdings nur zu zeigen, dass die Sache (abweichend von der BGH-Ansicht) bereits jemals mangelhaft gewesen ist. Es ist demnach irrelevant, wenn als Auslöser für die aktuelle Mangelhaftigkeit sowohl der Grundmangel als auch ein Behandlungs- oder Bedienungsfehler in Betracht kommen.

In unserem Fall kann K den aktuellen Mangel (Lahmheit im Januar) beweisen. Damit greift zunächst die Vermutung des § 476 BGB. Indem V durch die tierärztliche Ankaufuntersuchung und das Probereiten beweisen kann, dass das Pferd zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs einwandfrei für

sportliche Zwecke einsetzbar war, wird diese Vermutung jedoch widerlegt. K müsste beweisen können, dass jemals ein Mangel, der mit dem aktuellen in Verbindung steht, am Pferd vorlag. Dieser Beweis gelingt ihm aufgrund der Niederschrift im Vertrag, dass auf die Genesung des Pferdes vertraut wurde, obwohl das Pferd im Mai 2014 an einer Lahmheit litt. Indem K der Beweis der jemaligen Mangelhaftigkeit gelingt, kann er ohne Nachweis der unmittelbaren Kausalität (d.h. dass die aktuelle Verletzung auf der jemaligen Mangelhaftigkeit beruht und nicht auf einem Reitfehler seinerseits) nach §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB gegen V vorgehen und vom Kaufvertrag zurück treten.“

## V. Richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB

### 1. Auslegung

Existiert für den Bereich einer Norm eine europäische Richtlinie, muss die Norm zur Harmonisierung der nationalen Privatrechte richtlinienkonform ausgelegt werden.<sup>20</sup> Richtlinienkonforme Auslegung bedeutet, dass bei mehreren möglichen Auslegungen, derjenigen der Vorrang zu gewähren ist, die der europäischen Richtlinie zur maximalen Geltung verhilft.<sup>21</sup> Im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 hat der Gesetzgeber § 476 BGB zur Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL<sup>22</sup> in das BGB eingefügt. Folglich ist Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL bei der Auslegung des § 476 BGB im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsgewinnung<sup>23</sup> zu beachten und es muss interpretiert werden, welchen Inhalt Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL hat. Jüngst hat sich der EuGH in seiner sog. Faber-Entscheidung<sup>24</sup> dazu geäußert, was mit Art. 5 Abs. 3 der VerbrGK-RL intendiert war: ein vollumfänglicher Schutz des Verbrauchers innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang. Die Vermutung des Art. 5 Abs. 3 der VerbGK-RL erstreckte sich insbesondere auch darauf, dass die Mangelhaftigkeit zumindest im Ansatz bei Gefahrübergang vorgelegen hat.<sup>25</sup> Art. 5 Abs. 3 VerbrGK-RL ist demnach – salopp ausgedrückt – als eine Art „Haltbarkeitsgarantie“ für die ersten sechs Monate nach Gefahrübergang zu verstehen.

Nachdem der EuGH die Richtlinie in dieser Art interpretiert hat, führt die richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB zur Interpretation gemäß des Wortlauts und des Sinns und Zwecks (siehe oben unter II.). § 476 BGB ist demnach so zu verstehen, dass während der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang vermutet wird, ein der Sache innewohnender

<sup>20</sup> Allgemein zur richtlinienkonformen Auslegung im Privatrecht *Herresthal*, JuS 2014, 289.

<sup>21</sup> *Herresthal*, JuS 2014, 289 (291).

<sup>22</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) = ABl. EG Nr. L 171, S. 12.

<sup>23</sup> *Herresthal*, JuS 2014, 289 (290).

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 4.6.2015 – C-497/13 (Faber).

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 4.6.2015 – C-497/13 (Faber), Rn. 72.

Grundmangel habe dazu geführt, dass sich der aktuelle Mangel zeigt.

## 2. In der Fallbearbeitung

In der Fallbearbeitung sollten zunächst die oben unter II. und III. dargestellten Ansichten erörtert werden um zu zeigen, dass es mehrere mögliche Auslegungen von § 476 BGB Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL umsetzen soll und wie der EuGH Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL interpretiert. Anschließend wäre zu zeigen, dass der Richtlinie zur Geltung verholfen werden kann, indem man sich der Auslegung nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck anschließt. Denn hier decken sich die Auslegung und der Inhalt von Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL; eine richtlinienkonforme Auslegung ist folglich möglich. Die Deutungsansätze nach dem BGH und nach *Schwab* müssen ausscheiden. Der Käufer kann wie unter II. 3. beschrieben nach den §§ 437 ff. BGB gegen den Verkäufer vorgehen.

Wollte K im Beispielsfall das Pferd zurückgeben und sein Geld zurück erhalten, würde sich die richtlinienkonforme Auslegung wie folgt in die Prüfung von §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB einfügen:

„Um das Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2 BGB geltend machen zu können[...]“<sup>26</sup>

Die Voraussetzungen des § 476 BGB liegen folglich vor.

§ 476 BGB kann, wie gezeigt, in mehreren Weisen verstanden werden.<sup>27</sup>

§ 476 BGB dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL. Aufgrund des Ziels der Harmonisierung der Privatrechte, besteht eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung. Bei mehreren möglichen Auslegungen der Norm ist diejenige zu wählen, welche der Richtlinie zur maximalen Geltung verhilft. Dafür ist zunächst entscheidend, wie der entsprechende Passus der Richtlinie zu verstehen ist. Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL will einen vollumfänglichen Schutz für die Verbraucher im Rahmen von Verbrauchsgüterkaufverträgen. Zeigt sich innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang irgendein Mangel, soll der Verbraucher das Recht haben, die Sache zurück zu geben. Hierbei soll es keiner weiteren Voraussetzungen bedürfen als des Vorliegens eines Mangels innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang.

Sowohl die Auslegung des BGH als auch diejenige nach *Schwab* lassen sich mit der Interpretation des Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL nicht vereinbaren.

Nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Norm genügt es im Rahmen des § 476 BGB, wenn der Käufer den aktuellen Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang beweisen kann. Damit deckt sich diese Ansicht mit der Interpretation des Art. 5 Abs. 3 VerbGK-RL. Ihr ist deshalb der Vorrang zu gewähren.

K kann den aktuellen Mangel (Lahmheit im Januar) beweisen. Zugunsten des K wird folglich vermutet, dass das Pferd bereits bei Gefahrübergang an einem (Grund)Mangel litt. K kann nach §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 476 BGB gegen V vorgehen.“

## VI. Resümee

Die vom BGH vertretene Ansicht ist abzulehnen. Sonst käme die Vermutung des § 476 BGB im Zweifel nur zum Tragen, wenn sich ein Grundmangel bei Gefahrübergang beweisen lässt. Dann wäre der § 476 BGB allerdings überflüssig, denn es läge bereits ein Mangel nach § 434 BGB vor.

Nach *Schwab* wäre zwar bei einem jemaligen Mangel an die Anwendung der Vermutung des § 476 BGB zu denken. Indem die „Jemals-Vermutung“ jedoch nur bei sich regenerierenden Sachen und bei Unstreitigkeit bzgl. der jemaligen Mangelhaftigkeit zwischen den Parteien griffe, greift auch diese Auslegung im Hinblick auf Sinn und Zweck der Norm zu kurz – § 476 BGB käme nur in seltenen Einzelfällen zur Anwendung und könnte nur wenige Verbraucher schützen.

Legt man die Faber-Entscheidung des EuGH zugrunde, wird deutlich, dass es – unabhängig von den aufgezeigten Schwächen der Ansichten des BGH und von *Schwab* – nur eine sachgerechte Interpretation des § 476 BGB gibt: Er statuiert keine lediglich widerlegbare Vermutung, sondern gewährleistet einen vollumfänglichen Schutz des Verbrauchers in Form einer Garantie auf die Haltbarkeit der Sache. Wollte man etwas anderes aus § 476 BGB heraus lesen, verstieße man gegen die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Prüfung der Voraussetzungen von Sachmangel, Verbrauchsgüterkauf, etc. erfolgt wie oben unter II. 3. 3. Absatz gezeigt.

<sup>27</sup> Auslegung nach Wortlaut und Sinn und Zweck siehe oben II.; Ansicht des BGH siehe oben III.; Ansicht von *Schwab* siehe oben IV.

<sup>28</sup> *Hermann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 133.

## Religiöse Symbole vor Gericht – Teil 2\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Daniel Weidemann**, Münster\*\*

*Im ersten Teil des Beitrags wurde beschrieben, inwiefern religiöse Symbole ein Rechtsproblem in staatlich reglementierten Räumen wie Schulen und Gerichten im Hinblick auf das staatliche Neutralitätsgebot darstellen können (I. 1.). Letzteres kann insbesondere bei Staatsbediensteten im Zusammenspiel mit der Ausübung religiöser Freiheit zu einer Spannungslage führen (I. 2.).*

*Die ostentative Zurschaustellung religiöser Symbole kann staatlich veranlasst sein (I. 3.) oder individuell geschehen. Beides ist unterschiedlich zu behandeln. Bezüglich individuell getragener Symbolik galt es, die Entwicklung der schulbezogenen Kopftuchrechtsprechung des BVerfG nachzuzeichnen (I. 4.) und sich der Frage zu widmen, ob und wie weit sich diese Rechtsprechung auch auf die Situation vor Gericht auswirkt (II.). Dafür wurden zunächst die allgemeinen Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Schule und Gericht (II. 1.), im Anschluss daran konkret die Übertragbarkeit der Rechtsprechungsgrundsätze auf Berufsrichter<sup>1</sup> in den Blick genommen (II. 2. a) aa).*

*Im Folgenden stehen nun die weiteren vor Gericht involvierten Personen im Fokus.*

### bb) Ehrenamtliche Richterinnen und Richter

Ehrenamtliche Richter werden genau wie Berufsrichter von Art. 97 Abs. 1 GG erfasst.<sup>2</sup> Gem. § 1 DRiG üben sie gemeinsam mit den Berufsrichtern die rechtsprechende Gewalt aus. Ihnen kommen entsprechend weitreichende Befugnisse zu.<sup>3</sup> Fraglich ist dennoch, ob das Neutralitätsgebot und die Ausübung der Religionsfreiheit genauso zu handhaben sind wie bei Berufsrichtern. Zwar stellen ehrenamtliche Richter ein im Verhältnis zu Berufsrichtern gleichwertiges Element der Rechtsprechung dar. Ihre Nähe zum gerichtlichen Verfahren ist grundsätzlich dieselbe. Dies gilt jedoch nicht für die Nähe zum Staat als solchem – auch wenn für sie eine sich aus Art. 92 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG ergebende Verfas-

sungstreuepflicht besteht<sup>4</sup>. Ehrenamtliche Richter sind keine Beamten und stehen auch nicht in einem sonstigen Dienstverhältnis in besonderer Beziehung zum Staat; vielmehr bleiben sie bei Ausführung ihres Ehrenamtes Privatpersonen.<sup>5</sup> Dies ergibt sich insbesondere aus der Funktion der ehrenamtlichen Richter: Das staatliche Gericht öffnet sich durch die Aufnahme ehrenamtlicher Richter der Gesellschaft. Durch diese Öffnung wird eine besondere demokratische Legitimierung der Rechtsprechung bewirkt, indem (private) Einzelpersonen stellvertretend für das gesamte Volk an der Rechtsprechung teilhaben und darauf einwirken können; zudem geht damit zusätzlich zum Öffentlichkeitsgrundsatz gerichtlicher Verfahren eine Kontrolle der Rechtsprechung einher.<sup>6</sup> Diese Demokratisierungs- und Kontrollfunktion kann jedoch nur bei einer gewissen Staatsferne und Beibehaltung des individuellen Privaten gelingen.

### (1) Einfachgesetzlicher Befund

Dieser Gedanke findet dem Grunde nach eine Absicherung in den bereits bestehenden, einfachgesetzlichen Vorschriften. Die Regelungen zu Schöffen, also den ehrenamtlichen Richtern in Strafverfahren, sowie zu ehrenamtlichen Richtern in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit legen ebenfalls den Schluss nahe, dass religiöse Symbole nicht von vornherein ausgeschlossen werden sollen.

Die Auswahl der in Betracht kommenden Schöffen soll so gestaltet sein, dass dadurch möglichst sämtliche gesellschaftlichen Schichten und Gruppen abgebildet werden.<sup>7</sup> Zugleich

<sup>4</sup> BVerfG-K NJW 2008, 2568 (2569 f.). – Im Zuge des aktuellen NPD-Verbotsverfahrens sei an den Aufruf der Partei erinnert, ihre Mitglieder sollten für das Schöffenamts kandidieren (<http://www.sueddeutsche.de/politik/rechtsextremismus-mpd-ruft-mitglieder-zur-schoeffen-kandidatur-auf-1.177772> [20.7.2016]).

<sup>5</sup> Vgl. KG Berlin NStZ-RR 2013, 156 (157); *Bader*, NJW 2007, 2964 (2966); *Groh*, NVwZ 2006, 1023 (1025); unter Betonung, dass es sich auch nicht um ein Ehrenbeamtenverhältnis handelt ebenso *Kissel/Mayer*, GVG, 8. Aufl. 2015, § 31 Rn. 1, 5. A.A. *Feldmann* (Betrifft Justiz 2008, 216 [218]), der annimmt, der Schöffe sei in seinem Amt nicht privater Bürger. Ähnlich *Kretschmer* (Schöffin mit Kopftuch: *Persona non grata?*, 2007, S. 26), der hervorhebt, das Schöffenamts sei kein Ort der Selbstverwirklichung.

<sup>6</sup> In Bezug auf Schöffen unter Nennung weiterer Funktionen *Kissel/Mayer* (Fn. 5), § 28 Rn. 2; bezüglich der Demokratisierung der Rechtsprechung auch *Groh*, NVwZ 2006, 1023 (1026); zur Kontrollfunktion ebenso *Bader*, NJW 2007, 2964 (2966). – Ein Überblick zur Kritik an der Hinzuziehung von Laienrichtern findet sich bei *Ziekow*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 19 Rn. 2 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> In Bezug auf Schöffen BT-Drs. 7/551, S. 100; *Kissel/Mayer* (Fn. 5), § 36 Rn. 9; vgl. auch §§ 36 Abs. 2 S. 1, 42 Abs. 2 GVG. – Vgl. in Bezug auf das Geschlecht für alle ehrenamt-

\* Fortsetzung von *Weidemann*, ZJS 2016, 286.

\*\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungswissenschaften, Kultur- und Religionsverfassungsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Dem Lehrstuhlinhaber, Herrn Prof. Dr. *Hinnerk Wißmann*, schuldet er Dank für Anregungen und Kritik.

<sup>1</sup> Die Verwendung des generischen Maskulinums für Personengruppen umfasst nachfolgend stets auch die weibliche Form.

<sup>2</sup> Art. 97 Abs. 2 GG hingegen bezieht sich nicht auf ehrenamtliche Richter. Dennoch wird auch ihnen ein gewisses Maß an persönlicher Unabhängigkeit zugestanden (siehe dazu BVerfGE 14, 56 [70]; 26, 186 [198 f.]; 27, 312 [322]; 42, 206 [209 f.]).

<sup>3</sup> Vgl. beispielsweise § 30 Abs. 1 GVG, § 19 VwGO, § 19 Abs. 1 SozGG, § 16 FGO.

ist zu berücksichtigen, dass die Person, die – ggf. gegen ihren Willen – als ehrenamtlicher Richter ausgewählt wird, die Pflicht hat, dem Ehrenamt nachzukommen.<sup>8</sup> Beleuchtet man die Regelungen über die grundsätzlich in Betracht kommenden Schöffen, wird offenbar, dass dort Personen gerade nicht ausgenommen sind, die das Tragen von religiösen Symbolen für sich als verpflichtend empfinden. Dies ergibt ein Umkehrschluss aus § 34 Abs. 1 Nr. 6 GVG. Danach sollen Religionsdiener und Mitglieder solcher religiösen Vereinigungen, die satzungsgemäß zum gemeinsamen Leben verpflichtet sind, zum Schöffenamtsamt nicht berufen werden. Zunächst handelt es sich um eine „Soll“-Vorschrift. Ferner bezieht sich die Norm gerade nicht auf sämtliche Glaubensangehörige, die religiöse Symbole zur Schau stellen, sondern ausschließlich auf Religionsdiener und zum Zusammenleben verpflichtete Mitglieder entsprechender religiöser Vereinigungen<sup>9</sup>. Diese Personen sollen aber nicht wegen ihrer religiösen Kleidung, sondern aufgrund ihres Amtes nicht berufen werden.<sup>10</sup> Damit steht grundsätzlich allen anderen Personen, die sich ihren Glaubensvorschriften entsprechend mit erkennbaren religiösen Symbolen schmücken, die Möglichkeit offen, als Schöffe in Betracht zu kommen.<sup>11</sup>

lichen Richter auch § 44 Abs. 1a DRiG. Vgl. ferner für die Spezifika der Arbeitsgerichtsbarkeit § 20 Abs. 2 ArbGG.

<sup>8</sup> In Bezug auf Schöffen sind die in § 35 GVG genannten Ablehnungsgründe abschließend. In allen anderen Fällen muss das Amt des Schöffen angetreten werden (vgl. dazu auch *Kissel/Mayer* [Fn. 5], § 35 Rn. 1). – Ähnliches gilt für die Sozialgerichtsbarkeit in Bezug auf § 18 SGG (*Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 18 Rn. 1 ff.). Grundsätzlich besteht auch bei den ehrenamtlichen Richtern in der Arbeitsgerichtsbarkeit eine Amtsübernahmepflicht, jedoch werden die in § 24 ArbGG genannten Ablehnungs- und Niederlegungsgründe überwiegend als nicht abschließend verstanden; daneben sollen auf Antrag auch der Wegfall der Voraussetzungen des § 21 ArbGG ausreichen können (*Prütting*, in: Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 24 Rn. 5 f.). Auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht grundsätzlich die Pflicht, dem Ehrenamt nachzukommen; Ablehnungsrechte ergeben sich abschließend aus § 23 VwGO (*Stelkens/Panzer*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. Lfg., Stand: 2015, § 23 Rn. 2). Selbiges gilt in Bezug auf § 20 FGO im Rahmen der Finanzgerichtsbarkeit (vgl. *Herbert*, in: Gräber, FGO, 8. Aufl. 2015, § 20 Rn. 1). Hingegen können Handelsrichter die Ernennung verweigern oder das Amt jederzeit niederlegen (*Zimmermann*, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO III, 4. Aufl. 2013, § 108 GVG Rn. 3).

<sup>9</sup> Vgl. auch KG Berlin NStZ-RR 2013, 156; *Bader*, NJW 2007, 2964 (2965). – Siehe zu den Begrifflichkeiten „Religionsdiener“ und „Mitglieder solcher religiöser Vereinigungen, die satzungsgemäß zum gemeinsamen Leben verpflichtet sind“ *Kissel/Mayer* (Fn. 5), § 34 Rn. 15 f.

<sup>10</sup> LG Bielefeld NJW 2007, 3014; *Kretschmer* (Fn. 5), S. 9.

<sup>11</sup> Teilweise wird die Aussagekraft dieses Umkehrschlusses unter Hinweis darauf in Frage gestellt, dass das Gesetz bereits 1950 erlassen worden sei und der damalige Gesetzgeber

Eine Schöffin alleine aus dem Grund des Kopftuchtragens von der Hauptverhandlung auszuschließen, ist dementsprechend nicht zulässig.<sup>12</sup> Der Vorsitzende kann nicht strengere Anforderungen stellen als es das GVG tut und somit eine zeitlich nachgeschaltete eigene Schöffenwahl vornehmen.<sup>13</sup>

Letztlich muss selbiges auch für die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit gelten. Während nach § 34 Abs. 1 Nr. 6 GVG keine Religionsdiener und Mitglieder solcher religiösen Vereinigungen, die satzungsgemäß zum gemeinsamen Leben verpflichtet sind, zum Schöffenamtsamt berufen werden sollen, sehen § 23 Abs. 1 Nr. 1 VwGO und § 20 Abs. 1 Nr. 1 FGO vor, dass berufenen Ehrenamtsrichtern ein Ablehnungsrecht zukommt, wenn es sich um Geistliche und Religionsdiener<sup>14</sup> handelt. Hier wird anders als bei Schöffen dieser Umstand nicht von Amtes wegen berücksichtigt, sondern muss von den betroffenen Personen selbständig geltend gemacht werden. Dies zeigt, dass grundsätzlich sogar Religionsdiener und Geistliche – bei denen eine sichtbare religiöse Symbolik besonders naheliegend ist – als ehrenamtliche Richter gewünscht sind, sofern diese das Ehrenamt nicht von sich aus ablehnen.

Vergleichbare Regelungen sind in den anderen Zweigen der Gerichtsbarkeit nicht zu finden. Dort existieren zwar auch Vorschriften darüber, wann das Ehrenamt erst gar nicht in Betracht kommt oder abgelehnt werden kann, ohne jedoch religiöse Aspekte zu erfassen. Dies streitet für einen Erst-Recht-Schluss, dass religiöse Symbole bei Ehrenamtsrichtern in den entsprechenden Gerichtsbarkeiten grundsätzlich zulässig sind.

#### (2) Grenze der Religionsfreiheit: Widerspruchslösung

Dennoch muss sich vergegenwärtigt werden, dass die ehrenamtlichen Richter – genau wie Berufsrichter – rechtsprechen und letzteren bei bestimmten Verfahren zahlenmäßig sogar überlegen sind. Wie bereits ausgeführt unterfallen sie Art. 97 Abs. 1 GG, mit dem die Neutralitätspflicht einhergeht. Es ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen aufgedrängtem staatlich reglementiertem Bereich in Form der einzuhaltenden Pflicht als Ehrenamtsrichter<sup>15</sup> und damit zusammenhängen-

nicht habe vorhersehen können, dass es zu einer heute existenten religiösen Pluralität kommt (vgl. *Groh*, NVwZ 2006, 1023 [1024]).

<sup>12</sup> So aber ohne Nennung irgendeines normativen Anknüpfungspunktes LG Dortmund NJW 2007, 3013. Im Ergebnis ähnlich *Kretschmer* (Fn. 5), S. 26 ff., 51 f., der annimmt, eine Schöffin mit Kopftuch sei mit einem modernen Rechtsstaat nicht in Einklang zu bringen.

<sup>13</sup> So auch *Bader*, NJW 2007, 2964 (2965).

<sup>14</sup> Teilweise wird angenommen, dass sich inhaltlich keine Unterschiede zu den Begrifflichkeiten aus § 34 Abs. 1 Nr. 6 GVG ergeben (OVG Münster BeckRS 2002, 20094). Siehe zu den Begrifflichkeiten „Geistliche“ und „Religionsdiener“ *Stelkens/Panzer* (Fn. 8), § 23 Rn. 3; *Herbert* (Fn. 8), § 20 Rn. 2.

<sup>15</sup> Dies gilt in dieser Strenge nicht für Handelsrichter im Sinne von §§ 105 ff. GVG, die ihr Ehrenamt jederzeit niederle-

dem Neutralitätsgebot auf der einen Seite. Demgegenüber stehen die individuelle Religionsfreiheit sowie die Rolle als Privatperson. Folglich kann die Pflicht zur Neutralität nicht gänzlich ausgeblendet aber auch nicht so strikt verstanden werden wie bei Berufsrichtern. Richtigerweise sind religiöse Symbole so lange zuzulassen, bis ein berechtigtes individuelles Ablehnungsgesuch seitens eines Verfahrensbeteiligten erfolgt.<sup>16</sup> Mit dieser Lösung wäre auch den bereits im Rahmen des Berufsrichters angesprochenen Differenzierungsschwierigkeiten der Verfahrensbeteiligten zwischen innerer und äußerer Neutralität von Richtern ausreichend Rechnung getragen.

Hierbei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass es nicht zu Wertungswidersprüchen kommen darf: Beispielsweise kann ein ehrenamtlicher Richter gem. § 45 Abs. 5 DRiG bei seiner Vereidigung vor den Parteien eine Beteuerungsformel seiner Religions- oder Bekenntnisgemeinschaft anfügen.<sup>17</sup> Inwiefern ein Unterschied zwischen einer – wenn auch einmaligen (vgl. § 45 Abs. 2 DRiG) – vorgetragenen religionsspezifischen Beteuerungsformel und dem Tragen eines religiösen Symbols bestehen soll, ist schwerlich ersichtlich. Entweder ist beides als zulässig anzusehen und die Neutralität weder allein durch die Beteuerungsformel noch allein durch ein religiöses Symbol beeinträchtigt oder konsequenterweise beides unzulässig. Will man nicht bereits die Beteuerungsformel im Einzelfall als unzulässig erachten, kann aber auch ein Ablehnungsgesuch wegen eines religiösen Symbols nicht allein nur auf eben jenes gestützt werden. Erforderlich ist vielmehr, dass über das bloße Vorhandensein des Symbols ein weiterer Faktor hinzutritt (sozusagen: religiöses Symbol + X), um eine nicht hinnehmbare Betroffenheit der negativen Religionsfreiheit oder einen Verdacht der Benachteiligung bzw. Bevorzugung bestimmter Parteien durch den ehrenamtlichen Richter anzunehmen.

Hierbei gilt es zu differenzieren, in welcher Sphäre der zusätzliche Faktor zu finden ist. Zum einen kann er sich im Verfahrensbeteiligten selbst befinden, der ein Ablehnungsgesuch stellt.<sup>18</sup> Zu denken wäre beispielsweise an einen vor

---

gen können (siehe bereits Fn. 8). Jedoch muss grundsätzlich auch im Bereich der Handelsrichter zumindest die Möglichkeit eröffnet sein, als Richter bei Erfüllen der sonstigen Voraussetzungen im Sinne des § 109 Abs. 1, 3 S. 1 GVG in Betracht zu kommen und das Ehrenamt ohne zwangsweisen Verzicht auf die Ausübung der eigenen Religionsfreiheit antreten zu können.

<sup>16</sup> In diese Richtung gehend auch LG Bielefeld NJW 2007, 3014, das annimmt, es komme auf den Einzelfall an, ob aus Sicht eines Verfahrensbeteiligten und unter Berücksichtigung des Verfahrensgegenstandes Anlass gegeben ist, die Neutralität des Schöffen anzuzweifeln.

<sup>17</sup> Siehe dazu auch knapp *Gäntgen*, RdA 2015, 201 (204).

<sup>18</sup> Vgl. auch *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 148; ähnlich in Bezug auf Kreuzfixe in Klassenräumen *Heckmann*, JZ 1996, 880 (888), der einen Eingriff jedoch nur bei psychischen Beeinträchtigungen, die z.B. Gesundheitsschädigungen befürchten lassen, annehmen will. Vgl. ferner die Konstellation in BVerfGE 35, 366 (376), in

religiöser Verfolgung Geflüchteten, der sich in einem Gerichtsverfahren einem ehrenamtlichen Richter gegenüber sieht, welcher mit seiner religiösen Symbolik den Betroffenen an die Verfolgung in unzumutbarer Weise erinnert.<sup>19</sup> Hier wäre konkret seitens des Ablehnungssuchenden darzulegen, dass es für ihn eine besondere Härte in Bezug auf seine negative Religionsfreiheit darstellt.

Zum anderen kommt jedoch auch in Betracht, dass der ehrenamtliche Richter zusätzlich zu seinem religiösen Symbol bestimmte Aussagen tätigt oder ein Verhalten an den Tag legt, aufgrund dessen sich die Annahme verdichtet, dass die geforderte Neutralität nicht mehr gewahrt ist. Streng genommen ist dann indes nicht mehr das religiöse Symbol als solches Stein des Anstoßes, sondern der zusätzliche, in Aussagen oder im Verhalten liegende Faktor. So z.B. im Falle der gläubigen Muslima, die von der Hilfsschöffenliste gestrichen wurde, weil sie wesentliche Unterschiede zwischen Männern und Frauen gesehen hatte, die einer Gleichbehandlung der Geschlechter entgegenstanden. Sie führte aus, „der Teufel [spiele] viel mit dem Gewissen einer Frau, so dass eine Frau grundsätzlich zwei glaubwürdige Personen bei sich haben sollte, die bestätigen sollten, was die Frau sage, damit dies glaubhaft und die Frau glaubwürdig sei“.<sup>20</sup> Teilweise wird die getätigte Aussage jedoch mehr oder weniger direkt in Verbindung mit dem religiösen Symbol des Kopftuchs, das die Muslima als für sich verpflichtend erachtete, gebracht und dieses als zusätzliches Indiz für eine drohende Parteilichkeit genannt.<sup>21</sup> Dies ist inkonsequent: Entweder muss bereits bei der Zurschaustellung eines Kopftuches davon ausgegangen werden, dass die betreffende Person nicht die Gewähr für die erforderliche Unparteilichkeit bietet. Das wäre für das Amt des ehrenamtlichen Richters zu weitgehend. Oder aber man beschränkt sich auf entsprechende Aussagen und bezieht das religiöse Symbol nicht mit in die Bewertung ein. Es sind kaum Konstellationen denkbar, in denen ein Verhalten oder eine Aussage des ehrenamtlichen Richters für sich genommen unschädlich ist und erst in Kombination mit dem religiösen Symbol dazu führt, dass man eine fehlende Neutralität annehmen muss. Dies würde bedeuten, dass zutiefst gläubige Menschen, die ihren Glauben nicht durch religiöse Symbole nach außen tragen, einen größeren Spielraum haben, „zweifelhaft“, ihre Neutralität in Frage stellende Aussagen zu tätigen als solche, die bestimmte religiöse Symbole für sich als verpflichtend betrachten.

---

der von einem jüdischen Anwalt und seiner jüdischen Mandantin „ernstliche, einsehbare Erwägungen vorgetragen“ worden sind, warum es für sie eine „unzumutbare innere Belastung darstellt“, in einem Gerichtssaal zu verhandeln, in dem ein Kreuz aufgestellt ist.

<sup>19</sup> Ganz ähnlich *Wiese*, Betrifft Justiz 2008, 223 (225); in Bezug auf eine Beeinträchtigung des staatlichen Neutralitätsgebots und der richterlichen Unabhängigkeit auch LT-Drs. (NRW) 13/5722, S. 2.

<sup>20</sup> LG Dortmund NStZ 2007, 360.

<sup>21</sup> LG Dortmund NStZ 2007, 360; *Wiese*, Betrifft Justiz 2008, 223 (225).

Folglich kann eine im Einzelfall bestehende Widerspruchslösung nur dann in Betracht kommen, wenn individuelle Gründe auf Seiten des durch das religiöse Symbol Beeinträchtigten vorliegen. In allen anderen Fällen besteht zwar auch ein Ablehnungsrecht, doch wurzelt dieses nicht im religiösen Symbol, sondern in den hinzukommenden Umständen.

*(3) Grenze der Religionsfreiheit: Störungsfreier Ablauf der Sitzung, ungehinderte Entscheidungsfindung sowie Würde des Gerichts*

Eine weitere Grenze für die Ausübung der Religionsfreiheit kann sich aus dem Schutz einer geordneten Rechtspflege ergeben. Als Ausfluss ebenjener sowie als Teil der richterlichen Gewalt (Art. 20 Abs. 2 GG) ist die Sitzungspolizei im Sinne von §§ 176 ff. GVG zu nennen.<sup>22</sup> Die Ausübung dieser richterlichen Befugnis ist nicht nur als Berechtigung, sondern zugleich auch als Pflicht aufzufassen. Schließlich soll durch einen geordneten Verfahrensablauf für eine „ruhige, ernsthafte und sachliche Prüfung und Erörterung des Streitgegenstandes“<sup>23</sup> gesorgt und damit letztlich der Wahrheitsfindung gedient werden<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> In Bezug darauf, dass § 176 GVG dem Schutz einer geordneten Rechtspflege dient BVerfGE 91, 125 (136 f.); im Hinblick auf die Sitzungspolizei als Ausdruck der richterlichen Gewalt BGHSt 17, 201 (204); BGH NJW 1962, 1260; Zimmermann (Fn. 8), § 176 GVG Rn. 1.

<sup>23</sup> Zimmermann (Fn. 8), § 176 GVG Rn. 1.

<sup>24</sup> BVerfG NJW 1979, 1400 (1401). – Der Wahrheitsfindung kommt nicht nur im Strafprozess eine herausgehobene Rolle zu (zum Prinzip der materiellen Wahrheit und dem Ermittlungsgrundsatz im Strafverfahren *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 15 Rn. 3 ff.). In allen Verfahren, in denen ein Amtsermittlungsgrundsatz herrscht, ist die Wahrheitsfindung von zentraler Bedeutung: Der Amtsermittlungsgrundsatz offenbart, dass das gerichtliche Verfahren nicht allein den Interessen der Parteien dient, sondern darüber hinausgehende, allgemeine Funktionen erfüllt. Beispielhaft lässt sich dafür das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Stellung bringen, für das sich die Amtsermittlungspflicht aus § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO ergibt. Gegenstand im Verwaltungsprozess sind nicht gegenläufige private Interessen, sondern die Kontrolle von Handlungen der Exekutive, die sich am Gemeinwohl zu orientieren haben (*Rixen*, in: Sodan/Ziekow [Fn. 6], § 86 Rn. 7). Daraus ergibt sich, dass das Gericht seiner Entscheidung einen sachlich zutreffenden Sachverhalt zugrunde legt, den es von Amts wegen zu erforschen hat. Doch selbst im Zivilprozess, in dem die Verhandlungsmaxime herrscht und die Parteien den Sachverhalt beibringen müssen, geht es auch um die Wahrheit: Dies ergibt sich bereits aus § 138 Abs. 1 ZPO, wonach die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben haben (*Meissner/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 8), § 173 Rn. 80; allgemein zur Wahrheitspflicht im Zivilprozess *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 26 insb. Rn. 6 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht,

Zu den Voraussetzungen der Aufrechterhaltung der Ordnung im gerichtlichen Verfahren zählt das BVerfG neben der Gewährleistung eines störungsfreien äußeren Sitzungsablaufs, die Würde des Gerichts und die ungehinderte Entscheidungsfindung.<sup>25</sup>

In Bezug auf die Entscheidungsfindung sind auch die dafür erforderlichen Beiträge und Interaktionen der Verfahrensbeteiligten erfasst.<sup>26</sup> Zu letzteren gehören auch die ehrenamtlichen Richter. Die für die Entscheidungsfindung erforderlichen Beiträge und Interaktionen setzen eine ungehinderte Kommunikation aller Beteiligten untereinander voraus. Das bedeutet, dass es möglich sein muss, seinen Gegenüber individualisieren und die für eine umfassende Kommunikation unerlässlichen Gesichtsausdrücke wahrnehmen zu können.

Auf dem Weg zur Entscheidungsfindung darf es den Beteiligten daher nicht verwehrt sein, zu erkennen, ob und wie die ehrenamtlichen Richter mimisch auf das Vorgebrachte reagieren, um wiederum selbst entsprechend reagieren und darauf eingehen zu können. Gleiches gilt, wenn ein ehrenamtlicher Richter sich aufgrund seiner weitreichenden Befugnisse unmittelbar an einen Verfahrensbeteiligten wendet und von seinem Fragerecht Gebrauch macht. Auch dabei muss es möglich sein, die Mimik wahrzunehmen, da erst durch den Gesamteindruck von Stimme, Gesichtsausdruck und Gestik der Inhalt und die Intention des Gesagten deutlich werden.<sup>27</sup> Dies hat zur Folge, dass bei allen Verfahrensbeteiligten, also auch bei den ehrenamtlichen Richtern, stets eine Individualisierbarkeit gegeben sein muss, inklusive der Möglichkeit, Gesichtszüge und Mimik wahrnehmen zu können. Führt ein religiöses Symbol oder Kleidungsstück zu einer Verschleierung des Gesichts, mithin zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Kommunikation und somit der Entscheidungsfindung, hat der Vorsitzende das Ablegen des Symbols zu verlangen.<sup>28</sup>

Schwerer zu bestimmen ist, wann die Würde des Gerichts betroffen ist. Ein abschließender und starrer Katalog an kon-

17. Aufl. 2010, § 65 Rn. 55 ff.). Es bleibt den Parteien überlassen vom Beibringungsgrundsatz gebrauch zu machen oder nicht; wenn sie etwas beibringen, muss es jedoch der Wahrheit entsprechen. Somit spielt auch in Fällen der Dispositionsmaxime zumindest die subjektive Wahrheitsfindung eine wichtige Rolle.

<sup>25</sup> Daneben nennt das BVerfG auch den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beteiligten (BVerfGE 91, 125 [137]); ähnlich auch BGH NJW 1998, 1420. Konkret in Bezug auf die Würde des Gerichts BVerfG-K NJW 2007, 56 (57 Rn. 18). Näher zur Würde der Gerichtsverhandlung *Kissel/Mayer* (Fn. 5), § 176 Rn. 22. – In Bezug auf § 175 Abs. 1 GVG siehe auch unten im Rahmen der Zuschauer II. 2. e).

<sup>26</sup> BVerfGE 91, 125 (137).

<sup>27</sup> Vgl. auch BayVGh NVwZ 2014, 1109 in Bezug auf die Unzulässigkeit einer Totalverhüllung in der Schule.

<sup>28</sup> Dies bedeutet nicht automatisch, dass eine Gesichtsverhüllung auch außerhalb des Gerichts im gesellschaftlichen Bereich, der nicht staatlich reglementiert ist, als unzulässig anzusehen ist. Vgl. für Frankreich hingegen EGMR NJW 2014, 2925.

kreten Verhaltens- oder Kleidungsangaben vor Gericht kann nicht erstellt werden.<sup>29</sup> Vielmehr ist die entscheidende Richtschnur unter Berücksichtigung der sich wandelnden gesellschaftlichen Gepflogenheiten zu bestimmen.<sup>30</sup> Hiernach ließe sich überlegen, ob mit dem Tragen von Kopfbedeckungen wie etwa Kippa, Nonnenhabit oder Kopftuch in geschlossenen Räumen eine Missachtung gegenüber dem Gericht zum Ausdruck gebracht wird.

Religiöse Symbole und Kleidungsstücke, die der Träger für sich als verpflichtend empfindet, unterfallen dem Schutz des Art. 4 Abs. 1 f. GG. Mit diesen Symbolen wird gerade keine Missachtung des Gerichts zum Ausdruck gebracht, sondern die Möglichkeit wahrgenommen, seinen Kleidungsstil den religiösen Vorgaben entsprechend anzupassen. Sie sind zu tolerieren, so lange die betreffende Person individualisierbar bleibt.<sup>31</sup>

Es bedarf somit stets einer Einzelfallprüfung: Zunächst ist zu fragen, ob überhaupt eine konkrete Störung von einem Kleidungsstück oder religiösen Symbol ausgeht. Ist dies zu bejahen, muss in einem zweiten Schritt danach gefragt werden, warum es getragen wird (aus bloß modischen oder aus religiös-verpflichtenden Gründen). Im letztgenannten Fall ist die Religionsfreiheit der betreffenden Person zu beachten; eine Missbilligung des Gerichtes ist dann nicht anzunehmen.<sup>32</sup>

#### (4) Fazit

Ehrenamtliche Richterinnen und Richter sind somit in Bezug auf das Tragen religiöser Symbole anders zu behandeln als Berufsrichter. Fraglich ist, ob eine differenzierende Lösung bei einem einheitlichen Spruchkörper aus Sicht der Verfahrensbeteiligten nachvollziehbar ist.<sup>33</sup> Es könnte zu Differenzierungsschwierigkeiten kommen, warum der eine Richter ein religiöses Symbol zur Schau stellen darf, der andere aber nicht. Die besondere Rolle, die ehrenamtliche Richter einnehmen und sich in verschiedenen Punkten vom Berufsrichter unterscheidet, wird jedoch bereits dadurch deutlich, dass erstere häufig keine Amtstracht tragen.<sup>34</sup> Folglich wäre es

auch unschädlich bei über die Robe hinausgehenden Kleidungsfragen Unterschiede zuzulassen.

Festzuhalten bleibt, dass sich bei ehrenamtlichen Richtern das Neutralitätsgebot nicht so stark auswirkt wie bei Berufsrichtern und ein größerer Fokus auf deren Rolle als Privatperson und dem Pflichtcharakter des Ehrenamtes liegt. Dementsprechend sind religiöse Symbole bei Ehrenamtsrichtern grundsätzlich als zulässig anzusehen. In eng umgrenzten Einzelfällen kann ein Ablehnungsgesuch aufgrund des religiösen Symbols in Betracht kommen, sofern ein weiterer Umstand in der Sphäre des Ablehnungssuchenden gegeben ist. Des Weiteren bildet die Individualisierbarkeit eine Grenze.

#### b) Staatsanwältinnen und -anwälte

Der Staatsanwalt ist ein selbständiges Organ der Rechtspflege.<sup>35</sup> Er gehört nicht zur rechtsprechenden Gewalt, die ausschließlich Art. 92 Hs. 1 GG Richtern anvertraut ist. Bei Staatsanwälten handelt es sich vielmehr um Beamte.<sup>36</sup> Überdies ergibt sich eine eindeutige Trennung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft aus den §§ 150 f. GVG. Zwar ist die Staatsanwaltschaft in die Justiz eingegliedert,<sup>37</sup> jedoch der Exekutive zugehörig.<sup>38</sup>

Aufgabe des Staatsanwalts ist es, sich unter der Gesetzesbindung und Wahrung der Objektivität um eine vollständige, der Wahrheit entsprechenden Aufklärung des Sachverhaltes zu kümmern und auf das Finden eines gerechten Urteils hinzuwirken.<sup>39</sup>

Deshalb ist häufig von der „objektivsten Behörde der Welt“ die Rede. Die Staatsanwaltschaft ist gerade keine Partei im Gerichtsprozess, sondern hat in beide Richtungen – sowohl belastend als auch begünstigend – zu ermitteln (vgl. § 160 Abs. 2 StPO). Genau hierauf muss der Angeschuldigte bzw. Angeklagte vertrauen können.

So trifft der Staatsanwalt zwar nicht selbst die gerichtliche Entscheidung, stellt aber „auf dem Weg zur Entscheidung“ einen erheblichen – und zwar neutralen – Faktor dar.

<sup>29</sup> Kissel/Mayer (Fn. 5), § 176 Rn. 22.

<sup>30</sup> Ähnlich Kissel/Mayer (Fn. 5), § 176 Rn. 22. – Zur Würde des Gerichts siehe auch unten II. 2. e).

<sup>31</sup> In Bezug auf eine Zuschauerin im Gerichtssaal BVerfG-K NJW 2007, 56 (57 Rn. 20). – Vgl. zur Unzulässigkeit einer Totalverhüllung in der Schule BayVGh NVwZ 2014, 1109; Uhle, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Stand: 1.9.15, Art. 7 Rn. 31 m.w.N.

<sup>32</sup> In Bezug auf eine Zuschauerin im Gerichtssaal BVerfG-K NJW 2007, 56 (57 Rn. 20); im Ergebnis zustimmend Muckel (JA 2007, 663 [664]), der die Ausführungen des BVerfG teilweise jedoch als normativ unzureichend verankert ansieht.

<sup>33</sup> Dies in Frage stellend Feldmann, Betrifft Justiz 2008, 216 (219).

<sup>34</sup> Das gilt zumindest überwiegend. In Einzelfällen sind auch von ehrenamtlichen Richtern Roben zu tragen (z.B. in Baden-Württemberg: Handelsrichter [§ 21 Abs. 1 AGGVG BW]; in Berlin: alle ehrenamtlichen Richter außer Schöffen [§ 20 S. 1 AGGVG Bln]; in Nordrhein-Westfalen: Handelsrichter sowie

die nach der Bundesrechtsanwaltsordnung und Bundesnotarordnung zu ehrenamtlichen Richtern ernannten Rechtsanwälte und Notare, AV d. JM v. 8.8.2006 (3152 – Z. 5) = JMBl. NRW 2006, S. 193; in Hamburg: ehrenamtliche Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit, vgl. Informationen für ehrenamtliche Richterinnen und Richter am Landesarbeitsgericht und am Arbeitsgericht Hamburg, S. 6).

<sup>35</sup> Vgl. BGHSt 24, 170 (171); Gertler, in: Graf, BeckOK-StPO mit RiStBV und MiStra, § 1 RiStBV Rn. 15.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 32, 199 (216).

<sup>37</sup> BVerfGE 9, 223 (228).

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2001, 1121 (1123); BVerfG-K NJW 2002, 815; Kissel/Mayer (Fn. 5), § 141 Rn. 8. A.A. Roxin/Schöne-mann ([Fn. 24], § 9 Rn. 10), die die Staatsanwaltschaft zwischen der dritten Gewalt und der Exekutive angesiedelt sehen.

<sup>39</sup> Vgl. Franke, in: Löwe/Rosenberg, Die StPO und das GVG X, 26. Aufl. 2010, vor § 141 GVG Rn. 14; Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, Vor § 141 GVG Rn. 8.

So wie alle sonstigen Beamten hat auch er seine Aufgaben neutral und ohne äußere Einflüsse zu erledigen.<sup>40</sup>

Dieses Mäßigungsgebot ist jedoch nicht so streng zu verstehen wie bei Berufsrichtern. Das ist der unterschiedlichen Stellung von Richtern und Staatsanwälten geschuldet: Letztverbindliche Entscheidungen werden ausschließlich von ersteren getroffen.<sup>41</sup> Auch ist dem Staatsanwalt zuzugestehen, in der Hauptverhandlung (zunächst) mit der Überzeugung aufzutreten, dass eine Verurteilung hinreichend wahrscheinlich ist.<sup>42</sup> Erst wenn sich der Anschein verdichtet, dass der Staatsanwalt nicht bereit ist, von seiner ursprünglichen Annahme abzurücken oder aber einzig und allein zugunsten des Angeklagten handelt, ist von einer fehlenden Objektivität des Staatsanwaltes auszugehen.<sup>43</sup>

Wie ist obiges nun mit dem Tragen religiöser Symbole in Verbindung zu bringen? Auch dem Staatsanwalt steht der Schutz aus Art. 4 Abs. 1 f. GG zu. Dass er bereits durch die Zurschaustellung religiöser Symbolik eine fehlende Objektivität im gerade beschriebenen Ausmaße an den Tag legt, ist nicht anzunehmen. Es bedarf auch hier des Hinzutretens eines weiteren Umstands. Dann gilt jedoch selbiges wie für ehrenamtliche Richter: Das die Objektivität beeinträchtigende Verhalten ist nicht im religiösen Symbol, sondern alleine im zusätzlichen Faktor X (Verhalten, Äußerungen etc.) zu sehen. Da der Staatsanwalt anders als der Richter gerade keine endgültigen Entscheidungen trifft, ist auch kein so strenger Maßstab hinsichtlich der von vornherein nach außen hin verkörperten Neutralität zu fordern.

Ihm ist das Tragen grundsätzlich zuzugestehen, solange damit nicht der funktionsfähige Ablauf des Verfahrens beeinträchtigt ist;<sup>44</sup> eine Verschleierung des Staatsanwaltes ist unzulässig. In Ausnahmefällen können aber in der Person des Angeklagten Umstände liegen, die es für ihn unerträglich erscheinen lassen, einem Beamten mit religiöser Symbolik gegenüber zu stehen, der sich (auch) proaktiv um dessen Verurteilung bemüht. In einem solchen Falle muss die positive Religionsfreiheit des Staatsanwaltes zurückstehen. Sollte aus anderen Gründen, die sich unmittelbar aus der Sphäre des Staatsanwaltes ergeben, an dessen Objektivität zu zweifeln

sein, hat sich der Vorwurf auf diese Gründe, nicht jedoch auf das religiöse Symbol zu beziehen.<sup>45</sup>

Grundsätzlich haben der Staatsanwalt selbst oder dessen Vorgesetzter darauf hinzuwirken, dass ein Staatsanwalt, dessen Mitwirkung nicht zulässig ist, abgelöst wird.<sup>46</sup> Im Einzelnen strittig ist, ob und inwieweit die anderen Beteiligten bloß ebenfalls darauf hinwirken können oder ihnen ein Recht auf Ablehnung zusteht. Es fehlt an (explizit) gesetzlich vorgesehenen Regelungen über den Ausschluss und die Ablehnung von Staatsanwälten. Die §§ 22 ff. StPO sind dem Wortlaut nach nur auf Richter anwendbar und wegen der unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Stellung von Richtern und Staatsanwälten nicht auf letztere anwendbar.<sup>47</sup> Ein entsprechendes Ablehnungsrecht erkennt die Rechtsprechung auch nicht in den §§ 141 ff. GVG und nimmt an, dass sich ein solches maximal aus dem Gedanken des „fair trial“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK ergeben könne, ohne diesbezüglich abschließend Stellung zu beziehen.<sup>48</sup> Ob dem so ist oder erst in der Revision geltend gemacht werden kann, dass die Mitwirkung eines Staatsanwaltes unzulässig war,<sup>49</sup> muss auch an dieser Stelle nicht entschieden werden.

### c) Rechtsanwältinnen und -anwälte

Rechtsanwälte sind unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Unabhängigkeit ist in erster Linie als Unabhängigkeit vom Staat zu verstehen.<sup>50</sup> Es handelt sich also um einen freien Beruf, ohne besondere staatliche Anbindung; insbesondere besteht kein Beamtenverhältnis. Der Rechtsanwalt ist zwar Verfahrensbeteiligter, wirkt jedoch nicht an der (finalen) Rechtsprechung mit, sondern vertritt allein die Inte-

<sup>45</sup> Insoweit sei auf die Ausführungen zu den ehrenamtlichen Richtern verwiesen, II. 2. a) bb) (2). – Für Amtsanwälte sind im Hinblick auf die Zurschaustellung religiöser Symbole vor Gericht dieselben Maßstäbe anzulegen wie für Staatsanwälte. Näher zur Amtsanwaltschaft *Kissel/Mayer* (Fn. 5), § 142 Rn. 9 ff.

<sup>46</sup> *Schmitt* (Fn. 41), Vor § 22 StPO Rn. 4.

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 25, 336 (345); BGH NJW 1980, 845 (846); BGH NJW 1984, 1907 (1908); BGH NStZ 1991, 595; aus der Literatur *Scheuten*, in: Hannich, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, vor § 22 Rn. 1, § 24 Rn. 28; a.A. *Arloth*, NJW 1983, 207 (209 f.). – Spezielle landesrechtliche Regelungen, die auch für Staatsanwälte Ausschlussgründe vorsehen (z.B. § 11 AGGVG BaWü; § 7 AGGVG Nds.) enthalten keinen allgemeinen Rechtsgedanken (BGH NStZ 1991, 595).

<sup>48</sup> BGH NJW 1980, 845 (846); BGH NJW 1984, 1907 (1908); ebenfalls Anklang findend in BVerfG JR 1979, 28. – Teilweise wird diskutiert, ob einem Antrag im Sinne von § 145 GVG an den Dienstvorgesetzten zu entsprechen ist, wenn ein Grund gegeben ist, bei dem auch ein Richter ausgeschlossen oder abgelehnt wird (*Roxin/Schünemann* [Fn. 24], § 9 Rn. 15; OLG Hamm NJW 1969, 808 f.).

<sup>49</sup> Siehe dazu *Schmitt* (Fn. 41), Vor § 22 StPO Rn. 6 f.; *Joecks* (Fn. 43), Vor § 22 Rn. 3.

<sup>50</sup> Siehe dazu *Brüggemann*, in: *Feuerich/Weyland*, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 1 Rn. 15.

<sup>40</sup> *Kissel/Mayer* (Fn. 5), § 141 Rn. 9.

<sup>41</sup> Relativierend muss dies für Entscheidungen des Staatsanwaltes im Vorverfahren gesehen werden. Bei der Einstellung des Verfahrens, der Erhebung der Anklage sowie der Zwangsmittelanwendung entscheidet der Staatsanwalt unmittelbar (*Kissel/Mayer* [Fn. 5], § 145 Rn. 8). Im Ergebnis für einen unterschiedlichen Befangenenheitsmaßstab für Richter und Staatsanwälte BVerfG JR 1979, 28; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 39), Vor § 22 StPO Rn. 4.

<sup>42</sup> *Pawlik*, NStZ 1995, 309 (311).

<sup>43</sup> *Pawlik*, NStZ 1995, 309 (311); ähnlich *Joecks*, StPO, 4. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 44.

<sup>44</sup> Als weitere Grenze kommt theoretisch auch noch die Würde des Gerichts in Betracht, die jedoch in der Regel nicht durch das Tragen religiös-verbindlicher Symbole überschritten wird; vgl. dazu insoweit die Ausführungen zu den ehrenamtlichen Richtern, II. 2. a) bb) (3). Zur Würde des Gerichts auch unten in Bezug auf Zuschauer II. 2. e).

ressen des Rechtssuchenden. Dementsprechend kann für den Rechtsanwalt auch nicht der Grundsatz der staatlichen Neutralität gelten. Hier steht gerade nicht zu befürchten, dass sich der Staat mit einem anwaltlich getragenen Symbol identifiziert oder aber außerrechtliche Maßstäbe in die Rechtsprechung einfließen bzw. bestimmte Prozessparteien bevorzugt behandelt werden.

Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen ausschließlich die positive Religionsfreiheit des Anwalts sowie die negative Religionsfreiheit der sonstigen Verfahrensbeteiligten in Betracht. Sollte der eigene Mandant ein entsprechendes Auftreten nicht wünschen, steht es ihm frei, einen anderen Anwalt zu konsultieren. Einzig im Falle der richterlichen Beiordnung eines Anwalts ist dieses Wahlrecht nicht gegeben. Hier sollte dem Mandanten ein Ablehnungsrecht zugestanden werden.<sup>51</sup>

Es bleibt bei der negativen Religionsfreiheit der anderen Verfahrensbeteiligten. Insoweit gilt der Grundsatz, dass sie nicht davor geschützt sind, überhaupt mit religiösen Symbolen konfrontiert zu werden. Zwar kann anderes gelten, wenn es sich um staatlich reglementierte Räume wie das Gericht handelt. Hier treten jedoch weder der Staat selbst noch Staatsbedienstete mit religiösen Symbolen auf, sondern ein staatsferner Rechtsanwalt, der zwar Einfluss auf das Gerichtsverfahren nimmt, nicht jedoch an der finalen Rechtsprechung des Spruchkörpers beteiligt ist. Folglich kann sich auch in diesem Fall nicht dagegen zur Wehr gesetzt werden, dass man mit einem religiösen Symbol konfrontiert wird.

Grundsätzlich ist Anwälten das Tragen religiöser Symbole zuzugestehen. Als (einzige) Grenze kommt hier die Ordnung des Verfahrens in Betracht.<sup>52</sup> Der Anwalt muss identifizierbar bleiben. Führt ein religiöses Symbol zu einer Verschleierung des Gesichts und somit zu einer Erschwerung der Kommunikation und Interaktion, hat der Vorsitzende das Ablegen dieses Symbols zu verlangen.

#### d) Klägerinnen und Kläger, Beklagte, Angeklagte, Zeuginnen und Zeugen

Kläger, Beklagte, Angeklagte sowie Zeugen treten grundsätzlich als staatsferne Personen vor Gericht auf.<sup>53</sup> Sie unterliegen keinem Neutralitätsgebot; vielmehr kommt ihnen allen der Grundrechtsschutz aus Art. 4 Abs. 1 f. GG zu. Als rechtlicher Gegenpol sind die negative Religionsfreiheit der anderen Verfahrensbeteiligten sowie die Funktionsfähigkeit des Verfahrens in Betracht zu ziehen.

Ein bloßes Konfrontiertwerden mit anderen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften reicht jedoch nicht aus,

um ein Überwiegen der negativen Religionsfreiheit anzunehmen. Gegenteiliges wäre hier besonders fernliegend, da die o.g. Verfahrensbeteiligten gerade nicht dem Staat zuzurechnen sind und weder hoheitlich tätig werden noch an der Rechtsprechung beteiligt sind.

Zu bedenken ist ferner, dass die Beteiligten gezwungenermaßen vor Gericht stehen: Dies gilt zum einen für den Kläger, der zwar „aus freien Stücken“ Klage erhoben hat, aber auf keine andere Möglichkeit als vor Gericht sein Recht zu erstreiten, zurückgreifen kann. Es darf keine Hürde entstehen, den Rechtsweg zu beschreiten: Personen, die religiöse Symbole als für sich verpflichtend erachten, dürfen nicht aus Angst, vor Gericht müsse ein entsprechendes Symbol oder Kleidungsstück abgelegt werden, gehemmt sein, ihr Recht zu verfolgen.

Dieselbe Problematik stellt sich ebenso für Beklagte: Sie werden durch die Klage in eine Situation versetzt, in der sie darüber befinden müssen, ob sie sich verteidigen möchten. Dies steht ihnen grundsätzlich frei. Die Entscheidung darüber darf aber auch bei Beklagten nicht von der Befürchtung, ein als verpflichtend erachtetes religiöses Symbol sei vor Gericht zwingend abzulegen, beeinflusst werden und dazu führen, dass sie nicht vor Gericht erscheinen. Denn zum einen kann etwa in der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein mit negativen Folgen behaftetes Versäumnisurteil (§ 331 ZPO) drohen, zum anderen wären Beklagte z.B. in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ggf. darauf beschränkt, auf das Einverständnis der Beteiligten hinsichtlich eines bloß schriftlichen Verfahrens zu hoffen (vgl. § 101 Abs. 2 VwGO), obwohl sie vorzugsweise auch mündlich verhandeln würden.

Für den Angeklagten ergibt sich eine Anwesenheitspflicht aus § 230 StPO, aus dem hervorgeht, dass die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten nicht stattfindet.<sup>54</sup>

Zeugen haben die Pflicht vor Gericht zu erscheinen, auszusagen und zu schwören.<sup>55</sup> Insoweit ist von einem Gebot zur Mitwirkung an einer geordneten Rechtspflege (auch im Sinne der Parteien) in Form der Sachverhaltsaufklärung zu sprechen. Ihr Ausbleiben kann empfindliche Konsequenzen mit sich bringen (vgl. z.B. § 380 ZPO, § 51 StPO).

Die Zulässigkeit religiöser Symbole und Kleidungsstücke bei o.g. Verfahrensbeteiligten gilt grundsätzlich unumstößlich und findet ihre Grenze erst in der Funktionsfähigkeit der Verhandlung.<sup>56</sup> Das bedeutet, die aufgeführten Beteiligten müssen stets individualisierbar sein und eine kommunikative Interaktion ermöglichen. Dazu gehört auch das Erkennen der Gesichtszüge und Mimik vor allem durch den Richter, jedoch

<sup>51</sup> Feldmann, *Betrifft* Justiz 2008, 216 (219).

<sup>52</sup> Zur Grenze der Würde des Gerichts, die bei religiösen Symbolen in der Regel nicht überschritten wird, siehe die Ausführungen zu den ehrenamtlichen Richtern, II. 2. a) bb) (3). Zur Würde des Gerichts auch unten II. 2. e).

<sup>53</sup> Etwas anderes kann ggf. dann gelten, wenn es sich um Vertreter einer staatlichen Prozesspartei oder beispielsweise beim Zeugen um den Staatsanwalt handelt. – Sollte eine juristische Person des Privatrechts Prozesspartei sein, sind als staatsferne Personen die gesetzlichen Vertreter gemeint.

<sup>54</sup> Näher hierzu und zu Ausnahmen von der Anwesenheitspflicht des Angeklagten *Roxin/Schünemann* (Fn. 24), § 44 Rn. 44.

<sup>55</sup> In Bezug auf Zeugen bei Strafverfahren *Roxin/Schünemann* (Fn. 24), § 26 Rn. 10 ff.; in Bezug auf Zeugen bei verwaltungsgerichtlichen Verfahren *Lang*, in: *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 98 Rn. 126; für Zeugen in zivilrechtlichen Verfahren *Scheuch*, in: *Vorwerk/Wolf, BeckOK-ZPO*, § 380 Rn. 1, § 390 Rn. 1.

<sup>56</sup> Zur Würde des Gerichts als mögliche Grenze siehe oben II. 2. a) bb) (3) sowie unten II. 2. e).

ebenso durch die sonstigen Beteiligten. Dafür ausreichend ist die freie Sichtbarkeit der Gesichtspartie, die Augen, Nase und Mund umfassen sollte.<sup>57</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass der Richter seine Aufgaben sachgerecht zu erfüllen hat. Hierzu gehört es, Aussagen der Verfahrensbeteiligten auch auf die Glaubwürdigkeit hin zu untersuchen. Dies kann durch eine Verschleierung des Gesichts erschwert werden.<sup>58</sup> Selbstredend ist die Mimik nicht alleiniges Merkmal, um die Glaubwürdigkeit zu bewerten, aber eines, auf das nicht verzichtet werden kann.

So bleibt festzuhalten, dass die o.g. Beteiligten ihre positive Religionsfreiheit grundsätzlich auch vor Gericht ausüben können. Der Vorsitzende, dem die Zuständigkeit für sitzungspolizeiliche Anordnungen und Maßnahmen zugewiesen ist (vgl. §§ 176 ff. GVG), kann nur in eng umrissenen Fällen, in denen der Verhandlungsablauf aus obigen Gründen gestört wird, anordnen, dass das religiöse Symbol oder Kleidungsstück entfernt wird.

#### e) Zuschauerinnen und Zuschauer

Zuschauer des Verfahrens sind keine Verfahrensbeteiligte. Ihnen fehlt es sowohl an Nähe zum Verfahren als auch zum Staat. Ihre Grundrechtsberechtigung endet nicht mit Eintritt in den Zuschauerbereich des Gerichtssaales.<sup>59</sup> Ihre Religionsfreiheit können sie in Form von religiöser Symbolik ausleben, solange und soweit nicht die negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten überwiegt oder die Würde des Gerichts bzw. ein ordnungsgemäßer Ablauf des Verfahrens nicht mehr gesichert wäre.

Hinsichtlich der negativen Religionsfreiheit der anderen Beteiligten kann auf die obigen Ausführungen in Bezug auf Rechtsanwälte verwiesen werden.<sup>60</sup> Ein bloßes Konfrontiertwerden mit religiösen Symbolen von Privatpersonen muss hingenommen werden. Insbesondere dann, wenn es um eine grundsätzlich offen zugängliche Sphäre wie den Zuschauerbereich bei Gericht geht.

Nach § 175 Abs. 1 Var. 2 GVG kann Personen der Zutritt zu öffentlichen Verhandlungen versagt werden, wenn sie in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen. Wann das äußere Erscheinungsbild die Würde des Gerichts verletzt, ist nicht kategorisch zu beschreiben. Aufgrund des Öffentlichkeitsgrundsatzes sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen:<sup>61</sup> Erforderlich ist, dass das äußere Erscheinungsbild nicht einmal minimalen Anforderungen

gerecht wird (z.B. Tragen eines Badeanzugs, die das Minimalmaß unterschreitende Körperhygiene, Verkleidungen).

Hinsichtlich religiöser Symbole und Kleidungsstücke ist auf die Ausführungen zu den ehrenamtlichen Richtern zu verweisen.<sup>62</sup> Bei entsprechender Darlegung durch den Zuschauer, dass das Symbol aus religiös-verbindlichen Gründen getragen werde, überwiegt dessen Religionsfreiheit, womit zugleich eine etwaig zum Ausdruck kommende Missbilligung des Gerichts zu verneinen ist.

Die Grenze für religiöse Symbolik besteht auch für Zuschauer in der Individualisierbarkeit.<sup>63</sup>

#### f) Rechtsreferendarinnen und -referendare

Einen Sonderfall stellen Rechtsreferendare dar. Im Rahmen der Pflichtstation bei der Staatsanwaltschaft können ihnen zum einen die Aufgaben eines Amtsanwaltes<sup>64</sup> oder im Einzelfall eines Staatsanwalts unter dessen Aufsicht übertragen werden (vgl. § 142 Abs. 3 GVG). Hier gilt im Ergebnis das zur Staatsanwaltschaft Ausgeführte.

Zum anderen können Referendare unter Aufsicht des Richters die in § 10 GVG abschließend aufgezählten richterlichen Aufgaben wahrnehmen. In Bezug auf die Zulässigkeit religiöser Symbole ist hier anders als bei Berufsrichtern jedoch Art. 12 Abs. 1 GG stärker zu berücksichtigen und das Tragen religiöser Kleidungsstücke zu tolerieren.

Das Ableisten des Referendariats und das Bestehen des 2. Staatsexamens sind nicht nur Voraussetzung für das Richteramt, sondern auch erforderlich, um die Berufe des Staats- oder Rechtsanwalts zu ergreifen. Für letztere ist – wie gesehen – jedoch grundsätzlich das Tragen religiöser Symbole vor Gericht zulässig. Würde man in der Ausbildungszeit beim Richter darauf bestehen, dass religiöse Symbole abgelegt werden, könnte dies dazu führen, dass die Ausbildung – mit dem Ziel Rechts- oder Staatsanwalt zu werden – gar nicht erst ergriffen wird; und das, obwohl nur punktuell richterliche Tätigkeiten während des Referendariats auszuüben sind.

Das in § 10 GVG vorgesehene Aufgabenspektrum deckt ferner nicht sämtliche Tätigkeiten eines Richters ab; zudem besteht eine richterliche Aufsicht. Im Fokus der Referendartätigkeit im Sinne von § 10 GVG steht also nicht die Entscheidungsfindung bzw. finale Rechtsprechung, sondern die Ausbildung des Referendars.<sup>65</sup>

Diese Unterschiede zum Berufsrichter gebieten eine differenzierte Betrachtung. Ein pauschales Verbot religiöser Symbole stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar,<sup>66</sup> so dass für Referendare ein angepasstes Neutra-

<sup>57</sup> Nicht hingegen die Ohren. So aber ein Richter des Amtsgerichts Tiergarten in Berlin, der von einer Zeugin das Ablegen des Kopftuchs forderte, um ihre Ohren sehen zu können, vgl. <http://www.taz.de/!5045358/> (20.7.2016).

<sup>58</sup> Vgl. hierzu auch *Feldmann* (Betrifft Justiz 2008, 216 [219]), der im Einzelfall abwägen will, ob die Glaubensfreiheit eines Verfahrensbeteiligten oder das Interesse an einem „ungestörten“ Beweismittel überwiegt.

<sup>59</sup> BVerfG-K NJW 2007, 56 (57 Rn. 20).

<sup>60</sup> Siehe oben II. 2. c).

<sup>61</sup> Zum Folgenden *Kissel/Mayer* (Fn. 5), § 175 Rn. 7 m.w.N. und Beispielen.

<sup>62</sup> Siehe oben II. 2. a) bb) (3).

<sup>63</sup> Vgl. BVerfG-K NJW 2007, 56 (57 Rn. 20).

<sup>64</sup> Zum Amtsanwalt siehe oben, Fn. 45.

<sup>65</sup> Vgl. insoweit BVerwGE 131, 242 (249 Rn. 21), das bei Lehramtsreferendaren nicht den pädagogischen Auftrag in Form des eigenverantwortlichen Unterrichtens im Vordergrund sieht, sondern die Berufsausbildung.

<sup>66</sup> Im Ergebnis ähnlich *Feldmann*, *Betrifft Justiz* 2008, 216 (219). Vgl. hingegen zur strengeren Auffassung der Fraktionen des Hessischen Landtags 2007

litätsgebot zu gelten hat, das nicht den identischen Anforderungen wie bei Berufsrichtern gerecht werden muss.<sup>67</sup> Die Grenze des Zulässigen findet sich jedoch auch für Referendare in der Individualisierbarkeit und dem funktionsfähigen Ablauf des Gerichtsverfahrens.

Ähnlich wie bei ehrenamtlichen Richtern und Staatsanwälten muss die individuelle Religionsfreiheit des Referendars ausnahmsweise zurückstehen, wenn im Einzelfall besondere, in der Sphäre von Klägern, Beklagten und Angeklagten begründete Umstände gegeben sind.<sup>68</sup>

#### g) Fazit

Somit ergibt sich in Gänze folgendes Bild: Hauptamtlichen Richtern ist es wegen des strengen Neutralitätsgebots nicht gestattet, ostentativ religiöse Symbole zur Schau zu stellen.<sup>69</sup>

Anders hingegen bei allen sonstigen vor Gericht involvierten Personen. Diese dürfen grundsätzlich religiöse Symbole tragen, solange eine Individualisierbarkeit und eine ungestörte Kommunikation gesichert sind.

Speziell in Bezug auf ehrenamtliche Richter, Staatsanwälte und mit entsprechenden Aufgaben betraute Rechtsreferendare sollte den Klägern, Beklagten und Angeklagten in eng umgrenzten Einzelfällen ein Ablehnungsgesuch zugestanden werden.

Grundsätzlich jedoch gilt für ehrenamtliche Richter, Staatsanwälte und Referendare, dass deren religiöse Symbole, die weder die allgemeine Grenze der Funktionsfähigkeit des Verfahrens und der Würde des Gerichts überschreiten noch von einem zulässigen Ablehnungsgesuch betroffen sind, immer als neutral anzusehen sind und eine etwaige Beeinträchtigung der Neutralität ausschließlich durch einen hinzukommenden Umstand begründet werden kann.

### 3. Landesrechtliche Regelungen

In Anbetracht des vom BVerfG im Rahmen der Kopftuch-Rechtsprechung hervorgehobenen Erfordernisses einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, die eine einzel-

<http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region/Justiz-landtag-einig-kein-kopftuch-auf-der-richterbank-1462169.html>

(20.7.2016). Ähnlich auch das OLG München, das einer muslimischen Referendarin mit Kopftuch verboten hat, in Gerichtsverfahren richterliche und staatsanwaltliche Tätigkeiten auszuüben

([http://www.vgh.bayern.de/media/vgaugsburg/presse/pm\\_2016-06-30\\_kopftuchverbotunzulaessig.pdf](http://www.vgh.bayern.de/media/vgaugsburg/presse/pm_2016-06-30_kopftuchverbotunzulaessig.pdf) [18.7.2016]).

<sup>67</sup> Vgl. insoweit BVerwGE 131, 242 (244 f. Rn. 11, 246 f. Rn. 16, 249 f. Rn. 22), wonach unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG hinsichtlich religiöser Neutralität an Lehr- und Referendarinnen nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden könnten wie an dauerhaft beschäftigte Lehrkräfte. Anders hingegen im Ergebnis LT-Drs. (NRW) 13/5722, S. 3: Es sei anzunehmen, dass Referendarinnen ihre Pflicht zu Objektivität und Neutralität nicht einhielten, wenn sie zusätzlich zu ihrer Amtstracht ein Kopftuch tragen.

<sup>68</sup> Siehe dazu oben II. 2. a) bb) (2).

<sup>69</sup> Siehe dazu Weidemann, ZJS 2016, 286 (293 ff.).

fallorientierte Verbotsregelung vorsieht,<sup>70</sup> unterscheidet sich die Situation vor Gericht auch in der einfachgesetzlichen Regelungsdichte. Während Lehrern in vielen Bundesländern aufgegeben ist bzw. war, von religiösen Bekundungen abzuweichen, finden sich konkret für die Beteiligten vor Gericht nur in wenigen Ländern explizite Vorschriften. Hier sind insbesondere § 1 Berliner Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin (sog. Neutralitätsgesetz)<sup>71</sup> sowie § 45 Hessisches Beamtengesetz<sup>72</sup> zu nennen.

Diese Regelungen statuieren jedoch abstrakte, vom Einzelfall losgelöste Verbote und enthalten z.T. sogar noch die Privilegierung einer Religion (vgl. § 45 S. 3 HessBG).

Sie beziehen sich ihrem Wortlaut nach auf Beamte, finden jedoch i.V.m. § 10 S. 1 RiG Bln bzw. § 2 HessRiG auch Anwendung auf Berufsrichter<sup>73</sup>. Zwischen letzteren und Staatsanwälten ist in Bezug auf die Zulässigkeit religiöser Symbole indes wie gezeigt zu differenzieren. An einer solchen Differenzierung fehlt es in den genannten Vorschriften jedoch.

<sup>70</sup> Das Erfordernis einer (parlaments)gesetzlichen Grundlage hat jüngst das VG Augsburg (Urt. v. 30.6.2016 – Au 2 K 15.457 [noch nicht veröffentlicht]) in Bezug auf eine Referendarin hervorgehoben, der vom OLG München ohne eine solche gesetzliche Grundlage das Tragen eines Kopftuches während des staatsanwaltlichen Sitzungsdienstes und der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen in der Zivilstation verboten worden war (vgl.

[http://www.vgh.bayern.de/media/vgaugsburg/presse/pm\\_2016-06-30\\_kopftuchverbotunzulaessig.pdf](http://www.vgh.bayern.de/media/vgaugsburg/presse/pm_2016-06-30_kopftuchverbotunzulaessig.pdf) [20.7.2016]).

<sup>71</sup> GVBl. 2005, S. 92. – § 1 GArt29 Bln lautet: „Beamtinnen und Beamte, die im Bereich der Rechtspflege, des Justizvollzugs oder der Polizei beschäftigt sind, dürfen innerhalb des Dienstes keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren, und keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägten Kleidungsstücke tragen. Das gilt im Bereich der Rechtspflege nur für Beamtinnen und Beamte, die hoheitlich tätig sind.“ – Da sich die Norm ausdrücklich nur an Beamtinnen und Beamte richtet, findet das beim Amtsgericht Berlin Mitte von Richtern an eine Rechtsanwältin gerichtete Verbot, ein Kopftuch zu tragen, keine Grundlage im Neutralitätsgesetz (siehe zu diesem Vorfall <http://www.taz.de/!5058832/> [20.7.2016]).

<sup>72</sup> § 45 HessBG lautet: „Beamtinnen und Beamte haben sich im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen.“

<sup>73</sup> Vgl. zur Geltung der Gesetze für ehrenamtliche Richter § 1 Abs. 1 S. 2 RiG Bln, § 1 HessRiG.

Obige Ergebnisse sowie die Kopftuch-Rechtsprechung zugrunde legend, muss für Staatsanwälte eine Einzelfalllösung getroffen werden. Sofern möglich müssen die entsprechenden Gesetze insoweit restriktiv ausgelegt werden.<sup>74</sup> Hierbei gilt es, den genauen Verbot Grund zu berücksichtigen: Ein Verbot allein auf das religiöse Symbol bzw. Kleidungsstück eines Staatsanwaltes zu stützen, ist nicht zulässig. Nur in Bezug auf Berufsrichter sind die strengen, vom Einzelfall entkoppelten Vorgaben von § 1 GArt29 Bln und § 45 HessBG zulässig.<sup>75</sup>

In Berlin soll mit § 4 GArt29 Bln der Sonderstellung von Rechtsreferendaren begegnet werden. Für Beamtinnen und Beamte im Vorbereitungsdienst und andere in der Ausbildung befindliche Personen werden dort Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen, über die die Dienstbehörde bzw. die Personalstelle zu entscheiden hat. Solange jedoch die Würde des Gerichts und ein funktionsfähiges Verfahren nicht beeinträchtigt werden, führt der Grundrechtsschutz der Referendare dazu, dass das religiöse Symbol in jedem Fall getragen werden kann, ohne vorher von externer Stelle abgesehnet werden zu müssen. Auch hier ist eine restriktive Handhabung geboten.

### III. Schluss

Das BVerfG hat seine Kopftuch-Rechtsprechung dahin entwickelt, dass für ein Verbot religiöser Symbolik bei Lehrkräften eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage gegeben sein muss, die nur im Falle des Vorliegens einer konkreten Gefahr greift. Hierin kommen die grundsätzliche Stärkung der Religionsfreiheit von Personen, die sich in einem staatlich reglementierten Raum aufhalten, sowie eine besondere Betonung des Toleranzgebots zum Ausdruck.

Dies gilt für die Situation vor Gericht, die eine größere Anzahl verschiedener Beteiligter aufweist, unter Beachtung deren jeweiliger Spezifika bis auf den Berufsrichter ebenso. Bei ihm ist strikte Neutralität zu fordern, während bei allen anderen Beteiligten ebenso die positive Religionsfreiheit gestärkt wird und dem Toleranzgebot besondere Bedeutung

zukommt. Dieses findet erst in der Garantie des funktionsfähigen Ablaufs des Verfahrens seine Grenze.<sup>76</sup> Im Falle der ehrenamtlichen Richter und der Staatsanwälte kann sich in Ausnahmekonstellationen eine zusätzliche Begrenzung ergeben, wenn subjektive Umstände bei anderen Verfahrensbeteiligten existieren, die eine Konfrontation mit diesen Personen samt ihrer religiösen Symbolik unzumutbar machen.

Für künftige (gesetzliche) Regelungen ließe sich noch angedenken, ob die vom BVerfG für die Schulsituation angesprochene Möglichkeit, einer Gefahrenlage auch mit einer dosierten, allgemeineren Verbotslösung begegnen zu können,<sup>77</sup> ebenso für die Situation vor Gericht sinnvoll erscheint. Dies wäre jedoch nur bedingt überzeugend, da vor Gericht in aller Regel keine personenidentischen Beteiligten aufeinandertreffen und so in den zahlreichen Gerichtsverfahren keine personelle Konstanz über eine längere Zeit wie in Schulen besteht. Es sollte auf der Rechtsfolgenseite bei einer Lösung für den konkreten Einzelfall bleiben.

<sup>74</sup> Vgl. hierzu kritisch Wissenschaftlicher Parlamentsdienst, Gutachten zu den Auswirkungen der „Kopftuch-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 2015 auf die Rechtslage im Land Berlin, S. 13 ff. (abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/downloads/12753284/2/gutachten-zum-neutralitaetsgesetz.pdf> [20.7.2016]), der in Bezug auf § 2 GArt29 Bln annimmt, dass weder aus semantischer, systematischer, historischer noch teleologischer Sicht eine Möglichkeit der restriktiven Auslegung gegeben ist und stattdessen eine Gesetzesänderung vorschlägt. – Deutlich auch *Sacksofsky* (DVBl. 2015, 801 [808]), die Gesetze, die ein Verbot über die Schule hinaus auf weitere Beamte erstrecken, im Lichte der Kopftuch-Rechtsprechung für nicht haltbar hält und zumindest eine bereichsspezifische Prüfung der Annahme einer konkreten Gefahr fordert.

<sup>75</sup> Vgl. im Ergebnis in diese Richtung gehend auch *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 454; *Battis/Bultmann*, JZ 2004, 581 (587 Fn. 85) nehmen dies zudem auch für Polizisten an.

<sup>76</sup> Zur Würde des Gerichts als Grenze, die in der Regel jedoch nicht überschritten sein dürfte, wenn es um religiösverbindliche Symbole geht, siehe oben II. 2. a) bb) (3) sowie II. 2. e).

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 138, 296 (341 f. Rn. 114).

# Besonderheiten der strafrechtlichen Verjährung im Bereich des Rundfunks und der Telemedien

## Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 4\*

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel

*Die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung von Straftaten gem. §§ 78 ff. StGB (Verfolgungsverjährung) und gem. §§ 79 ff. StGB (Vollstreckungsverjährung) gelten grundsätzlich auch im gesamten Bereich des Nebenstrafrechts; ebenso verhält es sich bei der Verjährung von Ordnungswidrigkeiten gem. §§ 31 ff., 34 OWiG. Jedoch finden sich sowohl für den Bereich des Rundfunks, wie auch den der Telemedien auf der Ebene der Landesgesetzgebung in zunehmendem Maße Sonderregelungen zur Verfolgungsverjährung. Wie schon in meinem Beitrag zu den „Besonderheiten der Verjährung im Bereich des Pressestrafrechts“ in der diesjährigen Februar-Ausgabe dieser Zeitschrift (ZJS 2016, 17) soll auch hier nun versucht werden, die Besonderheiten der Verjährung im Bereich des Rundfunk- und des Internetstrafrechts nicht nur einigermaßen vollständig, sondern gerade auch unter Kenntlichmachung einerseits der Unterschiede, andererseits aber (wichtiger noch) auch der Gemeinsamkeiten der einschlägigen Normen in strukturierter Form darzustellen. Insbesondere sind die Darlegungen dabei wieder bemüht, die einzelnen Aussagen im Text jeweils auf die konkreten Gesetzesnormen in den jeweiligen Landesgesetzen herunterzubrechen, zu jeder Sachfrage also nachvollziehbar zu machen, welche Regelung an welcher Stelle sie im jeweiligen Landesgesetz erfahren hat. Was die Bezeichnung der in Bezug genommenen Landesgesetze anlangt, habe ich wieder der Verständlichkeit willen davon abgesehen, in allen Fällen die – falls überhaupt vorhandene, so doch mitunter aus sich heraus nicht deutbare –, „amtliche“ Abkürzung für das betreffende Gesetz zu verwenden, sondern war bemüht, Kurzbezeichnungen zu finden, die aus sich selbst heraus verständlich erscheinen (dabei bedeuten: LPG Landespressegesetz, PrG Pressegesetz, LMG Landesmediengesetz, MG Mediengesetz und RG Rundfunkgesetz; die Bezeichnung der Bundesländer sollte sich von alleine erschließen). Zum Schluss dieses Beitrags soll überdies in einem kurzen Exkurs noch ein Blick auf die nur selten thematisierte Verjährungsregelung des § 48 KUG (Kunsturhebergesetz) geworfen werden.*

### I. Die Verjährung im Bereich des Rundfunks

Nicht anders als für das Presserecht<sup>1</sup> liegt auch für das Rundfunkrecht die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern<sup>2</sup>,

\* Dieser Beitrag ist der vierte einer Reihe von Beiträgen des Autors zum Medienstrafrecht, die sukzessive in der ZJS erscheinen. Thematisch sollen dabei insbesondere Besonderheiten der Verjährung, die Verbreitung pornographischer Schriften sowie im medialen Kontext bedeutsame Staats- und Friedensschutzdelikte behandelt werden. Der erste Beitrag – zu *Besonderheiten der Verjährung im Pressestrafrecht* – ist in ZJS 2016, 17 erschienen. Der zweite und dritte Beitrag – in ZJS 2016, 132 und 297 – widmeten sich der Darstellung zur *Verbreitung von Pornografie gem. § 184 StGB*.

und auch im Bereich des Rundfunks finden sich spezielle Verjährungsregeln. Im Vergleich zu den presserechtlichen Verjährungsvorschriften stehen sie jedoch weit weniger im Fokus sowohl des gesetzgeberischen<sup>3</sup>, wie auch des gerichtlichen, nicht zuletzt aber auch des wissenschaftlichen Interesses – und werden sie demgemäß in Lehrbüchern und Kommentaren, wenn überhaupt, so doch meist nur mehr oder minder knapp im Rahmen der Behandlung der presserechtlichen Verjährung angesprochen<sup>4</sup>. Auch im Gesetz sind sie nicht immer leicht auffindbar, vielmehr verstreut über die Presse-, Medien- und Rundfunkgesetze der Länder sowie (wenn auch nur im Hinblick auf Ordnungswidrigkeiten) den Rundfunkstaatsvertrag (RStV)<sup>5</sup> und den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Nach der im Zuge der Föderalismusreform erfolgten Streichung der ehemals in Art. 75 Abs. 1 Nr. 2 GG a.F. verankerten Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes (durch Gesetz zur Änderung des GG v. 28.8.2006 = BGBl. I 2006, S. 2034) ergibt sich nunmehr aus der Grundverteilungsregel der Art. 30, 70 GG die alleinige Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Presserecht; näher *Cornils*, in: *Sedelmeier/Burkhardt* (Hrsg.), *Löffler, Presserecht, Kommentar*, 6. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 37, zur geschichtlichen Entwicklung a.a.O., Rn. 24 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 30, 70 GG. Im Zuge seines ersten Rundfunkurteils (sog. Fernsehurteil) hat das BVerfG abschließend geklärt, dass das gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG in die Regelungskompetenz des Bundes fallende Post- und Fernmeldewesen (heutige Fassung der Nr. 7: „das Postwesen und die Telekommunikation“) „nur den sendetechnischen Bereich des Rundfunks unter Ausschluß der Studioteknik, nicht aber den Rundfunk als Ganzes“ umfasst (BVerfGE 12, 225, vgl. auch Leitsatz 3. a).

<sup>3</sup> Schon zu den rundfunkrechtlichen Regelungen im Allgemeinen konstatiert *Burkhardt* (in: *Sedelmeier/Burkhardt* [Fn. 1], § 25 LPG Rn. 2), dass ihnen von Seiten des Gesetzgebers „nicht immer allzu viel Aufmerksamkeit gewidmet worden zu sein scheint“, und für die Verjährungsproblematik gilt dies in besonderem Maße.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Mitsch*, *Medienstrafrecht*, 2012, 7/38; *Schmid*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 78 Rn. 17; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 78 Rn. 9.

<sup>5</sup> Genauer: Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag) v. 31.12.1991, i.d.F. des am 1.1.2013 in Kraft getretenen 15. Rundfunkänderungsstaatsvertrags; ausführlich zum RStV die Kommentierung bei *Hahn/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 3. Aufl. 2012, Erster Teil.

<sup>6</sup> Genauer: Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugend-

In der Sache ist, wie im Presserecht<sup>7</sup>, hinsichtlich der in Betracht zu ziehenden Straftaten zu differenzieren zwischen den *Rundfunkinhaltsdelikten* (unten 2.), und den *sonstigen Rundfunkstraftaten* (unten 3.), wobei innerhalb der letzteren zu unterscheiden ist zwischen den *rundfunkspezifischen Haftungstatbeständen* (unten 3. a) und den *Rundfunkordnungsdelikten* (unten 3. b). Daneben stellt sich die Verjährungsproblematik auch bei den – von den Rundfunkordnungsdelikten streng zu unterscheidenden – *Rundfunkordnungswidrigkeiten* (unten 4.).

### 1. Die unterschiedlichen Regelungen in den Ländern

a) In der Mehrzahl der Bundesländer werden – soweit es um Straftaten geht<sup>8</sup> – die presserechtlichen Verjährungsvorschriften auch im Hinblick auf den Rundfunk herangezogen, sei es durch von vornherein gemeinsame gesetzliche Regelung in einer Norm (so in Rheinland-Pfalz, § 37 LMG-RhPf, und im Saarland, § 66 SaarMG), durch die in dem jeweiligen Landespresse- oder Landesmediengesetz enthaltene Erklärung entsprechender Geltung bzw. sinngemäßer Anwendung der presserechtlichen Verjährungsnorm auch für den Rundfunk (so in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt<sup>9</sup> oder durch Geltungserklärung im Rahmen anderer Landesgesetze (so in Bayern<sup>10</sup>). Dabei sind jedoch einige Unterschiede in Inhalt und Reichweite zu verzeichnen<sup>11</sup>:

aa) So betreffen die meisten dieser Regelungen jeglichen Rundfunk, d.h. sowohl den öffentlich-rechtlichen, wie auch den privaten, – während in Baden-Württemberg nur die „Veranstaltung von Rundfunk durch Landesrundfunkanstalten“ erfasst ist (§ 25 S. 1 LPG-BW) und in Bayern Verjährungsregeln lediglich (in Art. 18a S. 1 BayRG) für die Anstalt des öffentlichen Rechts „Der Bayerische Rundfunk“ sowie (in Art. 38 S. 1 BayMG) für den privaten Rundfunk existieren – nicht jedoch für den sonstigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk (insb. nicht für das ZDF, vgl. Art. 1 Abs. 3 BayMG)<sup>12</sup>.

bb) In Baden-Württemberg und Hamburg ist die Anwendbarkeit unter gezieltem Beiseitelassen der Ordnungswidrigkeiten auf Straftaten begrenzt (§ 25 S. 1 LPG-BW,

§ 23 Abs. 4 HmbPrG). Dagegen werden in Rheinland-Pfalz und im Saarland auch Ordnungswidrigkeiten explizit erfasst (§ 37 Abs. 2 LMG-RhPf, § 66 Abs. 2 S. 2 SaarMG), in Berlin, Brandenburg und Nordrhein-Westfalen werden sie pauschal mit in Bezug genommen (§ 23 Abs. 1 S. 2 BlnPrG, § 17 BbgPrG, § 26 Abs. 1 LPG-NRW) und in Sachsen-Anhalt zumindest nicht ausgeschlossen (§ 16 Abs. 1 SAnhPrG). In Bayern ist die (nur) den „Bayerischen Rundfunk“ (vgl. Fn. 12) betreffende Regelung des Art. 18a BayRG auf Straftaten beschränkt, während für den privaten Rundfunk Art. 38 S. 2 BayMG auch Ordnungswidrigkeiten erfasst.

cc) Inhaltlich wird die presserechtliche Verjährung in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hamburg und Nordrhein-Westfalen, aber auch in Rheinland-Pfalz (§ 37 Abs. 1-3 LMG-RhPf) sowohl hinsichtlich Dauer, wie auch Beginn der Verjährung vollständig übernommen; demgegenüber wird in Sachsen-Anhalt nur der frühe Verjährungsbeginn herangezogen (§ 16 Abs. 1 SAnhPrG), in Bayern nur die kürzere Dauer (Art. 18a BayRG, Art. 38 BayMG) – in Art. 18a S. 2, 3 BayRG jedoch mit eigener Regelung des Verjährungsbeginns. Im Saarland entspricht die Verjährungsfrist bei Straftaten der presserechtlichen Verjährung (§ 66 Abs. 1 SaarMG), während sie bei Ordnungswidrigkeiten explizit auf sechs Monate (statt presserechtlich drei Monate, § 66 Abs. 2 S. 1 SaarMG) gesetzt ist (§ 66 Abs. 2 S. 2 SaarMG); der Verjährungsbeginn ist – für Straf- und Bußgeldvorschriften gemeinsam – in § 66 Abs. 4 S. 1 SaarMG eigens geregelt.

b) Demgegenüber finden sich in Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen keinerlei landesrechtliche Vorschriften zur Verjährung von Straftaten im Bereich des Rundfunks, so dass es hier bei den allgemeinen Verjährungsregelungen der §§ 78 ff. StGB bleibt. Eine analoge Anwendung der landespresserechtlichen Verjährungsvorschriften oder gar der rundfunkrechtlichen Verjährungsvorschriften anderer Bundesländer kommt dabei mangels ausfüllungsbedürftiger Regelungslücke nicht in Betracht<sup>13</sup>. Im Hinblick auf Ordnungswidrigkeiten sind aber *auch in diesen Ländern* zumindest – d.h. wenn nicht insoweit gar landesspezifische Regelungen existieren<sup>14</sup> – die länderübergreifenden Normierungen der § 49 Abs. 5 RStV, § 24 Abs. 7 JuMStV zu beachten (vgl. unten 4.).

### 2. Die Verjährung bei Rundfunkinhaltsdelikten

Wie soeben gezeigt, gelten rundfunkrechtliche Verjährungsprivilegien in der Mehrzahl der Bundesländer (nämlich in den unter 1. a) genannten), und zwar gerade auch im Hinblick auf Rundfunkinhaltsdelikte<sup>15</sup> – sei es im Hinblick auf die Dauer der Verjährung oder auf deren Beginn oder gar auf beides (näher unten c) und d). Keinerlei insoweit einschlägige Rege-

medienschutz-Staatsvertrag – JMStV) v. 10.9.2002, in Kraft seit 1.4.2003.

<sup>7</sup> Vgl. M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (19).

<sup>8</sup> Zur insofern anderen Situation im Bereich der Ordnungswidrigkeiten vgl. unten 4.

<sup>9</sup> § 25 S. 1 LPG-BW; § 23 Abs. 1 S. 2 BlnPrG; § 17 BbgPrG; § 23 Abs. 4 HmbPrG; § 26 Abs. 1 LPG-NRW; § 16 Abs. 1 SAnhPrG.

<sup>10</sup> Art. 18a S. 1 BayRG sowie Art. 38 S. 1 BayMG, jeweils i.V.m. Art. 14 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 1, 3 BayPrG.

<sup>11</sup> Vgl. Burkhardt (Fn. 3), § 25 LPG Rn. 1, 2 zu den landesrechtlichen Regelungen im Bereich des Rundfunkrechts im Allgemeinen: „Eine klare Linie ist nicht feststellbar“, „buntes Bild“.

<sup>12</sup> Das BayRG ist von vornherein nicht mehr und nicht weniger als das „Gesetz über die Errichtung und die Aufgaben einer Anstalt des öffentlichen Rechts ‚Der Bayerische Rundfunk‘“.

<sup>13</sup> Heghmanns, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, 6. Teil Rn. 65; Schmid (Fn. 4), § 78 Rn. 17 Fn. 39.

<sup>14</sup> Näher hierzu unten 4.

<sup>15</sup> Kühl, in: Sedelmeier/Burkhardt (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 29; Heghmanns (Fn. 13), 6. Teil Rn. 65; Schmid (Fn. 4), § 78 Rn. 17; Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 4), § 78 Rn. 9.

lungen finden sich jedoch (vgl. soeben 1. b) in Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen.

#### a) Der Begriff des Rundfunkinhaltsdelikts

Was dabei ein Rundfunkinhaltsdelikt ist, findet sich freilich – anders als im Presserecht<sup>16</sup> – nicht immer in Gesetzesworten gekleidet. Doch heißt es in § 16 Abs. 2 SAnhPrG: „Ist durch eine Sendung des Hörfunks oder des Fernsehens eine rechtswidrige Tat begangen worden, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht [...]“; und sogar noch deutlicher ist in Art. 18a S. 1 BayRG und Art. 38 S. 1 BayMG die Rede von „Taten, die durch Sendungen strafbaren Inhalts im Rundfunk begangen werden“, sowie in den – gem. § 1 Abs. 1 LMG-RhPf, § 1 Abs. 1 SaarMG (auch) „für die Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk“ geltenden – § 37 Abs. 1 S. 1 LMG-RhPf, § 66 Abs. 1 S. 1 SaarMG von „Straftaten, die [...] durch die Verbreitung von Sendungen [...] strafbaren Inhalts begangen werden“.

Letztlich also geht es um das rundfunkrechtliche Pendant zum Presseinhaltsdelikt<sup>17</sup>, was heißt, dass die Strafbarkeit gerade im Inhalt der Rundfunksendung selbst ihren unmittelbaren Grund haben muss und sich nicht erst aus den besonderen Umständen des Verbreitens ergeben darf<sup>18</sup>. In Betracht kommen damit – neben dem „Klassiker“ der Beleidigung (§§ 185 ff. StGB)<sup>19</sup> bzw. den Verunglimpfungstraftaten (§§ 90, 90a, 90b StGB) – weitgehend dieselben Straftatbestände wie bei den Presseinhaltsdelikten. Von Bedeutung sind somit<sup>20</sup> vor allem auch die typischen Verbreitungs- und Veröffentlichungsdelikte (insb. §§ 184a, 184b Abs. 1, 184c Abs. 1<sup>21</sup>), die sog. Aufforderungsdelikte (wie §§ 111, 130 StGB) sowie die diversen Ankündigungs- und Anpreisungsdelikte (etwa §§ 27 Abs. 1 Nrn. 3, 4 mit 15 Abs. 4, 5 JuSchG, § 16 Abs. 1, 2 UWG, §§ 14 mit 3 HWG). Die Verjährungsprivilegien können u.a. aber auch Platz greifen bei verbotener Marktmanipulation (§§ 38 mit 39, 20a WpHG), bei Friedens-, Hoch- und Landesverrat (§§ 80, 80a, 81 ff., 93 ff. StGB), bei der Werbung für eine terroristische Vereinigung (§ 129a Abs. 3 StGB), bei Wählertäuschung, -nötigung oder -bestechung (§§ 108 ff. StGB), beim unbefugten Führen von Titeln, Berufsbezeichnungen etc. (§ 132a Abs. 1 Nrn. 1-3

<sup>16</sup> Vgl. M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (19 bei und in Fn. 23, 24).

<sup>17</sup> Näher zu diesem und seiner Abgrenzung im Einzelnen ausführlich M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (22 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. – zum Presseinhaltsdelikt – RGSt 66, 145 (146 f.); BGHSt 26, 40 (44); Kühl (Fn. 15) § 20 LPG Rn. 50, § 24 LPG Rn. 29; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 78 Rn. 22. Näher M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (22 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. BGHSt 44, 209 (215); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 27: „insb. [...] ehrkränkende Äußerungen“.

<sup>20</sup> Vgl. – zu den Presseinhaltsdelikten – die Aufzählung bei M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (24) mit Nennung einschlägiger Belegstellen.

<sup>21</sup> Zur Frage, ob auch § 184 StGB als Inhaltsdelikt angesehen werden kann, näher M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (23); dort insb. auch zu § 184 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 StGB.

StGB) sowie bei Vermögensdelikten wie Betrug und Erpressung, ebenso bei Nötigung, ja ggf. sogar bei Körperverletzungs- und Tötungsdelikten (z.B. bei der Verbreitung falscher Katastrophenmeldungen, die eine allgemeine Panik mit entsprechender Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Hörern bzw. Zuschauern bewirkt<sup>22</sup>).

Bei den sog. Schriftenverbreitungs-Tatbeständen (wie insbesondere etwa den §§ 130 Abs. 2, 130a, 131, 184a, 184b Abs. 1, 184c Abs. 1 StGB) kann es dabei freilich angesichts der Körperlosigkeit von Rundfunksendungen nicht um die an das Körperlichkeitskriterium gebundene<sup>23</sup> Tatbestandsvariante des „Verbreitens“ der Schrift gehen, sondern nur um das – auch körperlosen Rundfunk erfassende – „(öffentlich) Zugänglichmachen“ der Schrift bzw. „öffentliche“ Verwirklichen des Delikts; ganz in diesem Sinne sprechen denn nunmehr<sup>24</sup> auch §§ 130 Abs. 2 Nr. 2, 130a Abs. 3, 131 Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 184d Abs. 1 StGB explizit davon, dass einschlägige (volksverhetzende, pornografische etc.) Inhalte – unter Einschluss auch entsprechender Live-Übertragungen – mittels Rundfunk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

#### b) Die „Sendung“ als Bezugspunkt des Rundfunkinhaltsdelikts

Geht es im Bereich der rundfunkrechtlichen Verjährung nicht, wie bei der presserechtlichen, um die „Veröffentlichung oder Verbreitung eines Druckwerks“<sup>25</sup>, sondern (vgl. soeben a) um „Sendungen“ (strafbaren Inhalts) bzw. – insofern gleichbedeutend – um deren „Verbreitung“, muss eben in einer solchen „Sendung“ der Anknüpfungspunkt für den entsprechenden strafbaren Inhalt gesehen werden. Gemäß der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 2 Nr. 2 RStV (und nahezu identisch<sup>26</sup> in § 3 Abs. 2 Nr. 4 LMG-RhPf) ist Sendung „ein inhaltlich zusammenhängender, geschlossener, zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms“<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Kühl (Fn. 15), § 20 LPG Rn. 49; man denke hier auch an Fälle wie den der Ausstrahlung der von Orson Welles inszenierten Hörspielfassung des Romans „War of the Worlds“ von H. G. Wells im Jahre 1938 in den USA, deren realitätsnahe Darstellung zahlreiche Hörer glauben machte, die dort geschilderten Ereignisse fänden tatsächlich statt.

<sup>23</sup> Näher hierzu M. Heinrich, in: Hefendehl (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 597 (598 f.).

<sup>24</sup> Seit den entsprechenden Änderungen durch das 49. StÄG v. 21.1.2015 (BGBl. I 2015, S. 10 ff.).

<sup>25</sup> Näher hierzu M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (24 f., 25 f.).

<sup>26</sup> In § 3 Abs. 2 Nr. 4 LMG-RhPf heißt es: „[...] Teil eines Programms“.

<sup>27</sup> Ganz entsprechend hieß es auch in der bis 2015 geltenden Fassung des SaarMG zur „Sendung“ noch: „[...] ein inhaltlich zusammenhängender, in sich abgeschlossener zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms“ (§ 2 Abs. 4 Nr. 3 Hs. 1 SaarMG a.F.); zudem war in § 2 Abs. 4 Nr. 3 Hs. 2 SaarMG a.F. noch (lediglich klarstellend) hinzugefügt: „Sendung ist auch die einzelne Folge einer Serie, wenn die Serie

Das bedeutet, dass zur strafrechtlichen Bewertung eines Rundfunkprogramms eine *abschnittsweise Betrachtung*, eben eine auf den Inhalt der jeweils einzelnen „Sendung“ im Sinne jener Begriffsbestimmung bezogene Herangehensweise erforderlich ist – nicht anders letztlich, als dies im Rahmen etwa eines Druckwerks „Zeitung“ im Hinblick auf die einzelnen in der jeweiligen Ausgabe enthaltenen Artikel der Fall ist. Dies hat zur Folge, dass im Ablauf eines Rundfunkprogramms, d.h. in der Aufeinanderfolge diverser in diesem Sinne eigenständiger „Sendungen“ typischerweise nur eine einzelne dieser „Sendungen“ ein Rundfunkinhaltsdelikt verwirklicht, so dass denn Personen, die zwar an der Gestaltung anderer Teile des Programms (auch dieses Sendetages), nicht gerade aber an dieser konkreten „Sendung“ mitgewirkt haben, von der strafrechtlichen Verantwortung für dieses Inhaltsdelikt nicht erfasst werden.

#### c) Die Dauer der Verjährung

In fast allen Ländern, in denen rundfunkrechtliche Verjährungsregelungen existieren, ist – wie in aller Regel auch bei der presserechtlichen Verjährung<sup>28</sup> – für Rundfunkinhaltsdelikte eine Verkürzung der Verjährung vorgesehen auf *ein Jahr* bei Verbrechen und auf *sechs Monate* bei Vergehen. Das ergibt sich zumeist aus der Inbezugnahme der entsprechenden presserechtlichen Verjährungsregelung, z.T. aber auch aufgrund expliziter gesetzlicher Festlegung.<sup>29</sup> Lediglich in Bayern verjähren – wie im Presserecht<sup>30</sup> – auch Verbrechen bereits in sechs Monaten<sup>31</sup>, während in Sachsen-Anhalt – wie auch in den oben vor a) genannten Ländern – hinsichtlich der Verjährungsfrist keine Sonderregelung existiert (vgl. § 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 SAnhPrG), so dass es hier bei der Geltung des § 78 Abs. 3 StGB verbleibt.

Zu beachten ist aber, dass die Privilegierung in Baden-Württemberg nur für die „Veranstaltung von Rundfunk durch Landesrundfunkanstalten“ gilt und in Bayern nur für den „Bayerischen Rundfunk“ sowie den privaten (nicht aber den sonstigen öffentlich-rechtlichen) Rundfunk (vgl. bereits oben 1., bei Fn. 12). Überdies sind – wie auch im Presserecht<sup>32</sup> – in *allen* einschlägigen Landesregelungen bestimmte Delikte – wie etwa (ganz oder teilweise) §§ 86, 86a, 130, 131 StGB – aus der Verjährungsprivilegierung ausgenommen<sup>33</sup>. Die „ab-

aus in sich geschlossenen, aber inhaltlich zusammenhängenden Folgen besteht“.

<sup>28</sup> Näher hierzu *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (30 f.).

<sup>29</sup> Vgl. §§ 25 S. 1 mit 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 1 BlnPrG; §§ 17 mit 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BbgPrG; §§ 23 Abs. 4 mit 23 Abs. 1 S. 1 HmbPrG; §§ 26 Abs. 1 mit 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LPG-NRW sowie § 37 Abs. 1 S. 1 LMG-RhPf; § 66 Abs. 1 S. 1 SaarMG.

<sup>30</sup> Art. 14 Abs. 1 S. 1 BayPrG.

<sup>31</sup> Art. 18a S. 1 BayRG und Art. 38 S. 1 BayMG, jeweils i.V.m. Art. 14 Abs. 1 S. 1 BayPrG.

<sup>32</sup> Näher hierzu *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (20).

<sup>33</sup> Vgl. §§ 25 S. 1 mit 24 Abs. 1 S. 2 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 4 BlnPrG (mit expliziter Nennung nunmehr auch des § 184d StGB in § 23 Abs. 1 S. 2 BlnPrG selbst); §§ 17 mit 16 Abs. 1 S. 2 BbgPrG; §§ 23 Abs. 4 mit 23 Abs. 1

solte Verjährung“<sup>34</sup> der vom rundfunkrechtlichen Verjährungsprivileg erfassten Delikte (auch der nachfolgend unter 3. behandelten „sonstigen Rundfunkstraftaten“) tritt gem. § 78c Abs. 3 S. 2 StGB nach drei Jahren ein<sup>35</sup>.

#### d) Der Beginn der Verjährung

Die rundfunkrechtliche Verjährung beginnt „mit der Sendung“ zu laufen (so Art 18a S. 2 BayRG) bzw. „mit der Verbreitung der Sendung“ (so § 66 Abs. 4 S. 1 SaarMG; § 37 Abs. 3 S. 1 LMG-RhPf), letztlich also mit dem Zeitpunkt ihrer Ausstrahlung. Das gilt auch für die Bundesländer, welche pauschal die entsprechende Anwendbarkeit der presserechtlichen Verjährungsregelungen bestimmen (Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Nordrhein-Westfalen sowie Sachsen-Anhalt)<sup>36</sup>, denn das rundfunkrechtliche Pendant zur presserechtlichen „Veröffentlichung oder Verbreitung eines Druckwerks“ ist gerade die Sendung bzw. deren Ausstrahlung.

Zu Recht mag damit zu bezweifeln sein, ob insoweit überhaupt eine inhaltliche Abweichung von § 78a S. 1 StGB – und damit eine Privilegierung – zu verzeichnen ist, da doch mit erfolgter Sendung (bzw. Ausstrahlung) die Tat auch beendet ist<sup>37</sup>. So ist es denn letztlich in dieser Hinsicht auch ohne Bedeutung, dass in den oben in Abschnitt 2. vor a) genannten Ländern (und auch in Bayern für den privaten und den nicht im BayRG geregelten sonstigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, vgl. oben 1., bei Fn. 12) keine entsprechende Sonderregelung existiert.

Wenn Art. 18a S. 3 BayRG für den Bayerischen Rundfunk ausdrücklich bestimmt: „Mit der Wiederholung der Sendung beginnt die Frist von neuem“, ist damit ein wichtiger Umstand zum Ausdruck gebracht. Letztlich aber dient dies, nachdem doch ersichtlich mit jeder neuerlichen Ausstrahlung eine erneute Verbreitung der betreffenden Inhalte in Gang gesetzt wird, nur der Klarstellung<sup>38</sup>. Nichts anderes gilt im Hinblick auf § 37 Abs. 3 S. 2 LMG-RhPf, wo es heißt: „erfolgt eine [...] neue Veröffentlichung oder Verbreitung, so

S. 2 HmbPrG; §§ 26 Abs. 1 mit 25 Abs. 1 S. 2 LPG-NRW; § 37 Abs. 1 S. 2 LMG-RhPf; § 66 Abs. 1 S. 2 SaarMG sowie Art. 18a S. 1 BayRG und Art. 38 S. 1 BayMG, jeweils i.V.m. Art. 14 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3 (nicht aber Nr. 2) BayPrG.

<sup>34</sup> Zu Bedeutung und Zweck dieses Rechtsinstituts *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (31).

<sup>35</sup> Näher (zur ganz entsprechenden Situation bei Presseverstößen) *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (31).

<sup>36</sup> §§ 25 S. 1 mit 24 Abs. 3 S. 1 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 3 S. 1 BlnPrG; §§ 17 mit 16 Abs. 3 S. 1 BbgPrG; §§ 23 Abs. 4 mit 23 Abs. 3 S. 1 HmbPrG; §§ 26 Abs. 1 mit 25 Abs. 3 S. 1 LPG-NRW; §§ 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 S. 1 SAnhPrG.

<sup>37</sup> Entspr. auch *Kremer*, in: Hahn/Vesting (Fn. 5), § 49 RStV Rn. 85: „[...] beginnt die Verjährung [...] mit der Beendigung der Ausstrahlung“; *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, Rundfunk, Mediendienste, Teledienste, Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 49 RStV Rn. 57.

<sup>38</sup> So dass es nicht schadet, wenn § 66 Abs. 4 SaarMG sich insoweit nicht explizit äußert.

beginnt die Verjährung erneut“. Inhaltlich entspricht diese Eigenständigkeit den presserechtlichen Regelungen zur Neuaufgabe eines Druckwerks<sup>39</sup>, und entsprechend sind insoweit auch die pauschalen Verweisungen der im vorletzten Absatz angesprochenen Ländergesetze zu interpretieren<sup>40</sup>.

#### e) Die personale Erstreckung des Verjährungsprivilegs

Ebenso wie im Presserecht<sup>41</sup> kommt das Verjährungsprivileg prinzipiell auch Privatpersonen zugute, die selbst nicht dem Rundfunk angehören<sup>42</sup>. Jedoch: „Angesichts des Ausnahmeharakters der kurzen presserechtlichen Verjährung [...] bedarf es [...] gerade bei Straftaten, die von Personen begangen werden, die nicht berufsmäßig in die Herstellung und Verbreitung der genannten Medien eingebunden sind, einer eng an Sinn und Zweck der presserechtlichen Privilegierung ausgerichteten Auslegung“<sup>43</sup>. Dies ist im Hinblick auf die rundfunkrechtliche Verjährung nicht anders zu sehen<sup>44</sup>. Demgemäß ist bei „Kundgaben von Privatpersonen, die durch – von diesen Personen unabhängige – Medien verbreitet werden“<sup>45</sup>, eine Verjährungsprivilegierung „insbesondere dann nicht veranlasst, wenn Äußerungen strafbaren Inhalts nicht nur den in die Medienproduktion eingebundenen Personen und den Lesern eines Druckwerks bzw. den Zuhörern oder Zuschauern einer Rundfunksendung bekannt werden, sondern sich darüber hinaus an einen weiteren Empfängerkreis richten“.

Das bedeutet, dass die rundfunkrechtliche Privilegierung immer nur dann greift, wenn die in der Sendung vermittelten Inhalte nicht auch außerhalb der durch ihre Ausstrahlung im Rundfunk stattfindenden Verbreitung einen Empfängerkreis erreichen<sup>46</sup>. Denn „derartige Kundgebungen haben einen eigenen Stellenwert, der in keinem Zusammenhang mit der ungestörten Ausübung der Pressefreiheit steht“<sup>47</sup>. Um zum Zwecke der Abgrenzung mit dem BGH zu sprechen: „Erfolgt die beleidigende Äußerung [...] – wie beim Fernsehinterview – zunächst ausschließlich gegenüber mit der Herstellung und Verbreitung eines Druckwerks oder einer Fernsehsendung zwangsläufig befassten Personen und wird sie erst über die Verbreitung durch die [...] Medien einem breiten Personen-

kreis bekannt, so erfolgt sie ‚mittels‘ eines Druckwerks oder des Rundfunks“<sup>48</sup>.

Demgegenüber unterfällt etwa „eine ‚auf dem Marktplatz‘ vor zahlreichem Publikum gehaltene Rede ehrkränkenden Inhalts“ nicht deswegen der rundfunkrechtlichen Verjährung „weil sie vom Fernsehen aufgenommen und übertragen wird“<sup>49</sup> – und zwar selbst dann nicht, „wenn der Täter seine Äußerungen in Kenntnis dessen abgibt, dass diese zum Gegenstand einer Berichterstattung in Rundfunk oder Fernsehen gemacht werden, und er den Umstand der dadurch erzielten Breitenwirkung in Art und Inhalt seiner Darstellung einfließen lässt“<sup>50</sup>. Ebenso wenig kommt die Präsentation einer beleidigenden Karikatur im Rahmen einer öffentlichen Ausstellung in den Genuss kürzerer Verjährung, bloß weil das Bild auch in einer über die Ausstellung berichtenden Fernsehsendung gezeigt wird.

Während demgemäß das ohne solch außermediale Wirksamkeit einem Medienmitarbeiter zum Zwecke zeitgleicher oder späterer Ausstrahlung im Rundfunk gegebene Interview bzw. die darin enthaltene Beleidigung ersichtlich der rundfunkrechtlichen Verjährung unterfällt<sup>51</sup>, ist die Beurteilung einer beleidigenden Äußerung im Rahmen einer vor Studio-Publikum stattfindenden Talkshow schwieriger: Der BGH löst die hier auftretenden „Abgrenzungsschwierigkeiten“, indem er darauf abstellt<sup>52</sup>, ob „die Anwesenheit von Zuschauern der Fernsehübertragung den Charakter einer – wenn auch vom Fernsehen initiierten – allgemeinen Unterhaltungsveranstaltung [...] verleiht“ (dann Verjährung nach den allgemeinen Regeln), oder ob „das Publikum vom Fernsehen gezielt in der Weise eingebunden wird, dass es eine [...] bestimmte Rolle in der Dramaturgie der Fernsehproduktion übernehmen soll“ (dann privilegierte Verjährung); letzteres liege bspw. vor bei einer Talkshow „mit geladenen ‚Studiogästen‘“<sup>53</sup>. Im Ergebnis also ist – mit dem BGH – danach zu differenzieren, ob neben dem medialen Eingebundensein auch ein (hinreichend bedeutsames) außermediales Wirksamwerden etwa der beleidigenden Äußerung zu verzeichnen ist oder nicht.

#### 3. Die Verjährung bei sonstigen Rundfunkstraftaten

Bei der Frage nach der Verjährung von nicht als Inhaltsdelikte anzusprechenden sonstigen Rundfunkstraftaten handelt es sich – betrachtet man das länderübergreifende Gesamtbild – um ein besonders dunkles Kapitel des auch sonst nicht gerade durch besondere Stringenz und Klarheit bestechenden Rund-

<sup>39</sup> Vgl. M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (28).

<sup>40</sup> Im Einzelnen vgl. §§ 25 S. 1 mit 24 Abs. 3 S. 2 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 3 S. 2 BlnPrG; §§ 17 mit 16 Abs. 3 S. 2 BbgPrG; §§ 23 Abs. 4 mit 23 Abs. 3 S. 2 HmbPrG; §§ 26 Abs. 1 mit 25 Abs. 3 S. 2 LPG-NRW; §§ 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 S. 2 SAnhPrG.

<sup>41</sup> Vgl. zur entsprechenden Problematik dort M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (26).

<sup>42</sup> BGHSt 44, 209 (216); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 27.

<sup>43</sup> BGHSt 44, 209 (216).

<sup>44</sup> Eben in diesem Sinne auch BGHSt 44, 209 (216).

<sup>45</sup> Hier und nachfolgend BGHSt 44, 209 (216 f.).

<sup>46</sup> In diesem Sinne letztlich auch BGHSt 44, 209 (217); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 27; ähnlich Schmid (Fn. 4), § 78 Rn. 17, dabei aber auf die subjektive Zielsetzung des Täters abstellend: „wenn der Täter nach Art und Inhalt seiner Äußerungen erkennbar darauf abzielt, [...] weitere Adressaten zu erreichen“.

<sup>47</sup> BGHSt 44, 209 (217).

<sup>48</sup> BGHSt 44, 209 (217); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 27; Schmid (Fn. 4), § 78 Rn. 17.

<sup>49</sup> BGHSt 44, 209 (217); Lampe, JR 1999, 519 (521); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 27.

<sup>50</sup> BGHSt 44, 209 (217); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 27.

<sup>51</sup> So explizit auch BGHSt 44, 209 (217, vgl. das Zitat oben bei Fn. 48); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 27.

<sup>52</sup> BGHSt 44, 209 (217); Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 28.

<sup>53</sup> So zu Recht BGHSt 44, 209 (217 f.); dem folgend Rudolphi/Wolter, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 8. Aufl. 2005, § 78 Rn. 12; Saliger (Fn. 18), § 78 Rn. 28; Schmid (Fn. 4), § 78 Rn. 17.

funktstrafrechts<sup>54</sup>. Über in sich stimmige dezidiert auf den Rundfunk zielende Regelungen dieser Art verfügen nur Bayern, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, das Saarland und Sachsen-Anhalt.

So finden sich nämlich in einigen Ländergesetzen widersinniger Weise – trotz für entsprechend anwendbar erklärter Verjährungsregelung<sup>55</sup> – nur wenige oder gar keine „sonst den Tatbestand einer Strafbestimmung dieses Gesetzes verwirklichende Straftaten“<sup>56</sup>, die auch rundfunkrechtlich relevant sind. Denn entweder werden die mit jenen Worten gemeinten originär presserechtlichen Vorschriften über die „Strafbare Verletzung der Presseordnung“<sup>57</sup> bzw. die „Strafrechtliche Verantwortung“<sup>58</sup> (des verantwortlichen Redakteurs bzw. des Verlegers<sup>59</sup>) in der jeweiligen rundfunkrechtlichen Verweisungsvorschrift *nicht* für entsprechend anwendbar erklärt<sup>60</sup>, so dass die diesbezügliche, *sehr wohl* für entsprechend anwendbar erklärte Verjährungsvorschrift<sup>61</sup> insoweit „leer läuft“; oder es wird zwar *auch* jene Strafbestimmung für entsprechend anwendbar erklärt, aber die dort unter Strafe gestellte *presserechtliche* Zuwiderhandlung ist mangels gerade auch *diese* Vorschrift erfassender Anwendbarkeitserklärung ihrerseits *rundfunkrechtlich* irrelevant<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> Krit. zum „diffusen Bild“ der rundfunkrechtlichen Regelungen Burkhardt (Fn. 3), § 25 LPG Rn. 4.

<sup>55</sup> Vgl. §§ 25 S. 1 mit 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 1 Var. 1 BlnPrG; § 23 Abs. 4 mit Abs. 1 Nr. 1 HmbPrG; §§ 26 Abs. 1 mit 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG-NRW.

<sup>56</sup> So die einschlägige Formulierung etwa in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG-BW; vgl. die entsprechenden Nachweise für die anderen Bundesländer bei M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (19 Fn. 26).

<sup>57</sup> Vgl. die entsprechenden Nachweise bei M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (19 Fn. 29).

<sup>58</sup> Vgl. die entsprechenden Nachweise bei M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (19 Fn. 27).

<sup>59</sup> Vgl. hierzu M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (19).

<sup>60</sup> Vgl. § 25 S. 1 LPG-BW für § 21 LPG-BW; § 23 Abs. 4 HmbPrG für §§ 19, 20 HmbPrG; § 26 Abs. 1 LPG-NRW für §§ 21, 22 LPG-NRW.

<sup>61</sup> Vgl. soeben Fn. 55.

<sup>62</sup> So zielen §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 20 Nr. 1 BlnPrG u.a. auf den „Verantwortlichen“ im Sinne des § 7 Abs. 2 S. 4 BlnPrG (verantwortliche Person für den Anzeigenteil), ist aber § 7 BlnPrG für den Rundfunk gar nicht entsprechend anwendbar (vgl. § 23 Abs. 1 BlnPrG) – und damit solch ein Verantwortungsträger als möglicher Täter des § 20 Nr. 1 BlnPrG gar nicht existent. Eine noch deutlichere Unstimmigkeit zeigt sich darin, dass §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 20 Nr. 3 BlnPrG auf Zuwiderhandlungen (etwa des verantwortlichen Redakteurs) gegen die in § 7 BlnPrG geregelten Vorschriften über das Impressum gerichtet sind, obwohl doch (wie eben bereits erwähnt) § 7 BlnPrG für den Rundfunk gar nicht entsprechend anwendbar ist (vgl. § 23 Abs. 1 BlnPrG). – Immerhin ist der eklatante Fehler im bisherigen BlnPrG, dass in der bis 2016 geltenden Gesetzesfassung im damaligen § 23 Abs. 1 BlnPrG auf „§ 20 Nrn. 1 bis 3 und 5“ verwiesen wurde, obwohl § 20

#### a) Die Verjährung bei rundfunkspezifischen Haftungstatbeständen

Soweit in Bayern, Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Sachsen-Anhalt und dem Saarland auch für den Rundfunk Sonderdelikte in Geltung gesetzt sind<sup>63</sup> zur „Strafrechtlichen Verantwortung“ des jeweils für den Inhalt der Sendung Haftenden (dies ist in Sachsen-Anhalt gem. der expliziten Festlegung in § 16 Abs. 2 SAnhPrG „der Intendant, der Programmdirektor oder derjenige, der für die Sendung sonst verantwortlich ist“, in Bayern im Hinblick auf den „Bayerischen Rundfunk“ gem. Art. 18 Abs. 1, 4 BayRG die „für jede Sendegattung“ eigens zu bestellende „verantwortliche Person“), gilt in Bayern, Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg und dem Saarland die kurze presserechtliche Verjährungsfrist von sechs Monaten<sup>64</sup>, in Bremen und Sachsen-Anhalt hingegen – mangels entsprechender Sonderregelung zur Dauer der Verjährung<sup>65</sup> – diejenige des § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB: mithin drei Jahre. Soweit in einem Bundesland eine entsprechende Strafbarkeit überhaupt nicht vorgesehen ist<sup>66</sup>, stellt sich natürlich auch die Frage der Verjährung von vornherein nicht.

Der Beginn der Verjährung liegt auch hier – nicht anders als bei den Rundfunkinhaltsdelikten (vgl. oben 2. d) – im Zeitpunkt der Sendung bzw. deren Ausstrahlung. Dies findet sich zwar einzig in Art. 18a S. 2 BayRG explizit zum Ausdruck gebracht, gilt aber auch dort, wo auf die presserechtliche Regelung zum Verjährungsbeginn verwiesen wird<sup>67</sup>, da die Sendung bzw. ihre Ausstrahlung gerade das rundfunkrechtliche Pendant zur presserechtlichen „Veröffentlichung oder Verbreitung eines Druckwerks“ ist (vgl. bereits oben

BlnPrG schon damals (wie heute) nur vier Nummern hatte, mittlerweile durch Gesetzesänderung v. 4.4.2016 (GVBl. Berlin 2016, S. 150) behoben worden (indem dort nun auf „§ 20 Nummer 1 bis 4“ Bezug genommen wird).

<sup>63</sup> Vgl. §§ 23 Abs. 1 S. 1 mit 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BlnPrG; §§ 17 mit 14 Abs. 2 BbgPrG; §§ 25 Abs. 2 mit 20 BremPrG; § 63 Abs. 3 mit Abs. 1 Nr. 1 SaarMG; § 16 Abs. 2 SAnhPrG sowie – beschränkt auf den „Bayerischen Rundfunk“ (oben bei Fn. 12) – Art. 18 Abs. 4 BayRG und – begrenzt auf „Landesrundfunkanstalten“ (vgl. § 25 S. 1 LPG-BW) – §§ 25 mit 20 Abs. 2 Nr. 1 LPG-BW.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 18a S. 1 BayRG mit 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayPrG sowie – da es sich um Vergehen handelt – §§ 25 S. 1 mit 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 1 BlnPrG; §§ 17 mit 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BbgPrG; § 66 Abs. 1 S. 1 SaarMG

<sup>65</sup> § 25 BremPrG regelt die Verjährung überhaupt nicht, §§ 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 SAnhPrG nur ihren Beginn.

<sup>66</sup> So in den oben im Text nicht genannten Ländern, teils aber auch in Bayern und Baden-Württemberg (nämlich soweit nicht der „Bayerische Rundfunk“ bzw. eine „Landesrundfunkanstalt“ betroffen ist).

<sup>67</sup> §§ 25 mit 24 Abs. 3 S. 1 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 3 S. 1 BlnPrG; §§ 17 mit 16 Abs. 3 S. 1 BbgPrG; §§ 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 S. 1 SAnhPrG. – Vgl. auch (obwohl auf Rundfunkinhaltsdelikte zugeschnitten) § 66 Abs. 4 S. 1 SaarMG.

2. d); und auch in Ermangelung einer solchen Verweisung (in Bremen und im Saarland<sup>68</sup>) und daraus resultierender Geltung des § 78a S. 1 StGB ergibt sich in der Sache letztlich nichts anderes, da doch mit erfolgter Sendung (bzw. Ausstrahlung) die Tat auch beendet ist (vgl. bereits oben 2. d) bei und in Fn. 37).

Auch mit der Festlegung in Art. 18a S. 3 BayRG: „Mit der Wiederholung der Sendung beginnt die Frist von neuem“ ist nur explizit gesagt, was (vgl. bereits oben 2. d) bei Fn. 38, 40) auch in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Sachsen-Anhalt und dem Saarland aufgrund entsprechender Anwendung der presserechtlichen Regelungen zur „Neuaufgabe“ eines Druckwerks<sup>69</sup> bzw. in Bremen und im Saarland schon aufgrund dessen gilt, dass mit jeder neuerlichen Ausstrahlung eine erneute Verbreitung der betreffenden Inhalte in Gang gesetzt wird.

#### b) Die Verjährung bei Rundfunkordnungsdelikten

Allein in Berlin, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und dem Saarland finden sich überhaupt unter Strafe gestellte Rundfunkordnungsvergehen – in Berlin, Sachsen-Anhalt und dem Saarland kraft Verweisung auf entsprechende Presseordnungsdelikte, in Rheinland-Pfalz aufgrund originärer Strafbarkeit<sup>70</sup>. In den übrigen Bundesländern stellt sich somit die Verjährungsproblematik nicht<sup>71</sup>.

Dabei gilt in Berlin, in Rheinland-Pfalz und im Saarland für die betreffenden Tatbestände (da es sich bei ihnen allesamt um Vergehen handelt, § 12 Abs. 2 StGB) eine kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten<sup>72</sup>, in Sachsen-Anhalt hingegen (nachdem eine Sonderregelung hier nur für den Verjährungsbeginn existiert<sup>73</sup>) gem. § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB von drei Jahren.

Den *Verjährungsbeginn* im Zeitpunkt der „Verbreitung“ der Sendung zu erblicken – wie in § 37 Abs. 3 S. 1 LMG-RhPf (erkennbar mit Blick auf die sonstigen Rundfunkstraftaten, insb. die Rundfunkinhaltsdelikte) *explizit festgelegt*, aber kraft Verweisung auf die einschlägigen presserechtlichen

<sup>68</sup> § 66 Abs. 4 S. 1 SaarMG erfasst nur Rundfunkinhaltsdelikte und § 66 Abs. 3 S. 1 SaarMG nicht auch § 63 Abs. 3 SaarMG.

<sup>69</sup> §§ 25 mit 24 Abs. 3 S. 2 LPG-BW; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 3 S. 2 BlnPrG; §§ 17 mit 16 Abs. 3 S. 2 BbgPrG; §§ 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 S. 2 SAnhPrG. – § 66 Abs. 3 S. 1, 2 SaarMG beziehen sich nur auf § 63 Abs. 1, 2 SaarMG, nicht auch auf § 63 Abs. 3 SaarMG.

<sup>70</sup> Vgl. §§ 23 Abs. 1 S. 1 mit 20 Nrn. 1-4 BlnPrG; §§ 16 Abs. 1 mit 13 Nrn. 1, 2 SAnhPrG; § 63 Abs. 3 mit Abs. 2 SaarMG einerseits sowie § 35 Abs. 1 LMG-RhPf andererseits.

<sup>71</sup> Dies gilt auch für Bayern: Der in Art. 37 Abs. 1 S. 3 BayMG (wie übrigens auch in § 1 Abs. 2 S. 1 LMG-RhPf) für anwendbar erklärte § 23 JMStV ist kein Rundfunkordnungsdelikt.

<sup>72</sup> Vgl. §§ 22 Abs. 1 mit 20 BlnPrG; §§ 37 Abs. 1 S. 1 mit 35 Abs. 1 LMG-RhPf; §§ 66 Abs. 1 S. 1 mit 63 Abs. 3, Abs. 2 SaarMG.

<sup>73</sup> Vgl. §§ 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 SAnhPrG.

Regelungen und damit auf die „Veröffentlichung oder Verbreitung des Druckwerks“ auch aus den übrigen Ländergesetzen *herauslesbar*<sup>74</sup> – stößt allerdings bei solchen Deliktstatbeständen auf Schwierigkeiten, bei denen die Strafbarkeit nicht auch selbst an die Sendung bzw. deren Verbreitung geknüpft ist – wie bei der Benennung einer dafür nicht geeigneten Person als „verantwortliche Person“<sup>75</sup> oder dem Zeichnen einer ungeeigneten Person als „verantwortliche Person“<sup>76</sup>.

In diesen Fällen – und das ist bei den Rundfunkordnungsdelikten nicht die Ausnahme, sondern die Regel<sup>77</sup> – greift (notgedrungen) § 78a S. 1 StGB ein und beginnt damit die Verjährung gemäß den für Dauerdelikte anwendbaren allgemeinen Verjährungsgrundsätzen erst mit Beendigung der gesetzwidrigen Tätigkeit.<sup>78</sup>

*Gerade hier wird wieder deutlich, wie gut die (Landes-) Gesetzgeber daran täten, im Bereich des Rundfunkstrafrechts endlich zu einer der Sache angemessenen, in sich stimmigen Neuregelung zu gelangen*<sup>79</sup>. Der gelegentlich gezeigte gute Wille (etwa des rheinland-pfälzischen Gesetzgebers bei Schaffung des § 37 LMG-RhPf) genügt insoweit nicht.

#### 4. Die Verjährung bei Rundfunkordnungswidrigkeiten

In zahlreichen Bundesländern existieren mittlerweile rundfunkrechtliche Normen (gerade) auch zur Verjährung von Ordnungswidrigkeiten<sup>80</sup>.

Soweit in den Bundesländern im Rahmen ihres jeweiligen Landesmediengesetzes eigene rundfunkrechtliche Bußgeldtatbestände geschaffen wurden<sup>81</sup>, finden sich stets auch Rege-

<sup>74</sup> Vgl. §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 3 S. 1 BlnPrG; §§ 16 Abs. 1 mit 15 Abs. 3 S. 1 SAnhPrG; nicht aber gilt dies für das Saarland, da § 66 Abs. 4 S. 1 SaarMG nur Rundfunkinhaltsdelikte und § 66 Abs. 3 S. 1 SaarMG nicht auch § 63 Abs. 3 SaarMG erfasst.

<sup>75</sup> So in § 35 Abs. 1 Nr. 1 LMG-RhPf; siehe auch § 20 Nr. 1 BlnPrG (Bestellung zum verantwortlichen Redakteur bzw. zum Verantwortlichen im Sinne der §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 3 BlnPrG); § 63 Abs. 2 Nr. 1 SaarMG (Bestellung zur verantwortlichen Redakteurin oder zum verantwortlichen Redakteur); § 13 Nr. 1 SAnhPrG (Bestellung zum verantwortlichen Redakteur).

<sup>76</sup> So in § 35 Abs. 1 Nr. 2 LMG-RhPf; siehe auch § 20 Nr. 2 BlnPrG; § 63 Abs. 2 Nr. 2 SaarMG; § 13 Nr. 2 SAnhPrG.

<sup>77</sup> So erfasst etwa § 16 Abs. 1 SAnhPrG gar keine anderen Fälle, als die der § 13 Nrn. 1, 2 SAnhPrG.

<sup>78</sup> Vgl. zur entsprechenden Situation bei *Presseordnungsdelikten* M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (29 bei Fn. 218).

<sup>79</sup> In diesem Sinne auch Burkhardt (Fn. 3), § 25 LPG Rn. 4.

<sup>80</sup> Art. 38 S. 2 BayMG; §§ 23 Abs. 1 S. 2 mit 22 Abs. 2 BlnPrG; §§ 17 mit 16 Abs. 2 BbgPrG; §§ 26 Abs. 1 mit 25 Abs. 2 LPG-NRW; § 37 Abs. 2 LMG-RhPf; § 66 Abs. 2 S. 2 SaarMG. – Keine entsprechende Regelung enthalten die Verweisungsnormen § 25 LPG-BW; § 25 BremPrG; § 23 Abs. 4 HmbPrG; § 16 Abs. 1 SAnhPrG sowie die übrigen einschlägigen Ländergesetze.

<sup>81</sup> So in Art. 37 Abs. 1, 2 BayMG; § 51 Abs. 1, 2 LMG-BW; § 60 Abs. 1 BlnBraRZStV (Rundfunk-Zusammenarbeitsstaatsvertrag für Berlin und Brandenburg); § 59 Abs. 1

lungen zur Verjährung der betreffenden Ordnungswidrigkeiten – sei es im Hinblick auf die Dauer der Verjährung<sup>82</sup> oder gar (auch) zu deren Beginn<sup>83</sup>. Hinsichtlich der Dauer erfolgt dabei ausnahmslos eine Festlegung auf sechs Monate, hinsichtlich des Beginns heißt es nicht selten<sup>84</sup>: „Der Lauf der Frist beginnt mit der Sendung. Mit der Wiederholung der Sendung beginnt die Frist von neuem“; zu den mitunter sehr detaillierten Regelungen zum Verjährungsbeginn in den anderen hier einschlägigen Länderregelungen vgl. die in Fn. 83 genannten Gesetzesstellen.

Soweit sich darüber hinaus in Berlin, Brandenburg und Nordrhein-Westfalen innerhalb ihrer Landespressegesetze (noch) rundfunkrechtliche Normierungen mit Bezugnahme auf die jeweiligen presserechtlichen Verjährungsvorschriften erhalten haben, sind sie letztlich ohne oder doch nur von geringer Bedeutung: Die Regelungen in §§ 17 mit 16 Abs. 2 BbgPG sowie in §§ 26 Abs. 1 mit 25 Abs. 2 LPG-NRW sind von vornherein gegenstandslos, da beide Gesetze überhaupt keine rundfunkrechtlich relevanten Bußgeldtatbestände aufweisen<sup>85</sup>; demgegenüber eröffnen §§ 23 Abs. 1 S. 2, 22 Abs. 2 BlnPrG mit ihrer Inbezugnahme des § 21 BlnPrG immerhin einen kleinen Anwendungsbereich<sup>86</sup>, innerhalb dessen sie eine Verjährungsfrist von drei Monaten vorsehen.

---

BremLMG; § 51 Abs. 1 MStV-HSH (Staatsvertrag über das Medienrecht in Hamburg und Schleswig-Holstein); § 67 Abs. 1 RG-MV; § 57 Abs. 1, 2 NdsMG; § 125 Abs. 1, 2 LMG-NRW; § 36 Abs. 1, 2 LMG-RhPf; § 65 Abs. 1, 2 SaarMG; § 63 Abs. 1 SAnhMG; § 54 Abs. 1 ThürLMG.

<sup>82</sup> So in Art. 38 S. 2 BayMG; § 51 Abs. 6 LMG-BW; § 60 Abs. 5 S. 1 BlnBraRZStV (siehe Fn. 81); § 59 Abs. 4 BremLMG (mit Verweisung auf § 49 Abs. 5 RStV); § 51 Abs. 4 S. 1 MStV-HSH (siehe Fn. 81); § 67 Abs. 5 S. 1 RG-MV; § 57 Abs. 5 NdsMG; § 125 Abs. 6 S. 1 LMG-NRW; § 37 Abs. 2 LMG-RhPf; § 66 Abs. 2 S. 2 SaarMG; § 63 Abs. 5 SAnhMG; § 54 Abs. 5 S. 1 ThürLMG.

<sup>83</sup> So in § 60 Abs. 5 S. 2 BlnBraRZStV (siehe Fn. 81); § 51 Abs. 4 S. 2, 3 MStV-HSH (siehe Fn. 81); § 67 Abs. 5 S. 2, 3 RG-MV; § 125 Abs. 6 S. 2, 3 LMG-NRW; § 37 Abs. 3 LMG-RhPf; § 66 Abs. 3 SaarMG; § 54 Abs. 5 S. 2, 3 ThürLMG.

<sup>84</sup> So in § 51 Abs. 4 S. 2, 3 MStV-HSH (siehe Fn. 81); § 125 Abs. 6 S. 2, 3 LMG-NRW; § 54 Abs. 5 S. 2, 3 ThürLMG; vgl. auch § 60 Abs. 5 S. 2 BlnBraRZStV (siehe Fn. 81): „Bezieht sich die Ordnungswidrigkeit auf eine Sendung, beginnt der Lauf der Frist bei einer Wiederholung der Sendung von Neuem“.

<sup>85</sup> § 17 BbgPrG und § 26 Abs. 1 LPG-NRW nehmen die § 15 BbgPrG bzw. § 23 LPG-NRW gerade nicht in Bezug.

<sup>86</sup> Freilich nur im Hinblick auf die von § 21 Abs. 2 BlnPrG erfasste fahrlässige Begehung der in §§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 20 BlnPrG bezeichneten Handlungen, da einerseits die in § 21 Abs. 1 BlnPrG genannten Ordnungswidrigkeiten allesamt nur Verstöße gegen Vorschriften erfassen, die von § 23 Abs. 1 BlnPrG nicht als für den Rundfunk entsprechend anwendbar erklärt werden (im Bereich des Rundfunks also von vornherein ohne Bedeutung sind), und andererseits § 19 Abs. 2 S. 1

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung – da *länderübergreifend*<sup>87</sup> – sind insofern die expliziten Verjährungsregelungen in § 49 Abs. 5 RStV<sup>88</sup> sowie – freilich nur für den Bereich des privaten Rundfunks<sup>89</sup> – in § 24 Abs. 7 JuMStV, welche beide gleichermaßen für die zahlreichen in § 49 Abs. 1 RStV bzw. § 24 Abs. 1 JuMStV aufgelisteten Ordnungswidrigkeiten eine Verjährungsfrist von sechs Monaten festschreiben.

Die *absolute Verjährung*<sup>90</sup> bei all den in diesem Abschnitt genannten rundfunkrechtlich verjährenden Ordnungswidrigkeiten tritt nach zwei Jahren ein (§ 33 Abs. 3 S. 2 OWiG)<sup>91</sup>.

## II. Die Verjährung im Bereich der Telemedien

Hierzu finden sich sowohl in der Rechtsprechung, wie auch im Schrifttum bislang nur wenige verwertbare Stellungnahmen; und auch die – schon beim Rundfunk zurückhaltende (vgl. oben I., vor 1.) – Gesetzgebung schweigt sich insoweit ganz überwiegend aus<sup>92</sup>. Insbesondere das vom Bundesgesetzgeber erlassene Telemediengesetz v. 26.2.2007 (TMG, BGBl. I 2007, S. 179) enthält keine Vorschriften zur Verjährung. Doch immerhin gibt es spezifische Verjährungsregeln für Telemedien mittlerweile in den Mediengesetzen der Länder Rheinland-Pfalz und Saarland, welche beide – ganz im Gegensatz zu den Presse- und Mediengesetzen der anderen Bundesländer – die „*Verbreitung von Telemedien*“ in ihren Anwendungsbereich mit einbeziehen<sup>93</sup>, und erst vor Kurzem<sup>94</sup> hat Sachsen den Anwendungsbereich seiner presserechtlichen Straf- und Verjährungsvorschriften auf „*digitale Publikationen*“ erweitert<sup>95</sup> – wobei freilich zu beklagen ist, dass das SächsPrG gerade für Presseinhaltsdelikte (und damit auch für Inhaltsdelikte im Bereich der Telemedien) keine spezielle Verjährungsregelung bereitstellt (näher unten 2.).

### 1. Die Situation in Rheinland-Pfalz und im Saarland

Nach den Mediengesetzen dieser beiden Länder verjährt (auch) hinsichtlich der Verbreitung von Telemedien „die Verfolgung von Straftaten nach diesem Gesetz oder von Straftaten, die [...] durch die Verbreitung von [...] Angebo-

---

Nr. 2 BlnPrG von § 21 Abs. 2 BlnPrG nicht in Bezug genommen wird.

<sup>87</sup> Die Anwendbarkeitserklärungen etwa in § 1 Abs. 2 LMG-RhPf oder § 1 Abs. 2 S.1 SaarMG sind nur klarstellender Natur.

<sup>88</sup> Ausf. hierzu *Kremer* (Fn. 37), § 49 RStV Rn. 85 f.

<sup>89</sup> Vgl. die Überschrift vor §§ 23, 24 JuMStV: „mit Ausnahme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“.

<sup>90</sup> Zu Begriff, Bedeutung und „Berechnung“ der absoluten Verjährung vgl. bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (31).

<sup>91</sup> Speziell zu § 49 Abs. 5 RStV vgl. *Kremer* (Fn. 37.), § 49 RStV Rn. 86.

<sup>92</sup> So auch der Befund bei *Heghmanns* (Fn. 13), 6. Teil Rn. 62.

<sup>93</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 LMG-RhPf sowie insoweit textidentisch § 1 Abs. 1 SaarMG.

<sup>94</sup> Durch Gesetz v. 17.12.2013 (SächsGVBl. 2013, S. 896 f.).

<sup>95</sup> Vgl. §§ 12, 14 mit 11 Abs. 3, 5 SächsPrG.

ten strafbaren Inhalts begangen werden<sup>96</sup> – wie im Presse-recht<sup>97</sup> – bei *Verbrechen* in einem Jahr und bei *Vergehen* in sechs Monaten (§ 37 Abs. 1 S. 1 LMG-RhPf, § 66 Abs. 1 S. 1 SaarMG).

Für die Verjährung der im jeweiligen Gesetz genannten auf Telemedien bezogenen *Ordnungswidrigkeiten* gilt eine Verjährungsfrist von sechs Monaten<sup>98</sup>; nicht anders als bei der presserechtlichen Verjährung<sup>99</sup> muss dies auch für die nicht explizit genannten Inhalts-Ordnungswidrigkeiten gelten.

Die Verjährung beginnt in Rheinland-Pfalz „mit der Veröffentlichung oder Verbreitung“ bzw. im Saarland „an dem Tag, an dem der Mediendienst erstmals angeboten worden ist“<sup>100</sup>.

Bezüglich der verjährungsrechtlichen Erfassung der sog. Internetinhaltsdelikte<sup>101</sup> – also, um mit den Worten des Gesetzes zu sprechen, der „Straftaten, die [...] durch die Verbreitung von [Telemedien-]Angeboten strafbaren Inhalts begangen werden“ – gilt dabei im Wesentlichen nichts anderes, als bei den Presseinhaltsdelikten<sup>102</sup> und den Rundfunkinhaltsdelikten (oben I. 2.). Wie bei Letzteren (vgl. oben I. 2. a) kann es dabei auch bei Internetinhaltsdelikten im Rahmen der sog. Schriftenverbreitungs-Tatbestände angesichts der Körperlosigkeit von Internetübertragungen richtigerweise nicht um die an das Körperlichkeitskriterium gebundene Tatbestandsvariante des „Verbreitens“ der Schrift gehen (anders freilich die insoweit verfehlte Rechtsprechung des BGH, vgl. BGHSt 47, 55 [58 ff.]<sup>103</sup>), sondern nur um das – auch körperloses Internetgeschehen umgreifende – „(öffentlich) Zugänglichmachen“ der Schrift bzw. „öffentliche“ Verwirklichen des Delikts; ganz in diesem Sinne sprechen denn nunmehr<sup>104</sup> auch §§ 130 Abs. 2 Nr. 2, 130a Abs. 3, 131 Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 184d Abs. 1 StGB explizit davon, dass einschlägige *Inhalte* (einschließlich übrigens auch entsprechender Live-Darbietungen) – mittels Telemedien *der Öffentlichkeit zugänglich gemacht* werden.

<sup>96</sup> So § 37 Abs. 1 S. 1 LMG-RhPf und insoweit wiederum textidentisch § 66 Abs. 1 S. 1 SaarMG.

<sup>97</sup> Vgl. M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (30).

<sup>98</sup> Vgl. §§ 37 Abs. 2 mit 36 LMG-RhPf sowie §§ 66 Abs. 2 S. 2 mit 65 SaarMG.

<sup>99</sup> Vgl. M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (19 f.).

<sup>100</sup> § 37 Abs. 3 S. 1 LMG-RhPf bzw. § 66 Abs. 4 S. 2 SaarMG.

<sup>101</sup> Vgl. zu dieser Bezeichnung nur etwa Kühl (Fn. 15), § 24 LPG Rn. 20, 21, 29, 31.

<sup>102</sup> Vgl. hierzu M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (20 ff.).

<sup>103</sup> Ausführlich zur Ablehnung dieser Rechtsprechung M. Heinrich (Fn. 23), S. 597; siehe auch Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, 6. Kapitel Rn. 36 ff., 101; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 301 ff.

<sup>104</sup> Seit den entsprechenden Änderungen durch das 49. StÄG v. 21.1.2015.

## 2. Die Neuregelung in Sachsen

Seit der Neufassung des SächsPrG v. 17.12.2013 knüpfen die dort geregelten presserechtlichen Straf- und Verjährungsvorschriften nicht mehr an das Vorliegen eines „Druckwerks“ an, sondern (in § 12 SächsPrG) an das Begehen der zugrundeliegenden Straftat „mittels einer Publikation“ bzw. (in § 14 Abs. 3 SächsPrG) an die „Veröffentlichung oder Verbreitung der Publikation“. Nachdem gem. § 11 Abs. 3 SächsPrG damit auch „digitale Publikationen“ erfasst sind und darunter wiederum (neben Darstellungen auf digitalen Datenträgern) gem. § 11 Abs. 5 SächsPrG auch „Darstellungen in Schrift, Bild oder Ton, die [...] in unkörperlicher Form in öffentlichen Netzen verbreitet werden“, ist insoweit in ebenso erfreulicher wie sachgerechter Weise eine Ausweitung der presserechtlichen Verjährungsregelung des § 14 SächsPrG in den Bereich der Telemedien hinein zu verzeichnen.

Ein Wermutstropfen ist dabei freilich, dass die Verjährungsregelung des § 14 SächsPrG von vornherein nur auf das in § 12 Abs. 2 SächsPrG geregelte *presserechtliche Sonderdelikt* gerichtet ist, nicht aber auf die in § 12 Abs. 1 SächsPrG erfassten „Straftaten, die mittels einer Publikation begangen werden“, im Hinblick auf diese *Inhaltsdelikte* die Erstreckung auf den Bereich der Telemedien also letztlich leer läuft.

## 3. Die Situation in den anderen Bundesländern

Hinsichtlich der Vielzahl der Bundesländer ohne eigene Regeln für die Verjährung von Telemedien (das sind alle außer Rheinland-Pfalz, dem Saarland und Sachsen, siehe soeben 1. und 2.), sei daran erinnert<sup>105</sup>, dass bei der Einstellung von Texten in eine Webseite (wie des ins Internet gestellten Verkaufsangebots für ein indiziertes Computerspiel oder einer im Sinne des § 130 Abs. 1, 3 StGB volksverhetzenden Äußerung<sup>106</sup>) die presserechtlichen Privilegien nicht greifen, da es sich bei dem die betreffenden Inhalte perpetuierenden *Datenspeicher* (gar dem Arbeitsspeicher eines PCs) in Ermangelung einer dem § 11 Abs. 3 StGB entsprechenden presserechtlichen Regelung ersichtlich nicht um ein „Druckwerk“ handelt<sup>107</sup>. Eine dem § 11 Abs. 3 StGB entsprechende Regelung zur Gleichstellung von Datenspeichern ist in den einschlägigen presserechtlichen Landesgesetzen nicht enthalten<sup>108</sup> und diese Vorschrift selbst weder (mangels entspre-

<sup>105</sup> Näher hierzu bereits M. Heinrich, ZJS 2016, 17 (21).

<sup>106</sup> Man denke letzterenfalls an den weithin bekannten „Fall Toebe“, BGHSt 46, 212 (215 f.), wobei sich freilich der BGH dort zur Verjährung nur in apodiktischer Kürze äußert.

<sup>107</sup> So BayObLG NStZ 2004, 702 (703); Schlachetzki, AfP 2006, 327 (328); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 78 Rn. 9; Rudolphi/Wolter (Fn. 53), § 78 Rn. 12; siehe auch Kühl (Fn. 15), Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 4, § 24 LPG Rn. 31.

<sup>108</sup> In § 6 Abs. 1 SAnhPrG sind freilich „Datenträger mit Informationen“ – wozu auch mit entsprechenden Daten besetzte Festplatten zählen – den Druckwerken gleichgestellt; dennoch scheidet auch hier eine verkürzte Verjährung aus, da es beim Einstellen von Daten in eine Webseite, wie auch beim Abruf dieser Daten jedenfalls an der für ein „Verbrei-

chender Verweisung) *unmittelbar* noch (mangels ausfüllungsbedürftiger Regelungslücke) *analog* heranziehbar.

Nachdem aber die Erwägungen, die für eine Verjährungsprivilegierung im Presserecht sprechen, im Wesentlichen auch auf Internetinhaltsdelikte zutreffen<sup>109</sup> – wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, dass bei ins Internet gestellten Inhalten die Verjährung regulär erst spät, nämlich mit der gezielten Entfernung der Inhalte, zu beginnen vermag<sup>110</sup> – sollten die bislang untätig gebliebenen (Landes-)Gesetzgeber sich, möglichst zeitnah, dazu entschließen, eine den heutigen Gegebenheiten gerecht werdende Verjährungsprivilegierung auch für Internetinhaltsdelikte in Kraft zu setzen. Dass dies in Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Sachsen bereits geschehen ist (siehe oben 1. und 2.), ist explizit zu begrüßen und mag den übrigen Ländern zum Vorbild dienen!

Dies gilt umso mehr und erscheint eine entsprechende Regelung umso dringlicher, als bei Geltung der allgemeinen Verjährungsregeln für das – mittlerweile bei nahezu allen bedeutenderen Periodika übliche – Online-Stellen von Presseartikeln<sup>111</sup> die für die gedruckte Ausgabe geltenden presserechtlichen Verjährungsprivilegien letztlich überspielt werden und damit eine in keiner Weise wünschenswerte und gewiss nicht stillschweigend hinnehmbare *faktische Aufhebung* der verjährungsrechtlichen Privilegierung der Presse zu verzeichnen ist.<sup>112</sup>

Keine akzeptable Lösung, um das Problem auch ohne Tätigwerden des weithin nicht handlungsfreudigen Gesetzgebers in den Griff zu bekommen, ist es jedoch<sup>113</sup>, „die Vorschriften der jeweiligen Landespressegesetze wenigstens analog auf Internetinhalte anzuwenden“<sup>114</sup>: War schon der – nicht vom Gesetzgeber selbst angeordneten – analogen Heranziehung presserechtlicher Verjährungsregeln *auf Rundfunkdelikte* zu widersprechen (oben I. 1. letzter Absatz), gilt – nachdem „die meisten Länder ihre Presse-, Rundfunk- und Mediengesetze erst in jüngerer Zeit den neuen technischen Entwicklungen angepasst, dabei aber gerade nicht die Verjährungsfrage geregelt“ haben<sup>115</sup> – in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke nichts anderes auch im Hinblick

auf Straftaten, die *im Bereich der Telemedien* verwirklicht werden<sup>116</sup>.

Vor allem sollte einer Aufweichung des presserechtlichen Begriffs „Druckwerk“ durch bewussten Verzicht auf das Wesensmerkmal der stofflichen Verkörperung<sup>117</sup> ganz entschieden entgegengetreten werden; dass der Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB beklagenswerter Weise eben dieses Schicksal erlitten hat (aufgrund entsprechender Rechtsprechung seit BGHSt 47, 55, vgl. bereits oben 1. bei Fn. 103), ist kein taugliches Argument für eine entsprechende Fehlentwicklung auch bei der presserechtlichen Kategorie des „Druckwerks“<sup>118</sup>. Die einzig „saubere“ Lösung wäre insoweit, dem Beispiel Sachsens folgend (vgl. oben 2.), konsequent nicht mehr an das Vorliegen eines „Druckwerks“ anzuknüpfen, sondern an das einer „Publikation“.

### III. Exkurs: Die Verjährungsregelung des § 48 KUG (Kunsturhebergesetz)

Eine im Schrifttum kaum je Beachtung findende<sup>119</sup> medienrechtlich relevante (und insbesondere auch im Bereich von Rundfunk und Telemedien einer Anwendung zugängliche) Sonderregelung im Hinblick auf *Beginn* und *Dauer* der Verjährung findet sich an etwas entlegener Stelle in § 48 KUG für den Fall der auf einer Verwirklichung des Straftatbestandes des § 33 Abs. 1 KUG gründenden „Strafverfolgung wegen widerrechtlicher Verbreitung oder Schaustellung eines Bildnisses“ (vgl. § 48 Abs. 1 Hs. 2 KUG).

*Hinweis:* Der im Gesetzestext zur besseren Verstehbarkeit noch immer enthaltene und (i.d.R. in Kursivsetzung) mit abgedruckte § 48 Abs. 1 Hs. 1 KUG ist demgegenüber durch § 141 Nr. 5 UrhG aufgehoben worden, da er „nicht den Schutz von Bildnissen betrifft“, sondern sich auf die „Verbreitung oder Vorführung eines Werkes“ bezieht, eine Materie, die mittlerweile nicht mehr im KUG, sondern im UrhG geregelt ist.

Es geht dabei um den in § 33 Abs. 1 KUG unter Strafe gestellten Fall, dass jemand „entgegen den §§ 22, 23 ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt“. Nachdem die Verjährungsregeln des StGB gem. Art. 1 Abs. 1 EGStGB für Tatbestände des Nebenstrafrechts nur gelten, „soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt“<sup>120</sup>, *verdrängen* § 48 Abs. 1 Hs. 2, Abs. 2 KUG die §§ 78 Abs. 3, 78a StGB.

ten“ nötigen körperlichen Weitergabe fehlt (zu dieser *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 [24 f.]); in diesem Sinne auch die Formulierung bei *Saliger* (Fn. 18), § 78 Rn. 23.

<sup>109</sup> Näher und überzeugend *Körber*, Rechtsradikale Propaganda im Internet – der Fall Toebe, 2003, S. 126 f.; ihm folgend *Kühl* (Fn. 15), § 24 LPG Rn. 20, 21.

<sup>110</sup> *Körber* (Fn. 109), S. 127; *Kühl* (Fn. 15), § 24 LPG Rn. 21.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (21, bei Fn. 60).

<sup>112</sup> So ganz richtig *Schlachetzki*, AfP 2006, 327 (328); die Privilegierung laufe „faktisch ins Leere“ (a.a.O., 328). Vgl. schon *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (21 f., bei Fn. 61).

<sup>113</sup> Mag es auch „auf den ersten Blick plausibel“ erscheinen, so *Hegmanns* (Fn. 13), 6. Teil Rn. 65.

<sup>114</sup> Wenn *Körber* (Fn. 109), S. 126 darüber nachzudenken empfiehlt, ist dies gewiss Zustimmungswürdig, wenn er dann aber im Ergebnis zu eben diesem Vorgehen rät, ist ihm darin zu widersprechen.

<sup>115</sup> *Hegmanns* (Fn. 13), 6. Teil Rn. 65.

<sup>116</sup> So ganz richtig *Hegmanns* (Fn. 13), 6. Teil Rn. 65; anders jedoch *Körber* (Fn. 109), S. 126 ff.

<sup>117</sup> Dafür plädiert *Körber* (Fn. 109), S. 128.

<sup>118</sup> So aber *Körber* (Fn. 109), S. 128.

<sup>119</sup> Befremdlicher Weise nicht einmal in Kommentierungen zum KunstUrhG, vgl. *Dreier/Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2008, §§ 33 ff. KUG; immerhin eine Erwähnung findet sich bei *Mitsch*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 78 Rn. 17; *Rudolphi/Wolter* (Fn. 53), § 78 Rn. 7.

<sup>120</sup> Vgl. *Saliger* (Fn. 18), Vor §§ 78 ff. Rn. 15.

In der Sache selbst ordnet § 48 Abs. 1 Hs. 2 KUG eine *Verjährungsfrist* von drei Jahren an – und begründet damit *im Ergebnis* keine Abweichung von der sonst (d.h. bei Fehlen einer Sonderregelung) an sich einschlägigen Verjährungsregel des § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB<sup>121</sup>, die für Taten, bei denen (wie eben in § 33 Abs. 1 KUG) nur „Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder [...] Geldstrafe“ angedroht sind, ebenfalls eine dreijährige Verjährungsfrist vorsieht.

Hinsichtlich des *Verjährungsbeginns* legt § 48 Abs. 2 KUG – hier nun in Abweichung von § 78a StGB – fest, die Verjährung beginne „mit dem Tage, an welchem die widerrechtliche Handlung zuletzt stattgefunden hat“, also mit dem Zeitpunkt der letzten Verbreitungs- oder Zur-Schau-Stellungs-Handlung im Sinne des § 33 Abs. 1 KUG.

---

<sup>121</sup> So explizit auch *Mitsch* (Fn. 119), 78 Rn.17.

# DIY-Urbanism

## Recht auf Stadt oder widerrechtliche Aneignung?

Von Wiss. Mitarbeiter **Simon Pschorr**, Konstanz\*

### I. DIY-Urbanism – illegale Modeerscheinung?

Dort, wo jung keine Beleidigung oder Herabwertung ist und die Bezeichnung Hipster als Kompliment aufgefasst wird, blühen immer wieder neue Trends der Lebensgestaltung. In Zeiten der Kommunikationsgesellschaft der sozialen Medien reicht es nicht mehr, sein Leben einfach nur zu leben. Immer häufiger werden die eigenen Lebensvorstellungen nach außen getragen und zum Gegenstand öffentlicher Darstellung oder sie werden mit anderen Menschen geteilt. In den so entstehenden Communitys können aus Spleens ganze Bewegungen entstehen. Eine dieser neuen Bewegungen firmiert unter der Bezeichnung „Do-it-yourself-Urbanism“ (im Folgenden DIY-Urbanism). Verschiedene Unterströmungen haben sich in den letzten Jahren herausgebildet. Der Name ist Programm: Die Mitstreiter, die sich unter der Flagge einer sozialeren und ökologischeren Stadt zusammengefunden haben, wollen Missstände urbanen Zusammenlebens aufzeigen und lösen. Dabei werden staatliche Strukturen als träge und ineffizient angesehen, sodass die Bürgerinnen und Bürger selbst dazu aufgerufen sind, die fraglichen Probleme in die Hand zu nehmen. Dort, wo bürgerschaftliche Eigeninitiative blüht, kann es allerdings sein, dass Übereifer und rücksichtsloses Engagement von einem produktiven Miteinander in die Überschreitung sozialer Grenzen umschlagen kann. Die Grenzen zwischen einer Ausgestaltung des Rechts auf Stadt und strafbarem Eigensinn verlaufen fließend. Allerdings: Nicht selten wird Aktivismus schlicht pauschal als verbrecherisch oder gar anarchisch bezeichnet.<sup>1</sup> Die folgende Untersuchung soll eine differenzierte Analyse verschiedener Strömungen des DIY-Urbanism auf strafbares Verhalten bieten und zugleich einen akademischen Beitrag zur strafrechtlichen Beurteilung neuer Formen (öko-)politischen Engagements leisten.

### II. Politische Gartenpflege

#### 1. Urban Gardening

Unter dem Schlagwort Urban Gardening versammelt sich eine Szene ökologisch gesinnter Stadtbewohner, die sich zum Ziel gemacht hat, die Stadt als Lebensraum zu begrünen.<sup>2</sup> Diese Bewegung nutzt Dachflächen, kleine Vorgärten, den Balkon und Pflanzkübel an Fensterbänken und Geländern für den Anbau und die Kultivierung von Nutz- und Zierpflanzen.

---

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung, Prof. Dr. Hans Christian Röhl (Uni Konstanz) und Referendar am Landgericht Konstanz.

<sup>1</sup> So zum Beispiel:

<http://www.welt.de/dieweltbewegen/article106186353/Wie-Guerilla-Gaertner-illegal-Staedte-begrueuen.html> (24.6.2016).

<sup>2</sup> Ein Konstanzer Beispiel:

<http://www.greentours.de/index.php/initiativen-in-konstanz.html> (24.6.2016).

Die hierbei gewonnenen Blumen, das gezüchtete Obst und Gemüse dienen regelmäßig dem Eigenverzehr oder werden in abgeschlossenen Communitys getauscht oder verkauft. Fremdes Eigentum wird nicht tangiert, es werden gerade die eigenen (Miet-)Flächen für diese Form der Selbstverwirklichung genutzt. Ein strafbares Verhalten kommt nicht in Betracht.

Über diese Strukturen hinaus etabliert sich zunehmend die Haltung von Bienenvölkern in den Großstädten, sog. Urban Beekeeping. Die Bienen ernähren sich mitunter von Nektar aus Urban-Gardening-Pflanzen. Zwar kritisieren Imkerverbände<sup>3</sup> die häufige Verwahrlosung der Tiere, die die Verbreitung von infektiösen Tiererkrankungen befördert. Nachdem § 17 TierSchG jedoch nur die Misshandlung von Wirbeltieren unter Strafe stellt, fehlt es auch insoweit an strafwürdigem Verhalten.

#### 2. Guerilla Gardening

Anders ist dies beim Guerilla Gardening. Schon die Bezeichnung trägt das Selbstverständnis aktiven Widerstands in sich.<sup>4</sup> Unter einem Guerillagärtner ist eine Person zu verstehen, die eigenmächtig fremde Flächen begrünt.<sup>5</sup> Teilweise werden dazu Pflanzen auf den Flächen mit Schaufel und Spaten eingesetzt und Hütten bzw. vergleichbare Anlagen errichtet. In anderen Fällen wird mit dem Einsatz sog. Samenbomben Saatgut auf die fragliche Fläche geworfen und sich selbst überlassen – ein Vorgehen, das sich besonders gut für unzugängliche Areale eignet.<sup>6</sup>

Im Rahmen von Guerilla Gardening kann strafbares Unrecht begangen werden, wenn zu diesem Zweck fremdes befriedetes Besitztum widerrechtlich betreten, also ein Hausfriedensbruch § 123 Abs. 1 StGB begangen wird. Ein Besitztum ist als befriedet anzusehen, wenn es in eindeutiger Weise durch eine physische Barriere von der Umgebung abgetrennt ist, also beispielsweise durch eine Mauer oder einen Zaun.<sup>7</sup> Es ist gerade nicht erforderlich, dass das Besitztum in einem Zusammenhang mit einer Wohnung oder einem anderen Gebäude steht,<sup>8</sup> allerdings kann ein räumlicher Zusammenhang eines nicht eingezäunten Bereichs zu einem von § 123 StGB geschützten Bereich die Schutzwirkung auch auf das nicht

---

<sup>3</sup> <http://www.n-tv.de/wissen/Imkerbund-warnt-vor-Stadt-Imkern-article13844361.html> (24.6.2016).

<sup>4</sup> [http://www.duden.de/rechtschreibung/Guerilla\\_Aufstaendischer\\_Rebell](http://www.duden.de/rechtschreibung/Guerilla_Aufstaendischer_Rebell) (24.6.2016), Synonyme.

<sup>5</sup> <http://www.duden.de/rechtschreibung/Guerillagaertnern> (24.6.2016), Begriffsübersicht.

<sup>6</sup> <http://gartenpiraten.net/seedballs-d-i-y/> (24.6.2016).

<sup>7</sup> Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 123 Rn. 14.

<sup>8</sup> Schäfer (Fn. 7), § 123 Rn. 14; Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 123 Rn. 23.

umzäunte Gebiet erstrecken.<sup>9</sup> Bei Gärten handelt es sich um ein Paradebeispiel umfriedeten Besitztums,<sup>10</sup> doch sind sie nicht selten ohne Zaun einem Haus klar vorgelagert. Auch diese Areale bedürfen des Schutzes des § 123 StGB.<sup>11</sup> § 123 StGB bewahrt die „sozialpsychologische Tabuzone“<sup>12</sup>, die auch ohne Mauer und Zaun für jedermann erkennbar ist. Das Betreten des Besitztums ohne die ausdrückliche Zustimmung des Berechtigten<sup>13</sup> zum Zwecke der Bepflanzung ist damit gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar.

§ 123 StGB schützt gerade alleinige Nutzungsrechte – damit ist zugleich ausgeschlossen, dass das reine Betreten von Gemeinbedarfsflächen den Tatbestand realisiert,<sup>14</sup> nachdem in den Grenzen der Widmung hierzu jedermann befugt ist. Es ist üblicherweise jedoch nicht Gegenstand der Widmung, öffentliche Grünflächen mit Spaten und Schaufel zu betreten, um sie zu bepflanzen. Zwar ist für Fälle einer beschränkt erklärten Betretenserlaubnis einhellige Meinung, dass auch ein Vortäuschen, zum gestatteten Personenkreis zu gehören, den Tatbestand ausschließt.<sup>15</sup> Dies auf die Grenzen des Gemeingebrauchs zu übertragen erscheint naheliegend – ändert aber auch dann nichts, wenn der Täter nach außen erkennbar nicht zum gestatteten Personenkreis gehört,<sup>16</sup> was bei Personen mit Gartenausrüstung der Fall sein sollte. Die Schaufel ist hier, was die Sturmhaube des Räubers im Supermarkt ist. Somit ist ein Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Flächen bei der Wertung des Guerilla Gardening als Hausfriedensbruch im Sinne des § 123 Abs. 1 StGB nicht zu erkennen.

Über § 123 StGB hinaus kommt die Sachbeschädigung gem. § 303 StGB als einschlägiges Delikt in Frage. Geschützt werden Sachen – auch unbewegliche Sachen wie Gebäude oder Grünflächen<sup>17</sup> – vor der unbefugten Beschädigung und Zerstörung (§ 303 Abs. 1 StGB) oder einer nicht unerheblichen, nicht vorübergehenden Veränderung des Erscheinungsbilds (§ 303 Abs. 2 StGB).

Eine vollständige Zerstörung von Flächen durch Guerilla Gardening erscheint ausgeschlossen. Eine Beschädigung setzt

eine Substanzverletzung<sup>18</sup> oder eine teilweise Aufhebung der Brauchbarkeit zum eigentlichen Sachzweck<sup>19</sup> voraus. Während das Beackern von Flächen mit Spaten und Schaufel eindeutige Substanzverletzungen mit sich bringt, kann dies bei Anwendung von Samenbomben nicht behauptet werden. Nur die aus den Samen gesprossenen Pflanzen könnten eine Beeinträchtigung darstellen. Hier kommt als Tatvariante die Aufhebung der Brauchbarkeit in Frage, hier ist allerdings der Sachzweck genau zu betrachten.<sup>20</sup> Blumen auf einer Wiese können den Sachzweck sogar fördern. Nutzpflanzen in einem Park sind dagegen eher zweckwidrig.

In beiden Varianten der Beschädigung darf die Beeinträchtigung nicht unerheblich sein. Dies wäre der Fall, wenn die Folgen der Beschädigung mit „lediglich geringfügigen Aufwand an Zeit und Mühe“<sup>21</sup> beseitigt werden können oder diese im Vergleich zum Normalzustand der Sache unwesentlich sind.<sup>22</sup> Dies wird man bei der Nutzung von Samenbomben regelmäßig bejahen können.

Allerdings geht mit der Bepflanzung einer Fläche in jeder Form eine Veränderung des äußerlichen Erscheinungsbilds im Sinne des § 303 Abs. 2 StGB einher. Der visuell erfassbare Eindruck<sup>23</sup> der fraglichen Flächen wird durch eine Hinzufügung<sup>24</sup> verändert. Eine objektive Verschönerung – beispielsweise durch Blumen – schließt den Tatbestand nicht aus.<sup>25</sup> Auch für § 303 Abs. 2 StGB ist Voraussetzung, dass die Veränderung nicht unerheblich ist. Dies unterscheidet sich nicht von § 303 Abs. 1 StGB.<sup>26</sup> Eine Bepflanzung ist nicht nur vorübergehend. Damit liegt regelmäßig eine Sachbeschädigung vor.

Soweit sich eine Beschädigung auf eine öffentlich zugängliche Fläche richtet, ist § 304 StGB die einschlägige Strafnorm. Bei öffentlichen Flächen handelt es sich um Gegenstände, die dem öffentlichen Nutzen dienen.<sup>27</sup>

Schließlich kann in seltenen Fällen ein Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB vorliegen. Soll die Ernte einer Bepflanzung eingefahren, also die Früchte geerntet werden, so liegt ein Diebstahl vor. Erzeugnisse einer Sache verbleiben gem. § 953 BGB im Eigentum des Eigentümers – d.h. die Sachfrüchte im Sinne des § 99 Abs. 1 BGB eines fremden Grundstücks bleiben auch für den Pflanzenden fremde Sachen. Mit

<sup>9</sup> Schäfer (Fn. 7), § 123 Rn. 15; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 123 Rn. 6; *Rackow*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2015, § 123 Rn. 9.

<sup>10</sup> Schäfer (Fn. 7), § 123 Rn. 15; *Rackow* (Fn. 9), § 123 Rn. 8.1.

<sup>11</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 123 Rn. 6.

<sup>12</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 123 Rn. 6.

<sup>13</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 123 Rn. 14/15.

<sup>14</sup> BayObLG BayObLGSt 1990, 63 (65); OLG Frankfurt a.M. NJW 2006, 1746 (1749).

<sup>15</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 123 Rn. 24/25.

<sup>16</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 123 Rn. 26.

<sup>17</sup> LG Karlsruhe NStZ 93, 543 (544); LG Neubrandenburg BeckRS 2012, 17238; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 9), § 303 Rn. 4; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 303 Rn. 2.

<sup>18</sup> *Weidemann* (Fn. 17), § 303 Rn. 9.

<sup>19</sup> *Weidemann* (Fn. 17), § 303 Rn. 11.

<sup>20</sup> In dem Spezialfall des Aufbringens von Kartoffeln auf ein Genkartoffel-Versuchsfeld LG Neubrandenburg BeckRS 2012, 17238.

<sup>21</sup> BGH NStZ 1982, 508 (509).

<sup>22</sup> *Zaczyk* (Fn. 17), § 303 Rn. 2.

<sup>23</sup> *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 303 Rn. 16.

<sup>24</sup> *Stree/Hecker* (Fn. 23), § 303 Rn. 16; *Zaczyk* (Fn. 17), § 303 Rn. 23.

<sup>25</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 303 Rn. 7b; *Wieck-Noodt*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 303 Rn. 55.

<sup>26</sup> *Stree/Hecker* (Fn. 23), § 303 Rn. 18.

<sup>27</sup> *Zaczyk* (Fn. 17), § 304 Rn. 10 f; *Wieck-Noodt* (Fn. 25), § 304 Rn. 18 f.

der Trennung vom Grundstück werden sie bewegliche Sachen im Sinne des § 242 StGB.<sup>28</sup> Die Wegnahme ohne den Eigentümerwillen mit Zueignungsabsicht realisiert damit § 242 Abs. 1 StGB.

Die Stadt zu begrünen ist somit per se nicht verboten, sondern erst einmal eine wünschenswerte Bestrebung. Sobald allerdings fremdes Eigentum, insbesondere fremder Grund und Boden hierfür in Anspruch genommen wird, können die Grenzen der §§ 303, 304, 123 Abs. 1 StGB überschritten sein. Ob ein Betreten von Gemeinbedarfsflächen einen Hausfriedensbruch § 123 Abs. 1 StGB darstellt, bestimmt sich nach der Widmung der Fläche. Hierbei ist die Widmung genauso zu behandeln wie eine generelle Einwilligung im privatrechtlichen Umfeld. Nur bei Wegnahme der „Ernte“ einer Guerilla Gardening-Aktion ist § 242 StGB zu prüfen. Weder selbst Angepflanztes noch fremde Früchte im öffentlichen Raum sind für jedermann zugänglich.

### III. Aktive Stadtverschönerung

Nicht nur im Gartenbereich entwickeln sich in den letzten Jahren suburbane Trends. Durch die Entdeckung der Stadt als Lebensraum kommen immer mehr Menschen auf die Idee, diesen nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten – schlicht wohnlich zu machen. Mit den Praktiken des Urban Knitting und des Urban Hacking sind zwei weitere Modeerscheinungen angesprochen, die möglicherweise von strafrechtlicher Relevanz sind.

#### 1. Urban Knitting

Beim Urban Knitting werden mit Stricknadel und einer Menge Wolle Straßenlaternen, Bäume und andere Gegenstände im Straßenraum umstrickt.<sup>29</sup> Regelmäßig werden Stoffe mit grellen Farben oder bunte Muster verwendet, um die Wirkung zu verstärken. Alternativ werden Bushäuschen in gemustertes Papier eingepackt.<sup>30</sup>

Hier kommt allein § 303 StGB – womöglich in der Form des § 304 StGB in Betracht. Soweit eine Substanzverletzung, beispielsweise durch Klebstoffe, unterbleibt, scheidet § 303 Abs. 1 StGB aus. Eine Beeinträchtigung der Nutzbarkeit ist durch Einhäkeln von Laternen oder Bekleben von Bauwerken, die nicht als Werbeträger dienen, nicht gegeben. Allerdings liegt eine Veränderung des äußerlichen Erscheinungsbildes im Sinne des § 303 Abs. 2 StGB vor. Beim Knitting wird die Unerheblichkeitsschwelle jedoch nicht überschritten. Die Stoffhüllen lassen sich mit einer Schere oder einem Messer in kürzester Zeit entfernen, sodass ein nur unerheblicher Aufwand erbracht werden muss, um die äußerliche Veränderung zu beseitigen. Aufgrund der Trennschärfe zwischen

„unerheblich“ und „nur vorübergehend“ wird die Frage der möglichen Beseitigung teilweise auch im Rahmen des letzteren Tatbestandsmerkmals thematisiert<sup>31</sup> – dabei aber kein Unterschied erreicht. Sollte eine Strafbarkeit im Einzelfall in Frage kommen, ist auch hier bei der Beschädigung öffentlicher Sachen die Strafschärfung des § 304 Abs. 1 StGB zu beachten.

Urban Knitting stellt sich vorliegend als erlaubte Tätigkeit dar. Das Umstricken von Gegenständen im öffentlichen Raum hinterlässt keine Schäden oder ausreichend dauerhafte Veränderungen des äußeren Erscheinungsbilds von Gegenständen, um als Sachbeschädigung gem. § 303 StGB geahndet werden zu können.

#### 2. Urban Hacking

Urban Hacking verfolgt eine andere Motivation: Diese Bewegung versteht den öffentlichen Raum als Raum ständiger Kommunikation. Den Aktivisten ist die ständige Präsenz von Bildern und Information in der Stadt bewusst. Sie suchen, die Umgebung zum Transport ihrer eigenen Aussagen, Themen und Inhalte zu kapern.<sup>32</sup> Soweit hierzu Werbeflächen angemietet werden, steht dieser Praxis nichts entgegen. Regelmäßig werden die verwendeten Flächen jedoch „gehijacked“, also ohne Zustimmung des Berechtigten übernommen. Das Plakatieren fremden Eigentums – auch nur mit Klebeband<sup>33</sup> – ist eine nicht unerhebliche Veränderung des äußerlichen Erscheinungsbilds und verwirklicht damit § 303 Abs. 2 StGB. Dagegen sind Lichtprojektionen mangels Eingriff in die Sache weder nach § 303 Abs. 1 StGB<sup>34</sup> noch § 303 Abs. 2 StGB<sup>35</sup> strafbar. Auch ein Diebstahl kommt nicht in Betracht: Zwar werden die Nutzungsmöglichkeiten von Flächen entzogen, allerdings handelt es sich dabei um unbewegliche Sachen, mithin nicht geeignete Tatobjekte im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB. Regelmäßig wird jedoch eine Ordnungswidrigkeit nach straßenrechtlichen oder polizeirechtlichen Bestimmungen vorliegen.<sup>36</sup>

Nach der aktuell geltenden Rechtslage kann mithin auch wildes Plakatieren als Sachbeschädigung im Sinne des § 303 Abs. 2 StGB verstanden werden. Das Arbeiten mit Lichtprojektionen realisiert im Gegensatz dazu weder Straf- noch Ordnungswidrigkeitsnormen.

In anderen Fällen steht der Kampf zwischen Fahrrad und Automobil im Vordergrund. Der motorisierte Verkehr soll zugunsten ökologischer und sozialer Verkehre – also Fußgänger und Fahrradfahrer zurückgedrängt werden. Beispielsweise werden täuschend echt Radwege<sup>37</sup> oder Zebrastreifen<sup>38</sup>

<sup>28</sup> Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 44; LG Karlsruhe NSTZ 93, 543 (544); OLG Stuttgart NSTZ-RR 2002, 47.

<sup>29</sup> <http://www.kulturenfokus.de/content/guerilla-knitting> (24.6.2016).

<sup>30</sup> <http://www.myurbanism.org/project/a-parada-e-essa-2/> (24.6.2016).

<sup>31</sup> Stree/Hecker (Fn. 23), § 303 Rn. 19; Heger (Fn. 25), § 303 Rn. 7d; Weidemann (Fn. 17), § 303 Rn. 24; darauf zu Recht hinweisend Zaczyk (Fn. 17), § 303 Rn. 25.

<sup>32</sup> Beispielshaft <http://urbanshit.de/refugees-welcome-urban-hacking-in-mannheim/> (24.6.2016).

<sup>33</sup> Zaczyk (Fn. 17), § 303 Rn. 25.

<sup>34</sup> Stree/Hecker (Fn. 23), § 303 Rn. 7.

<sup>35</sup> Stree/Hecker (Fn. 23), § 303 Rn. 16.

<sup>36</sup> Stollenwerk, VR 2010, 82 (84).

<sup>37</sup> <https://placesjournal.org/article/the-interventionists-toolkit/> (24.6.2016).

ingezeichnet. Hierbei handelt es sich um klare Verstöße gegen § 304 StGB. Darüber hinaus werden durch dieses Verhalten Veränderungen im Verkehrsfluss hergestellt. Sollten sich daraus konkrete Gefährdungen für Verkehrsteilnehmer ergeben, könnte § 315b StGB verwirklicht sein. Dazu müsste eine der Tatvarianten des § 315b Abs. 1 StGB eröffnet sein. Ein tatbestandsmäßiges Bereiten eines Hindernisses im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB ist nur gegeben, wenn dieses physisch, mechanisch wirkt.<sup>39</sup> Ein Strich auf der Straße hat diese Wirkung nicht. Möglicherweise handelt es sich jedoch um einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB. Anerkannt ist, dass das Geben falscher Signale<sup>40</sup> oder falsche Verkehrsschilder<sup>41</sup> den Tatbestand realisiert. Das Verändern der Straßenoberfläche mit dem Ziel, verkehrsleitende Symbole und Linien zu imitieren, ist damit vergleichbar. Auch kann das Unfallrisiko in vergleichbarer Weise wie bei der Beschädigung der Straße selbst steigen.

Darüber hinaus ist in diesen Fällen eine Amtsanmaßung im Sinne des § 132 Abs. 1 Var. 2 StGB gegeben. Das Anbringen von Radwegen und Zebrastreifen ist originär hoheitliches Handeln. Die täuschende Echtheit der Straßenbemalung kann vom unbefangenen Beobachter nicht von einer amtlichen Linie unterschieden werden und fällt damit nicht aus dem Tatbestand heraus.<sup>42</sup> Der jeweilige Täter muss insoweit auch nicht erkennbar sein, weswegen auch das heimliche Aufstellen von Verkehrsschildern unter § 132 Abs. 1 Var. 2 StGB gefasst wird.<sup>43</sup> Hiervon ist der vorliegende Fall nicht zu unterscheiden.

Folglich sind bei Veränderung und Umwidmung des öffentlichen Straßenraums neben der Sachbeschädigung insbesondere straßenverkehrsrechtliche Straftatbestände einschlägig. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB kann nach der hier vertretenen Ansicht auch durch das ungestattete Anbringen von Linien und Fahrradspuren auf der Straße verwirklicht werden. Das Aufstellen von Verkehrszeichen ist originäres Amtshandeln, sodass eine Strafbarkeit nach § 132 Abs. 1 Var. 2 StGB eröffnet ist.

#### IV. Umnutzung öffentlichen und privaten Raums

Schließlich wird – in unterschiedlichen Varianten – der Allgemeinheit entzogener oder, nach Ansicht der Aktivisten, falsch genutzter öffentlicher Raum „zurückerobert“. DIY-Urbanism geht nicht selten mit der Idee einher, Verwahrlo-

sung der Umgebung zu bekämpfen<sup>44</sup> und zugleich den Raum lebenswerter zu machen.

##### 1. Umnutzung des Straßenraums

An sich soll diese Verbesserung allen zugutekommen, doch manchmal steht auch die ganz egoistische Aneignung im Vordergrund. So zumindest dann, wenn die Parkfläche vor dem Haus zum neuen Vorgarten wird – so im großen Stil geschehen in San Francisco.<sup>45</sup> Ein Diebstahl liegt auch hier mangels beweglicher Sachen nicht vor. Neben möglicher Sachbeschädigungen §§ 303, 304 StGB kommt hier § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht. Durch das Aufstellen von Stühlen, Tischen und Bänken auf der Straße als Teil des öffentlichen Verkehrsraums<sup>46</sup> werden körperliche Hindernisse im Straßenraum geschaffen, die geeignet sind, den reibungslosen Verkehr zu hemmen oder zumindest zu verzögern.<sup>47</sup> Ergeben sich daraus konkrete Gefährdungen, so ist § 315b StGB erfüllt.

##### 2. Hausbesetzungen

Mit der Bewegung des DIY-Urbanism erlebt die lang totglaubte Hausbesetzerszene eine Renaissance. Ähnlich wie die Instandbesetzungen der Studentenbewegung in den 70er Jahren, die vorwiegend zur Aneignung von Wohnraum erfolgte,<sup>48</sup> wird erneut der Kampf gegen Wohnraummangel auf die Straße und in die Häuser getragen.<sup>49</sup> Abschließend soll die strafrechtliche Relevanz von Hausbesetzungen untersucht werden.

§ 242 Abs. 1 StGB scheidet auch hier wieder mangels Beweglichkeit der Sache aus. Es ist auch bei klar abtrennbaren Elementen eines Gebäudes oder bei reinen Scheinbestandteilen von Gebäuden anerkannt, dass diese nur dann Tatobjekt des § 242 StGB werden können, wenn sie dezidiert beweglich sind.<sup>50</sup> Diese Voraussetzung ist dazu gedacht, Hausbesetzungen aus dem Anwendungsbereich von § 242 StGB auszuschließen.<sup>51</sup>

Naheliegender ist die Bestrafung nach § 123 Abs. 1 StGB. Auf den ersten Blick erscheint hier eine Strafbarkeit offensichtlich. Um ein Haus zu besetzen, muss fremder Grund und Boden gegen den Willen des Berechtigten betreten werden. Doch eine genaue Analyse ist auch hier angebracht. Eine der

<sup>38</sup> <http://usa.streetsblog.org/2012/10/12/diy-urbanism-no-permits-no-red-tape-no-going-back/> (24.6.2016).

<sup>39</sup> Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 9), § 315b Rn. 12 f.; Burmann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 24. Aufl. 2016, § 315b Rn. 4.

<sup>40</sup> Burmann (Fn. 39), § 315b Rn. 6b; Heger (Fn. 25), § 315b Rn. 3.

<sup>41</sup> Pegel, in: Joecks/Miebach (Fn. 25), § 315b Rn. 40.

<sup>42</sup> Gegenbeispiele dazu bei Sternberg-Lieben (Fn. 9), § 132 Rn. 8.

<sup>43</sup> Sternberg-Lieben (Fn. 9), § 132 Rn. 9 m.w.N.

<sup>44</sup> <http://weburbanist.com/2014/03/12/city-hacktivism-12-fun-diy-urbanism-interventions/> (24.6.2016);

<http://www.guerrillagardening.org/> (24.6.2016).

<sup>45</sup> <https://placesjournal.org/article/the-interventionists-toolkit/> (24.6.2016).

<sup>46</sup> Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 315b Rn. 2; Burmann (Fn. 39), § 315b Rn. 4.

<sup>47</sup> Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 46), § 315b Rn. 6.

<sup>48</sup> Kuhn, Vom Häuserkampf zur neoliberalen Stadt, 2014, S. 77.

<sup>49</sup> <https://ia801500.us.archive.org/13/items/SLAP2/SLAP%20.pdf> (24.6.2016).

<sup>50</sup> Schmitz (Fn. 28), § 242 Rn. 45; Wittich, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 9), § 242 Rn. 5.

<sup>51</sup> Schmitz (Fn. 28), § 242 Rn. 45.

geschützten Räumlichkeiten des § 123 Abs. 1 StGB müsste tangiert sein. Bei zu besetzenden Räumen handelt es sich in Ermangelung einer entsprechenden Widmung regelmäßig nicht um Wohnungen. Besetzt werden – mit einigen wenigen außergewöhnlichen Ausnahmen – leerstehende Gebäude. Leerstand ist kein zum dauerhaften Unterkunft von Menschen<sup>52</sup> dienender Raum<sup>53</sup>. Jedoch könnte auch hier die Tatbestandsalternative befriedetes Besitztum einschlägig sein. Die Bebauung schließt die Eigenschaft als befriedetes Besitztum nicht aus, sondern begründet gerade die Eigenschaft der Befriedung – die Bebauung selbst bietet die sozialpsychologische Schwelle, die der Tatbestand voraussetzt.<sup>54</sup> Ob das Gebäude nun bewohnt ist oder abgerissen werden soll, soll keinen Unterschied machen, nachdem nicht die Zweckbestimmung des Gebäudes, sondern allein das Hausrecht Schutzzweck des § 123 Abs. 1 StGB ist.<sup>55</sup> Solange die bauliche Trennung noch nicht durch Erosion oder Zerstörung vollständig aufgehoben ist, soll es sich beim Hausinneren um befriedetes Besitztum handeln.<sup>56</sup> Hierzu reicht aus, dass bei einem leerstehenden Gebäude Fenster und Türen fehlen.<sup>57</sup>

Hiergegen spricht sich ein Teil der Rechtsprechung<sup>58</sup> und Literatur der 80er und 90er Jahre aus. Vor dem Eindruck der starken sozialen und politischen Bewegung der Hausbesetzer rückt die Sozialbindung des Eigentums in den Fokus dieser Strömung. Art. 14 Abs. 2 GG gebietet zumindest, rechtswidrigen Leerstand aus dem Schutzbereich des § 123 Abs. 1 StGB herauszunehmen.<sup>59</sup> Darüber hinaus würde der Schutzzweck des § 123 Abs. 1 StGB nicht richtig bestimmt: Geschützt seien die jeweils typischen Nutzungen der Schutzgüter als einheitlicher Schutzzweck Hausfrieden.<sup>60</sup> Dem Leerstand fehle es gerade an einem schützenswerten Hausfrieden.<sup>61</sup>

Richtigerweise ist diese Ansicht abzulehnen. Zwar ist Leerstand ein bekämpfenswerter Umstand, allerdings dürfen politische Erwägungen keine Auswirkungen auf den strafrechtlichen Schutz haben. An einer dogmatisch konsistenten Begründung der Tatbestandseinschränkung fehlt es. Gerade ein einheitlicher Schutzzweck des § 123 Abs. 1 StGB ist

nicht zu ermitteln,<sup>62</sup> weshalb eine teleologische Reduktion auf einen gemeinsamen Zweck ausscheidet. Auch Art. 14 Abs. 2 GG zwingt nicht zu einer anderen Auslegung. Die Sozialbindung des Eigentums stellt eine gesamtgesellschaftliche Wertung, nicht aber eine konkrete, individuelle Verpflichtung des einzelnen Eigentümers dar.<sup>63</sup> Es handelt sich vielmehr um einen Appell an den Eigentümer, sich nicht sozialschädlich zu verhalten,<sup>64</sup> der aber nicht zugleich eine Selbstermächtigung rechtfertigt. Sozialpolitische Missstände müssen mit sozialpolitischen Instrumenten bekämpft werden, nicht aber mit der Begehung von Straftaten.<sup>65</sup> Der Gesetzgeber ist dazu aufgerufen, die Schranken und Grenzen des Eigentums festzulegen.<sup>66</sup>

Zumindest ist eine Sanktionierung mit einer reinen Verwarnung nicht revisionsrechtlich zu beanstanden, wenn die Hausbesetzung durch Motive sozialen Engagements gegen Missstände auf dem Wohnungsmarkt geprägt ist.<sup>67</sup> Bei der Besetzung von rechtswidrigem Leerstand ist das Strafmaß angemessen zu reduzieren.<sup>68</sup> Richtigerweise kommt dies allerdings nicht in Frage, wenn eine Hausbesetzung nicht zur Linderung der Wohnraumknappheit, sondern allein zum Spaß – beispielsweise zur Akquise von Party-areas – erfolgt.

Es bleibt somit festzuhalten: Die Besetzung von Leerstand, auch von leerstehenden Wohnungen ist gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar. Auch Art. 14 Abs. 2 GG erzwingt hier keine andere Wertung. Der Gesetzgeber ist dazu aufgerufen, soziale Missstände zu beheben, nicht die Allgemeinheit im Wege der Hausbesetzung. Abrissreife Gebäude ohne Türen und Fenster sind allerdings richtigerweise vom Schutzbereich des § 123 Abs. 1 StGB auszunehmen.

Über § 123 StGB hinaus kann eine Hausbesetzung § 240 StGB erfüllen, wenn zumindest passiver, körperlicher Widerstand zum Zwecke der Erzwingung der dauerhaften Duldung des Besetzungszustands ausgeübt wird.<sup>69</sup> Durch die Ankündigung, in Zukunft ein Haus zu besetzen oder eine Hausbesetzung aufrecht zu erhalten, wird richtigerweise ein empfindliches Übel in Aussicht gestellt.<sup>70</sup> Die Tat ist auch im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB verwerflich. Auch wenn politischer Widerstand geübt werden wollte, was bei aktuellen Hausbesetzungen im Rahmen des DIY-Urbanism nicht die Regel ist, wird dadurch unzulässiger Druck ausgeübt, nachdem eine politische Mitbestimmung den Weg gewaltlosen Widerstands, der Demonstration, der Meinungsäußerung und

<sup>52</sup> Heger (Fn. 25), § 123 Rn. 3.

<sup>53</sup> LG Mönchengladbach NStZ 1982, 424; OLG Hamm NJW 1982, 2676 (2677).

<sup>54</sup> Ostendorf (Fn. 8), § 123 Rn. 23; LG Münster NStZ 1982, 202.

<sup>55</sup> LG Mönchengladbach NStZ 1982, 424; OLG Stuttgart NStZ 1983, 123; OLG Hamm NStZ 1982, 381.

<sup>56</sup> Schäfer (Fn. 7), § 123 Rn. 17; Sternberg-Lieben (Fn. 9), § 123 Rn. 6a; OLG Hamm NJW 1982, 2676 (2677); OLG Köln NJW 1982, 2674 (2675).

<sup>57</sup> AG Bückeburg NStZ 1982, 70 (71); OLG Stuttgart NStZ 1983, 123; Schall, NStZ 1983, 241 (242); in diese Richtung auch OLG Köln NJW 1982, 2674 (2676); a.A. AG Bückeburg NStZ 1982, 71.

<sup>58</sup> Einen Überblick über die widerstreitenden Entscheidungen gibt Küchenhoff, KJ 1982, 156.

<sup>59</sup> Schön, NJW 1982, 2649 f.

<sup>60</sup> Engels, DuR 1981, 293 (296 f.).

<sup>61</sup> Engels, DuR 1981, 293 (295).

<sup>62</sup> Schall, NStZ 1983, 241 (246).

<sup>63</sup> Axer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.3.2015, Art. 14 Rn. 25.

<sup>64</sup> Axer (Fn. 63), Art. 14 Rn. 25.

<sup>65</sup> Schall, NStZ 1983, 241 (247).

<sup>66</sup> Axer (Fn. 63), Art. 14 Rn. 25; Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 75. Lfg., Stand: September 2015, Art. 14 Rn. 306.

<sup>67</sup> OLG Köln NStZ 1982, 333 (334).

<sup>68</sup> Ostendorf (Fn. 8), § 123 Rn. 53; Schall, NStZ 1983, 241 (247).

<sup>69</sup> LG Münster NStZ 1982, 202; OLG Köln NJW 1985, 2434 (2435).

<sup>70</sup> OLG Hamm NJW 1982, 2676 (2678).

schließlich der parlamentarischen Partizipation zu gehen hat,<sup>71</sup> so steinig dieser manchmal auch ist.

---

<sup>71</sup> OLG Hamm NJW 1982, 2676 (2678).

# Die Räumung von Wohnraum im einstweiligen Rechtsschutz nach § 940a ZPO

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), München\*

*Obwohl im einstweiligen Rechtsschutz der Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache gilt, kann über die Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung (nach § 940 ZPO) ein Anspruch ausnahmsweise bereits im Eilrechtsschutz vollständig durchgesetzt werden. Für die durchaus prüfungs-relevante Räumung von Wohnraum hat der Gesetzgeber in § 940a ZPO Spezialregelungen erlassen, die im Folgenden skizziert werden.*

## I. Leistungs- und Befriedigungsverfügungen als Ausnahme

Der einstweilige Rechtsschutz hat die Aufgabe, die Zwangsvollstreckung zu sichern, nicht aber den Rechtsstreit selbst zu entscheiden. Im Grundsatz gilt daher: Die Hauptsache darf nicht vorweggenommen werden. Während der Arrest (§§ 916 ff. ZPO) dazu dient, die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung zu sichern,<sup>1</sup> bezweckt die einstweilige Verfügung die Sicherung sonstiger Ansprüche (Sicherungsverfügung, § 935 ZPO) bzw. die vorläufige Regelung von Rechtsverhältnissen (Regelungsverfügung, § 940 ZPO).<sup>2</sup> Ausnahmsweise kann allerdings auch die Anordnung der begehrten Leistung selbst gerichtlich verfügt werden. Eine solche (ebenfalls auf § 940 ZPO gestützte) Leistungs- oder Befriedigungsverfügung kommt in Betracht, wenn der Antragsteller auf die sofortige Erfüllung so dringend angewiesen ist, dass er ein ordentliches Verfahren nicht abwarten kann, ohne unverhältnismäßig großen, irreparablen oder existenzgefährdenden Schaden zu erleiden.<sup>3</sup> Praktische Bedeutung haben Unterhaltsfälle (die allerdings über §§ 119 Abs. 1, 246 FamFG speziell geregelt sind) und Unterlassungsansprüche im Wettbewerbsrecht.<sup>4</sup> Auch die Räumung von Wohnraum kann mittels Eilrechtsschutzes vorbereitet werden. Ein entsprechender Räumungstitel als Voraussetzung für die Vollstreckung (§§ 936, 928 ff., 885 ZPO) kann gem. § 940a ZPO im einstweiligen Rechtsschutz zügig erwirkt werden. Die dort jeweils in einem eigenen Absatz geregelten drei Fallgruppen sind Gegenstand dieser Übersicht. Genau genommen geht es dabei nicht um die Räumung selbst, sondern um deren Vorbereitung. Systemwidrig ist dies – wie die Existenz weiterer Fallgruppen jenseits von § 940a ZPO zeigt – nicht,<sup>5</sup> wenn auch Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügungen Ausnahmen

darstellen. Es müssen freilich strenge Anforderungen gelten, schließlich wird der Antragsgegner um die im Hauptsacheverfahren anwendbaren Verfahrensvorschriften (insbesondere zur Beweisaufnahme) gebracht. Auch Belange des sozialen Mietrechts verlangen Beachtung im Prozess.

## II. Einstweilige Räumungsverfügung bei verbotener Eigenmacht oder bei Gefahr für Leib und Leben (§ 940a Abs. 1 ZPO)

Eine einstweilige Verfügung hat auch in der Form einer Leistungsverfügung zwei Voraussetzungen: Es bedarf der Darlegung und Glaubhaftmachung eines (1) Verfügungsanspruchs und eines (2) Verfügungsgrundes (vgl. §§ 920 Abs. 2, 936 ZPO). Bei Räumungssachen (vgl. § 272 Abs. 4 ZPO) kommen als Verfügungsanspruch die materiellen Ansprüche des Vermieters aus §§ 546 Abs. 1, 2, 861, 869, 1007 Abs. 1, 2 BGB oder § 985 BGB in Betracht. Ein Verfügungsgrund liegt im Allgemeinen vor, wenn die besondere Dringlichkeit auf Basis einer Interessenabwägung dargetan ist.<sup>6</sup> § 940a Abs. 1 ZPO begrenzt den Verfügungsgrund dahingehend, als dass die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung neben den in § 940a Abs. 2 ZPO und § 940a Abs. 3 ZPO geregelten Fällen *nur* (1) wegen verbotener Eigenmacht oder (2) bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben angeordnet werden darf. Zugleich wird damit indirekt klargestellt, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache insoweit hinzunehmen ist.<sup>7</sup>

Hinter der ersten Alternative des § 940a Abs. 1 ZPO stehen die Wertungen des Selbsthilferechts aus § 859 BGB und der Gedanke, dass bei einer Besitzentziehung oder Besitzstörung ohne den Willen des Besitzers (§ 858 Abs. 1 BGB) die Besitzschutzansprüche ohne die Möglichkeit einstweiliger Durchsetzung entwertet würden.<sup>8</sup> Die zweite Alternative verlangt eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben. Bloße Beschimpfungen oder auch die Androhung von Gewalt sind nicht ausreichend. Nach Ansicht des AG Bremen beispielsweise stellt die Aussage „Ich schlage dir gleich ins Gesicht und zertrümmere deine Brille“ vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung von Wohnraum und der systembedingten Vorwegnahme der Hauptsache keinen ausreichenden Verfügungsgrund dar.<sup>9</sup> Für die praktisch häufigsten Fälle finden sich allerdings Spezialregelungen (§§ 210, 214 FamFG, §§ 1, 2 GewSchG; §§ 49, 200 FamFG, §§ 1361b, 1568a BGB, § 14 LPartG).

\* Der Autor ist Akad. Rat a.Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>1</sup> Mertins, JuS 2008, 692.

<sup>2</sup> Mertins, JuS 2009, 911.

<sup>3</sup> Seiler, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 36. Aufl. 2015, § 940 Rn. 6; OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 10 f.

<sup>4</sup> Vgl. Holzapfel, GRUR 2003, 287; im UWG gilt freilich § 12 Abs. 2 UWG.

<sup>5</sup> Fleindl, ZMR 2013, 677; a.A. Schuschke, in: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, Rechtslage – Rechtskenntnis – Rechtsdurchsetzung, 2015, S. 799.

<sup>6</sup> Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 76 Rn. 12.

<sup>7</sup> Börstinghaus, NJW 2014, 2225 (2226).

<sup>8</sup> Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 6), § 76 Rn. 20.

<sup>9</sup> AG Bremen NJOZ 2015, 897 (898).

### III. Einstweilige Räumungsverfügung gegen Dritte (§ 940a Abs. 2 ZPO)

#### 1. Ausgangslage

Die Zwangsvollstreckung kann nur gegen Personen erfolgen, die im Titel genannt sind (§ 750 Abs. 1 S. 1 ZPO). Selbst wenn der Vermieter einen Räumungstitel erlangt hat, scheidet die Räumung praktisch häufig daran, dass zwischenzeitlich weitere Personen in die zu räumende Wohnung eingezogen sind. Der Gerichtsvollzieher kann diese aber ohne ihre Erwähnung im Titel nicht aus dem Besitz setzen. Er kann im Räumungsverfahren nur die tatsächlichen Besitzverhältnisse beurteilen. Ob gegen die weiteren Besitzer materielle Herausgabeansprüche des Vollstreckungsgläubigers bestehen, muss im Erkenntnisverfahren, nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren geprüft werden.<sup>10</sup> Dies gilt auch, wenn der Anspruch gegen den Untermieter auf Herausgabe gem. § 546 Abs. 2 BGB evident gegeben ist. Der Grundsatz, wonach die Zwangsvollstreckung einen Titel voraussetzt, hat sogar dann Vorrang, wenn die Untervermietung letztlich nur dazu dient, die Räumung zu verschleppen.<sup>11</sup>

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ist indes unzulässig, wenn der Dritte lediglich Besitztzeiger ist. Mangels Besitz kann er nicht gem. § 885 ZPO aus dem Besitz gesetzt werden. Lehnt der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung beispielsweise mit der Begründung ab, dass die in der Wohnung lebenden volljährigen Kinder des Vollstreckungsschuldners nicht im Titel genannt sind, kann der Vollstreckungsgläubiger Erinnerung nach § 766 Abs. 2 ZPO einlegen. Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben sind faktisch regelmäßig Besitztzeiger nach § 855 BGB. Wird das Kind volljährig wird allein dadurch Mitbesitz nicht begründet; es bleibt bei einer sozialen Abhängigkeit.<sup>12</sup> Ein Antrag nach § 940a Abs. 2 ZPO ist demgegenüber unbegründet. Der Dritte muss nach dem Wortlaut im Besitz der Mietsache sein. Gegen eine entsprechende Anwendbarkeit von § 940a Abs. 2 ZPO spricht, dass in einem solchen Fall ein Vollstreckungstitel gegen den (Allein-)Besitzer ausreicht.<sup>13</sup>

Soweit Dritte Mitbesitz an der Wohnung haben, muss der Vermieter damit einen Titel gegen auch diese Personen erwirken. Er ist gut beraten, vor einem Prozess zu klären, wer noch im Besitz der Wohnung ist, um die weiteren Besitzer mitzuverklagen. Erfährt er davon erst während des Prozesses, kann er die Klage auch auf die oder den Dritten erstrecken. Konstruktiv handelt es sich bei der Parteierweiterung auf Beklagtenseite – wenn auch nach bestrittener Ansicht – um den Fall einer sachdienlichen Klageänderung.<sup>14</sup> In der Beru-

fungsinanz ist diese freilich ohne Zustimmung des neuen Beklagten regelmäßig nicht mehr möglich.<sup>15</sup> Erfährt der Vermieter ferner erst nach dem ersten Prozess (genauer: nach Schluss der mündlichen Verhandlung) von weiteren Untermietern, muss der Vermieter einen neuen Prozess anstrengen. Die Räumung lässt sich so torpedieren.<sup>16</sup>

#### 2. Neuregelung des § 940a Abs. 2 ZPO

Um diesem Dilemma zu entgehen, hat der Gesetzgeber reagiert. Gem. § 940a Abs. 2 ZPO kann die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten angeordnet werden, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat. Ein Räumungstitel kann damit zügig erlangt werden. Auch insoweit handelt es sich um eine Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung<sup>17</sup> und nicht nur um einen Fall der vereinfachten Erstreckung der Vollstreckbarkeit des gegen den Mieter ergangenen Räumungstitels auf einen Dritten.<sup>18</sup> § 940a Abs. 2 ZPO stellt lediglich eine Spezialregelung für den Verfügungsgrund dar.<sup>19</sup> Auf die zusätzliche Prüfung eines Verfügungsanspruchs kann nicht verzichtet werden.<sup>20</sup>

Während sich der Verfügungsanspruch meist unproblematisch aus § 546 Abs. 2 BGB (oder § 985 BGB) ergibt, bedarf es im Rahmen des Verfügungsgrundes der Prüfung von vier Voraussetzungen, die wiederum durch den Antragssteller glaubhaft zu machen sind: (1) Der Dritte muss im Besitz der Mietsache sein. Bloße Besitztzeigerschaft ist nicht ausreichend. (2) Gegen den Mieter muss ein vollstreckbarer (zumindest ein gem. §§ 704 Alt. 2, 708 ff. ZPO vorläufig vollstreckbarer) Räumungstitel vorliegen. Ob dieser materiell-rechtlich auf § 546 BGB oder §§ 985, 861, 1007 Abs. 1 BGB fußt, ist unerheblich.<sup>21</sup> (3) Weiter darf der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt haben. Fahrlässige Unkenntnis genügt nach vorherrschender Ansicht ausweislich des Wortlauts nicht.<sup>22</sup>

Weiß der Vermieter um den Dritten, kann er aber dessen Namen vom Hauptmieter nicht erlangen, wird für eine ent-

<sup>10</sup> BGH NJW 2008, 1959 Rn. 12 und Rn. 16; BGHZ 159, 383 = NJW 2004, 3041 f.

<sup>11</sup> BGH NJW 2008, 3287 f.

<sup>12</sup> BGH NJW 2008, 1959 Rn. 20 f.; AG Wiesbaden, Beschl. v. 27.7.2015 – 65 M 5414/15 = BeckRS 2015, 16958; kritisch Schuschke, NJW 2008, 1960 (1961).

<sup>13</sup> AG Wiesbaden NJW-RR 2015, 1424; AG Hofgeismar, Urt. v. 18.6.2015 – 40 C 243/15 (20) = BeckRS 2015, 20153.

<sup>14</sup> Vgl. Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 84.

<sup>15</sup> BGH NJW 1997, 2885 (2886).

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 34; zur Möglichkeit der Titelumschreibung Streyl, NZM 2012, 249 (251 f.).

<sup>17</sup> Fleindl, ZMR 2013, 677 (679); Schuschke (Fn. 5), S. 807; ausführlich zu § 940a Abs. 2 ZPO Wendt, Die einstweilige Räumungsverfügung des § 940a Abs. 2 ZPO, 2015.

<sup>18</sup> So aber Vollkommer, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 31. Aufl. 2016, § 940a Rn. 6; siehe auch Fischer, NZM 2013, 249 (251 f.).

<sup>19</sup> Vgl. Fleindl, ZMR 2013, 677 (679).

<sup>20</sup> Fleindl, ZMR 2013, 677 (679); Schuschke (Fn. 5), S. 806 f.; Streyl, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 940a ZPO Rn. 16 ff.; unzutreffend daher AG Hanau NZM 2013, 728.

<sup>21</sup> Zehelein, WuM 2013, 133 (141).

<sup>22</sup> Börstinghaus, NJW 2014, 2225 (2227); a.A. Seiler (Fn. 3), § 940a Rn. 3.

sprechende Anwendung von § 940a Abs. 2 ZPO plädiert. Argumentiert wird mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Letztlich soll die Vereitelung der Zwangsvollstreckung durch die willkürliche Aufnahme weiterer Personen verhindert werden.<sup>23</sup> Nach der Gesetzesbegründung kann die Räumung im Falle, dass ein dritter Besitzer seinen Namen nicht zu nennen bereit ist, mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs fortgesetzt werden.<sup>24</sup> Eines Antrags nach § 940a Abs. 2 ZPO bedarf es dann nicht.

Problematisch ist außerdem der Fall, dass der Vermieter erst in der Berufungsinstanz Kenntnis erlangt. Einerseits könnte man argumentieren, dass es nach dem Wortlaut nicht auf die mündliche Verhandlung in erster Instanz ankommt.<sup>25</sup> Andererseits kann der Kläger den Prozess in der Berufungsinstanz nicht mehr ohne dessen Zustimmung auf den Dritten erstrecken. Dies spricht für die Statthaftigkeit von § 940a Abs. 2 ZPO.<sup>26</sup> Letztlich muss es dem Kläger möglich und zumutbar gewesen sein, den Besitzer im Räumungsprozess gegen den Mieter mitzuverklagen.<sup>27</sup> Überzeugend ist eine wertende, nicht eine rein formale Auslegung. (4) Als ungeschriebene Voraussetzung wird schließlich verlangt, dass der Dritte keine Besitzberechtigung gegenüber dem Vermieter hat.<sup>28</sup> Einer weitergehenden Interessenabwägung bedarf es hingegen nicht. Der Verfügungsgrund ist typisierend geregelt.<sup>29</sup> Auch eine Räumungsfrist nach § 721 ZPO kann im einstweiligen Rechtsschutz nicht gewährt werden (vgl. aber § 765a ZPO). Dies ist einer der Gründe, warum § 940a Abs. 2 ZPO als rechtsstaatlich bedenklich kritisiert wird. Sozialen Belangen würde nicht hinreichend Rechnung getragen.<sup>30</sup>

### 3. Exkurs: Übertragung auf Gewerberaum

Umstritten ist, ob der Gedanke des § 940a Abs. 2 ZPO auf Gewerberaummietverhältnisse übertragbar ist. Eine analoge Anwendung scheidet nach h.M. aber daran, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Der Gesetzgeber hat die Vorschrift ausdrücklich auf Wohnraummietverhältnisse beschränkt, obwohl im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die Erstreckung auf Gewerberäume diskutiert wurde.<sup>31</sup> Weni-

ger weitreichend wird vertreten, dass zumindest die Wertungen des § 940a Abs. 2 ZPO (und § 940a Abs. 3 ZPO) im Rahmen einer herkömmlichen Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung herangezogen werden könnten. Läge der Verfügungsgrund aus § 940a Abs. 2 ZPO vor und könne selbst der grundrechtssensible Wohnraum geräumt werden, müsse erst recht eine Anordnung mit Blick auf Gewerberäume zulässig sein.<sup>32</sup> Die Gegenansicht verweist auf den gesetzgeberischen Willen, den teleologischen Zuschnitt des § 940a ZPO auf Wohnraum und den Ausnahmecharakter von Räumungsanordnungen im summarischen Eilrechtsschutz.<sup>33</sup> Erstere Ansicht überzeugt schon aus Gleichbehandlungsgründen. Ein sachlicher Grund für eine Schlechterstellung liegt nicht vor, während zugleich soziale Belange weniger wiegen. Ein Unterschied zu einer analogen Anwendung liegt im Übrigen darin, dass es anders als bei der direkten Anwendung von § 940a Abs. 2 ZPO nicht ausgeschlossen ist, zusätzliche Interessen auch *gegen* die Anordnung zu berücksichtigen. Da nur der Rechtsgedanke aus § 940a Abs. 2 ZPO übertragen wird, bleibt Raum für weitere Erwägungen mit Blick auf den Verfügungsgrund.<sup>34</sup>

Dessen ungeachtet kann auch nach den allgemeinen Regeln eine Interessenabwägung ergeben, dass eine Leistungsverfügung gem. §§ 935, 940 ZPO (ausnahmsweise) statthaft ist. Das ist der Fall, wenn neben Fällen der Existenzgefährdung und Notlage „die geschuldete Handlung oder Leistung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht (mehr) möglich ist, das heißt, wenn ohne Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung anders nicht abwendbare Nachteile für den Antragsteller entstünden, ferner die Erwirkung eines Titels im Hauptsacheverfahren irreversible Fakten schaffen würde und der Verweis auf das ordentliche Verfahren praktisch einer Rechtsverweigerung gleichkäme.“<sup>35</sup> Ein bloß finanzielles Interesse (das jedem Zahlungsanspruch zugrunde liegt) reicht nicht aus.<sup>36</sup> Praktisch scheidet daher ein Antrag ohne Rückgriff auf die Wertungen des § 940a Abs. 2 ZPO (§ 940a Abs. 3 ZPO) regelmäßig.

## IV. Einstweilige Räumungsverfügung wegen unterlassener Sicherheitsleistung (§ 940a Abs. 3 ZPO)

### 1. Ausgangslage

Zahlungsunfähige Mieter belasten den Vermieter vielfach doppelt: Nicht nur gelingt es ihnen oft, die Räumung durch diverse Verfahrensanträge zu verschleppen (siehe oben III. 1.), sondern der geschuldete Mietzins (bzw. Nutzungser-

<sup>23</sup> *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (682); ähnlich AG Hanau NZM 2013, 728.

<sup>24</sup> BT-Drs. 17/10485, S. 34.

<sup>25</sup> LG Berlin, Beschl. v. 28.5.2015 – 63 T 22/15 = BeckRS 2015, 12390; *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (682).

<sup>26</sup> *Streyl* (Fn. 20), § 940a ZPO Rn. 27; *Schack*, jurisPR-MietR 20/2015 Anm. 4; a.A. LG Köln, Beschl. v. 31.5.2013 – 214 C 175/13 = BeckRS 2013, 18845; kritisch vgl. *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2227).

<sup>27</sup> *Streyl*, NZM 2012, 250 (253 f.); AG Hanau NZM 2013, 728 (Kenntnis kurz vor Schluss der mündlichen Verhandlung sei zu kurzfristig).

<sup>28</sup> *Vollkommer* (Fn. 18), § 940a Rn. 5; selbst das rechtskräftige Räumungsurteil gegen den Vermieter entfaltet indes keine Bindungswirkung gegen den Dritten, BGH NJW 2010, 2208.

<sup>29</sup> LG Mönchengladbach NJW 2014, 950 (951).

<sup>30</sup> *Schuschke* (Fn. 5), S. 808, 813.

<sup>31</sup> OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 4 ff.

<sup>32</sup> LG Krefeld, Beschl. v. 8.3.2016 – 2 S 60/15 = BeckRS 2016, 05120; LG Hamburg, Urt. v. 10.12.2014 – 334 O 251/14 = BeckRS 2015, 10283; vgl. *Streyl* (Fn. 20), § 940a ZPO Rn. 57.

<sup>33</sup> KG Berlin NJW 2013, 3588 f.; LG Köln NJW 2013, 3589 (3590).

<sup>34</sup> LG Krefeld, Beschl. v. 8.3.2016 – 2 S 60/15 = BeckRS 2016, 05120.

<sup>35</sup> OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 11.

<sup>36</sup> OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 13.

satz) ist zudem mangels Vermögens nicht durchsetzbar. Der Vermieter hat daher in diesen Fällen ein gesteigertes Interesse entweder an einer hinreichenden Sicherheitsleistung oder einer beschleunigten Räumung. Beides kombinieren § 283a ZPO und § 940a Abs. 3 ZPO. Während über § 283a ZPO unter noch näher zu betrachtenden Voraussetzungen eine Sicherheitsleistung für nach Rechtshängigkeit der Klage fällig werdende Geldforderungen angeordnet werden kann (unten 2.), ermöglicht § 940a Abs. 3 ZPO die Anordnung der Räumung (genauer: den zügigen Erhalt eines Räumungstitels als Vollstreckungsvoraussetzung), wenn der Beklagten gegen die Sicherungsanordnung verstößt. Voraussetzung ist, dass Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs erhoben ist. Aufgrund der hohen Anforderungen wird bezweifelt, ob diese Instrumente größere praktische Bedeutung erlangen.<sup>37</sup> Für die Prüfungssituation sind die voraussetzungsreichen Tatbestände hingegen gut geeignet, da der Bearbeiter vornehmlich Subsumtionskompetenz im verfahrensrechtlichen Kontext beweisen muss.

## 2. Sicherungsanordnung nach § 283a ZPO

Die Anordnung einer Sicherheitsleistung nach § 283a ZPO hat fünf Voraussetzungen. Der Anwendungsbereich ist zwar nicht auf Wohnraummietverhältnisse beschränkt, wird hier aber dennoch mit Blick auf die Durchsetzung über § 940a Abs. 3 ZPO dargestellt: (1) Erstens bedarf es eines Antrags des Klägers. (2) Zweitens muss dieser eine Räumungsklage mit einer Zahlungsklage aus demselben Rechtsverhältnis verbunden haben. In anderen Worten bedeutet dies regelmäßig: Der Kläger muss im Wege objektiver Klagehäufung nach § 260 ZPO sowohl einen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache (§§ 546, 985 BGB) als auch einen Anspruch auf Zahlung von Mietzins (§ 535 Abs. 2 BGB) einschließlich künftig zu leistender Nutzungsentzündigungen (§ 259 ZPO, §§ 546a Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB) mit Blick auf das streitgegenständliche Mietobjekt einklagen (siehe auch § 147 ZPO). (3) Drittens muss sich die Anordnung auf Geldforderungen beziehen, die nach (!) Rechtshängigkeit der Klage (§ 261 Abs. 1 ZPO) fällig geworden sind. Es geht also namentlich um Ansprüche aus §§ 546a Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB. (4) Viertens muss die Klage auf diese Forderungen hohe Aussicht auf Erfolg haben (§ 283a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es bedarf dafür einer Prognoseentscheidung des Gerichts. Eine Glaubhaftmachung ist für dieses dem Text der ZPO bis dato unbekanntes Beweismaß nicht genügend. Während die Grundlagen für die Prognose nur mittels Strengbeweises gewonnen werden dürfen, ist umstritten welches Maß an Überzeugung es für die „hohe Aussicht auf Erfolg“ bedarf.<sup>38</sup> In der Klausur stellen sich Beweisfragen freilich regelmäßig nicht. (5) Schließlich bedarf es fünftens gem. § 283a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO einer Interessenabwägung. Nicht ausreichend sind

<sup>37</sup> *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2229); sehr kritisch wegen der Untergewichtung sozialer Belange *Schuschke* (Fn. 5), S. 812 f.

<sup>38</sup> Vgl. *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3266 f.); *Streyl* (Fn. 20), § 283a ZPO Rn. 19 ff.; *Greger*, in: *Zöller*, Kommentar zur ZPO, 31. Aufl. 2016, § 283a Rn. 3.

allgemeine Nachteile für den Gläubiger, beispielsweise das bei jedem Prozess bestehende Ausfallrisiko des Schuldners. Es müssen besondere Nachteile für den Kläger glaubhaft gemacht werden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Kläger gerade Zahlungen aus § 546a Abs. 1 BGB zwingend benötigt, um Kreditraten zu bedienen oder er darauf zur Sicherung seiner Altersvorsorge angewiesen ist.<sup>39</sup> Die Praxis hat bei der Auslegung auch die über § 940a Abs. 3 ZPO möglichen Konsequenzen im Blick – aus dem Wortlaut ergibt sich dies allerdings nicht.<sup>40</sup> Die Sicherheitsleistung richtet sich nach Ansicht der einen nach § 232 Abs. 1 BGB, nach Ansicht der anderen gilt § 108 ZPO.<sup>41</sup> Die Befriedigungsmöglichkeit des Klägers folgt in jedem Falle aus § 283a Abs. 3 ZPO.

## 3. Räumungsanspruch als Verfügungsanspruch

Will der Kläger einen Räumungstitel im einstweiligen Rechtsschutz erwirken, bedarf es auch im Rahmen des § 940a Abs. 3 ZPO zunächst eines Verfügungsanspruchs. Der dafür glaubhaft zu machende Räumungsanspruch folgt regelmäßig aus § 546 Abs. 1 BGB (nicht aber aus der Nichtbefolgung einer Sicherungsanordnung).<sup>42</sup> Ob der Räumungsanspruch darauf basiert, dass das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs gekündigt wurde, braucht erst beim Verfügungsgrund thematisiert zu werden. Entscheidend ist, dass das Vorliegen eines Anspruchs auf § 546 Abs. 1 BGB hinreichend glaubhaft gemacht wird.

## 4. Verfügungsgrund aus § 940a Abs. 3 ZPO

Nähere Aufmerksamkeit verdient damit vor allem der Verfügungsgrund. § 940a Abs. 3 ZPO regelt diesen wiederum abschließend und zeigt zugleich erneut, dass hier ausnahmsweise die Vorwegnahme der Hauptsache hingenommen werden muss.<sup>43</sup> Voraussetzung ist (1) erstens, dass Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs erhoben ist (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB; § 253 Abs. 1 ZPO). Die Kündigung wegen unpünktlicher Zahlungen ist nicht ausreichend.<sup>44</sup> (2) Zweitens muss eine durchsetzbare Sicherungsanordnung im Hauptsacheverfahren bestehen (IV. 2.). (3) Drit-

<sup>39</sup> *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3266); vgl. insgesamt zu § 283a ZPO OLG Celle NJW 2013, 3316.

<sup>40</sup> Vgl. *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3267); *ders.*, NJW 2013, 2225 (2227); *Emmerich*, NZM 2014, 881 (884); überlegenswert ist indes, besonders hohe Anforderungen an das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs bei einer Räumungsverfügung nach § 940a Abs. 3 ZPO zu stellen, vgl. *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (684); *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2227).

<sup>41</sup> Vgl. *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3268).

<sup>42</sup> *Schuschke* (Fn. 5), S. 811.

<sup>43</sup> *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2226); vgl. aber *Vollkommer* (Fn. 18), § 940a Rn. 9.

<sup>44</sup> Manche wollen dies bereits beim Verfügungsanspruch prüfen, *Vollkommer* (Fn. 18), § 940a Rn. 9; vgl. *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2227 mit Fn. 49); siehe auch *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (683 f.).

tens muss glaubhaft gemacht werden, dass der Beklagte dieser Sicherungsanordnung (beachte §§ 283a Abs. 1 S. 3, 570 Abs. 2 ZPO) nicht Folge leistet. Wegen der Anzeigepflichtung des Beklagten aus § 283a Abs. 2 ZPO ergibt sich dies aus den Gerichtsakten. Auf fehlendes Verschulden soll es nicht ankommen.<sup>45</sup> Da eine Sicherungsanordnung nur erlassen werden kann, wenn eine entsprechende Zahlungsklage erhoben ist, ist dies schließlich zumindest mittelbar Voraussetzung für eine einstweilige Räumungsverfügung nach § 940a Abs. 3 ZPO.

#### V. Fazit

Die vorgestellten Regelungen sind durchaus prüfungsrelevant. Grundkenntnisse des einstweiligen Rechtsschutzes können in den besprochenen Fällen übrigens gut mit materiellrechtlichen Fragen zu den Besitzverhältnissen (§§ 854 ff. BGB), mietrechtlichen Kündigungsgründen (z.B. 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und Herausgabeansprüchen (insbesondere § 546 Abs. 1, 2 BGB) verknüpft werden. Aufbautechnisch ist auch bei einer Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung nach §§ 940, 940a ZPO zwischen Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund zu trennen. Verfahrensrechtlich folgt die Zuständigkeit regelmäßig aus §§ 937 Abs. 1, 943 ZPO (vgl. § 29a ZPO, § 23 Nr. 2a GVG).

---

<sup>45</sup> *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (685).

# Die Durchsetzbarkeit der Verwendungsansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Von cand. iur. **Lennart Giesen**, Bielefeld

*Der folgende Beitrag bildet die inhaltliche Fortsetzung zu „Überblick über die Streitstände beim Verwendungsersatz im EBV“ (ZJS 2014, 505) und soll gemeinsam mit diesem eine umfassende Darstellung der Probleme im Rahmen des Verwendungsersatzes im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) bilden. Zwar zählt dieses Teilgebiet nicht zu den „Dauerbrennern“ in der juristischen Ausbildung, sobald es jedoch Gegenstand einer Prüfung ist, setzt ein souveräner Umgang hiermit wenigstens oberflächliche Kenntnis der Materie voraus, denn „beim Verwendungsersatz im EBV [ist] fast alles umstritten.“<sup>1</sup>*

## I. Die Rechtsnatur des Verwendungsanspruches

Der Verwendungsanspruch entsteht mit dem Abschluss der Vornahme der Verwendungshandlung, ist jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 1001 S. 1 BGB uneingeschränkt durchsetzbar; dessen Wirkung auf den Anspruch ist im Einzelnen umstritten. Die praktische Bedeutung dieses Streites zeigt sich an folgendem *Fall 1*:

*Fall 1:* E ist Eigentümer eines Grundstücks, welches er an B übereignet. Dieser lässt wenige Tage später zum Erhalt des Grundstücks notwendige, nicht aber substanzändernde Bauarbeiten durchführen und zahlt hierfür 1.000 €. Wenig später stellt sich heraus, dass die Übereignung nichtig war. E verlangt von B 750 € aus einer früheren Geschäftsbeziehung sowie die Herausgabe des Grundstücks; B erklärt, er rechne mit seinem Anspruch aus § 994 Abs. 1 BGB auf und verweigere die Herausgabe, bis er von E die übrigen 250 € erhalten habe.

Hier stellt sich nun die Frage nach der Fälligkeit des Verwendungsanspruches, denn nur wenn diese vorliegt, wäre die Aufrechnung des B wirksam.

Teilweise wird, unter Berufung auf § 938 Abs. 1 des ersten Entwurfes zum BGB („Die dem Besitzer [...] zustehenden Ansprüche sind dadurch bedingt, daß [sic] der Eigentümer die Sache wiedererlangt“), vertreten, es handele sich bei den Voraussetzungen des § 1001 S. 1 BGB um *condiciones iuris* (Rechtsbedingungen); der bereits entstandene Anspruch sei allein hinsichtlich der Geltendmachung aufschiebend bedingt im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB.<sup>2</sup>

Einerseits entspricht dies jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers, da dieser von der Formulierung des Entwurfes Abstand genommen hat, andererseits trifft das Gesetz, sofern

\* Der Verf. ist Absolvent der staatlichen Pflichtfachprüfung und Student der Rechtswissenschaften an der Universität Bielefeld.

<sup>1</sup> Hähnchen, JuS 2014, 877 (881).

<sup>2</sup> Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 1001 Rn. 1; Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, Vorbemerkungen zu §§ 994-1003 Rn. 66 und § 1001 Rn. 1.

es ein Recht einräumt, zugleich Regelungen hinsichtlich dessen Geltendmachung. Hierbei handelt es sich um einen Anspruch auf Leistung, welcher lediglich bestehen oder nichtbestehen, niemals jedoch bedingt sein kann.<sup>3</sup> Wenn also der Verwendungsanspruch in Gemäßheit des § 1001 S. 1 BGB geltend gemacht werden kann, dann vermag gerade diese Vorschrift keine Rechtsbedingung zu begründen.

Demgegenüber differenziert eine abweichende Ansicht zwischen dem materiell-rechtlichen Anspruch und seiner gerichtlichen Durchsetzbarkeit. Der § 1001 S. 1 BGB betrifft hiernach ausschließlich letztere (sog. „unklagbare Ansprüche“). Die Tatsache, dass dem Ersatzberechtigten die außergerichtliche Durchsetzung nach § 1000 S. 1 BGB und § 1003 BGB möglich ist, setze zwingend voraus, dass ein materiell-rechtlich uneingeschränkter Anspruch bestehe.<sup>4</sup>

Hiergegen ist einzuwenden, dass das Zurückbehaltungsrecht allein als Verteidigungsmittel gegen die *rei vindicatio* (§ 985 BGB) des Eigentümers dient und das Prinzip der (eingeschränkten) Sachhaftung statuiert.<sup>5</sup> Wenn also allein das alternative Befriedigungsrecht des § 1003 Abs. 1 S. 2 BGB der Durchsetzung dient, muss erst zum Zeitpunkt seiner Entstehung ein materiell-rechtlich uneingeschränkter Anspruch bestehen. Es ist demnach davon auszugehen, dass der Verwendungsanspruch auch durch das Verstreichen der Genehmigungsfrist im Sinne von § 1003 Abs. 1 S. 1 (bzw. Abs. 2 Hs. 1) BGB zum durchsetzbaren Anspruch erstarkt, diesbezüglich jedoch auf das Befriedigungsrecht beschränkt bleibt. Insoweit ist er aber auch nicht unklagbar, sondern unterliegt, jedenfalls der Höhe nach, der gerichtlichen Überprüfung gem. § 1003 Abs. 2 Hs. 1 BGB.

Um all dem entgegenzutreten, gebietet es sich, § 1001 S. 1 BGB als gesetzliche Fälligkeitsregelung im Sinne von § 271 Abs. 1 Fall 1 BGB zu verstehen;<sup>6</sup> der Anspruch ist somit bereits entstanden, jedoch nicht fällig (unbetagter Anspruch). Hieran wird kritisiert, eine vorzeitige Klageerhebung führe zur Entscheidung durch Sachurteil wegen (zeitiger) Unbegründetheit, gerade dies stelle jedoch – da sich die Rechtskraft dann auch auf den materiell-rechtlichen Anspruch selbst erstreckt – ein unbilliges Ergebnis dar.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Vgl. Jakobs/Schubert, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht I, 1985, S. 832 f.; Stech, ZJP 77 (1964), 161 (163 f. und 203 f.).

<sup>4</sup> Reichel, JherJb 59 (1911), 409 (434 f.); Stech, ZJP 77 (1964), 161 (202 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1911, S. 25 f.; Strohal, Schuldpflicht und Haftung, 1914, S. 11 Fn. 26; die Haftung allein auf die Sache beschränkend Siber, JherJb 50 (1906), 56 (151).

<sup>6</sup> So auch: BGHZ 75, 288 (293); Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1001 Rn. 22; Lorenz, JuS 2013, 495 (498); Roth, JuS 1997, 1087 (1091).

<sup>7</sup> Reichel, JherJb 60 (1912), 38 (104); Stech, ZJP 77 (1964), 161 (203).

Dieser Einwand ist indes unbegründet. Die Rechtskraft des Urteils reicht nur so weit, wie das Gericht Feststellungen getroffen hat, § 322 Abs. 1 ZPO. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wird die Klage also mangels Fälligkeit abgewiesen, so ist das Urteil als „zurzeit unbegründet“ zu tenorieren; einer erneuten Klage unter Hinweis auf die zwischenzeitlich eingetretene Fälligkeit steht die materielle Rechtskraft nicht entgegen.<sup>8</sup> Da im Falle einer anderweitigen Ablehnung der Streitfall des § 1001 S. 1 BGB nicht betroffen ist, ist ein unbilliges Ergebnis nicht ersichtlich.

Auch das Gesetz selbst spricht für die Annahme einer Fälligkeitsregelung. Zum einen unterscheidet das BGB zwischen Einschränkungen hinsichtlich der Geltendmachung (§§ 1001 S. 1 Fall 1, 1984 Abs. 1 S. 3 BGB) und der gerichtlichen Geltendmachung (§§ 1368, 1394 S. 1 a.F., 1958 BGB). Zum anderen liegt der einzige Unterschied der Zurückbehaltungsrechte des § 273 Abs. 2 BGB und § 1000 S. 1 BGB darin, dass letzteres nicht die Fälligkeit voraussetzt; ginge man aber von einem materiell-rechtlich uneingeschränkten Anspruch aus, wäre dieser auch fällig, sodass § 1000 S. 1 BGB ohne Anwendungsbereich wäre.

An der Lösung von *Fall 1* lässt sich erneut zeigen, dass die Annahme eines unklagbaren Anspruches abzulehnen ist: Klagt der E gegen den B auf Zahlung von 750 €, so wäre materiell-rechtlich der Anspruch wegen der Aufrechnung untergegangen; zu diesem Ergebnis könnte das Gericht jedoch nicht kommen, da es die Gegenforderung nicht prüfen dürfte. Durch ein entsprechendes Urteil käme es folglich zu einer Divergenz zwischen formellem und materiellem Recht. Versuchte anschließend der B nach dem Eintritt der Voraussetzungen des § 1001 S. 1 BGB die 1000 € einzuklagen, müsste das Gericht wegen der Aufrechnung einen Untergang i.H.v. 750 € feststellen, sodass der B lediglich 250 € zugesprochen bekäme. Dieses abstruse Ergebnis zeigt, dass die Ansicht eines unklagbaren Anspruches contra legem steht und daher abzulehnen ist.

Nach den übrigen Ansichten scheidet die Aufrechnung bereits auf materiell-rechtlicher Seite an der Fälligkeit bzw. der Bedingtheit der Gegenforderung. Der B müsste also zuvor das Grundstück „zurückgeben“ (dazu unter III. 1.) oder die Verwendungen vom E genehmigen lassen (dazu unter III. 2.).

## II. Das Zurückbehaltungsrecht beim Verwendungsersatz

### 1. Der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts

Grundsätzlich ist das Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 S. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Besitz der Sache durch eine vorsätzliche, unerlaubte Handlung erworben wurde, § 1000 S. 2 BGB. Hat sich der Eigentümer hieran jedoch beteiligt, ist er nicht schutzwürdig und der Ausschluss findet – gestützt

<sup>8</sup> BGH NJW 2014, 1306 (1307); Roth, ZZZ 98 (1985), 287 (309); weist das Gericht die Klage gestützt auf die mangelnde Fälligkeit als insgesamt unbegründet ab, liegt gerade hierin ein Rechtsmittelgrund.

auf den Rechtsgedanken des § 817 S. 2 BGB – keine Anwendung.<sup>9</sup>

### a) Treu und Glauben

Die Ausübung des § 1000 S. 1 BGB soll nach § 242 BGB ausgeschlossen sein, wenn der Eigentümer einen den Verwendungsanspruch übersteigenden Anspruch auf Nutzungersatz hat. Dann aber kann der Eigentümer aufrechnen, er ist daher im Hinblick auf das Zurückbehaltungsrecht nicht schutzwürdig, der Ausschluss ist daher abzulehnen.<sup>10</sup>

Gleichfalls abzulehnen ist der von der h.M.<sup>11</sup> geforderte, ebenfalls auf Treu und Glauben unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 320 Abs. 2 BGB gestützte, Ausschluss wegen relativer oder absoluter Geringfügigkeit der Verwendungen. Denn je größer die Diskrepanz zwischen dem Wert der Sache und der Verwendungssumme ist, desto größer wirkt der Druck auf den Eigentümer, desto wirkungsvoller ist demnach die von dem Zurückbehaltungsrecht bezweckte Funktion.

### b) Der Ausschluss im Mietrecht bei nichtigem Mietvertrag

Sofern dem vermeintlichen Mieter Ansprüche gegen den Vermieter aus EBV zustehen, ist der Mietvertrag unwirksam, andernfalls läge keine Vindikationslage vor. Teilweise wird dennoch eine (entsprechende) Anwendung des § 570 BGB befürwortet, da der Besitzer – soweit er sich auf das Mietrecht beruft – wie ein Mieter behandelt werden müsse.<sup>12</sup>

Demgegenüber muss jedoch der h.M. zugestimmt werden, wonach bei ex tunc nichtigem Mietvertrag § 570 BGB keine Anwendung findet, da die Vorschriften des Mietrechts zwingend einen wirksamen Mietvertrag voraussetzen, es für eine Analogie somit jedenfalls an der vergleichbaren Interessenlage fehlt.<sup>13</sup>

### c) Tiere als Gegenstand der Zurückhaltung

Die Vorschriften über bewegliche Sachen sind auf Tiere dann nicht anwendbar, wenn ihnen hieraus Nachteile erwachsen, § 90a S. 3 BGB i.V.m. § 1 TierSchG. Besteht zwischen dem Tier und seinem Eigentümer („Frauchen/Herrchen“) eine enge Bindung, muss von der Möglichkeit seelischer Beeinträchtigungen durch die Zurückbehaltung ausgegangen werden, sodass es geboten scheint, in derartigen Fällen wegen

<sup>9</sup> Ebbing, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 1000 Rn. 9; das RG (JW 1925, 2232 [2233]) stützte diesen Ausschluss indes auf § 242 BGB; mit abweichender Begründung auch Baldus (Fn. 6), § 1000 Rn. 6.

<sup>10</sup> Gursky (Fn. 2), § 1000 Rn. 11; anders die h.M.: RG JW 1928, 2437 (2438); BGH LM § 1000 BGB Nr. 1; Pikart, in: Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1979, § 1000 Rn. 4, 13.

<sup>11</sup> RGZ 61, 128 (133); Stadler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2007, § 1000 Rn. 4; zurückhaltend Ahrens, Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte, 2003, Rn. 237.

<sup>12</sup> LG Ravensburg MDR 1960, 141; Imlau, MDR 1957, 263 f.

<sup>13</sup> BGH NZM 1998, 779 (780); Stadler (Fn. 11), § 1000 Rn. 4.

§ 90a S. 3 BGB von einer Unanwendbarkeit des § 1000 S. 1 BGB auszugehen.<sup>14</sup> Eine derart enge Bindung wird in der Regel lediglich bei Haus-, nicht aber bei Nutztieren vorliegen.<sup>15</sup>

#### d) Die Revokationsklage

Verfügt ein Ehepartner über ihm gehörende Haushaltsgegenstände oder sein Vermögen als Ganzes, so hängt die Wirksamkeit dieses Geschäftes von der Zustimmung des anderen Ehegatten ab, §§ 1365 Abs. 1, 1369 Abs. 1 BGB. Da der Verfügende in aller Regel kein Interesse an der Rückabwicklung des bereits vollzogenen Geschäftes haben wird, steht dem unbeteiligten Partner das Recht zu, die Rechte des Verfügenden geltend zu machen (Revokationsbefugnis, § 1368 i.V.m. § 1369 Abs. 3 BGB). Wären die Zurückbehaltungsrechte in dieser Konstellation anwendbar, so könnte der Verfügende die Rückabwicklung verzögern, indem er die Erbringung seiner Leistungspflicht unterließe. Um den Revokationsprozess nicht zu gefährden, fordert deswegen die h.M. den Abschluss aller Zurückbehaltungsrechte.<sup>16</sup>

Hieran besteht berechtigte Kritik.<sup>17</sup> Einerseits handelt der Revozierende lediglich prozessstandschaftlich, sodass er allein Rechte des Verfügenden geltend macht,<sup>18</sup> welchem gegenüber die Zurückbehaltungsrechte jedoch uneingeschränkt anwendbar sind. Andererseits wird der Schutzzweck des § 1369 BGB, welcher darin besteht „die wirtschaftlichen Grundlagen des ehelichen Haushalts gegen einseitige Maßnahmen eines Ehegatten zu sichern [und] Schmälerungen der Zugewinnausgleichsforderung vor[z]u beugen“<sup>19</sup>, auch durch einen Ausschluss der Zurückbehaltungsrechte nicht zwingend besser gewahrt. Dann nämlich müsste der Dritte in das Vermögen des Verfügenden vollstrecken. Dies könnte jedoch gerade gegen den Gegenstand erfolgen, welchen zurückzuhalten der Dritte nicht berechtigt sein soll. Wenn aber weder der Besitz, noch wegen der sich anschließenden Zwangsversteigerung das Eigentum an dem Haushaltsgegenstand von der Rechtsordnung geschützt sind, dann kann sich aus dem Schutzzweck des § 1369 BGB a fortiori kein Ausschluss der

auf lediglich zeitweise Besitzentziehung gerichteten Zurückbehaltungsrechte herleiten lassen.

Um dem Revozierenden jedoch nicht ein nudum ius zuzusprechen, muss ihm ein gegen seinen Ehepartner gerichteter Anspruch auf Vornahme der Handlung zugestanden werden, welcher sich einerseits auf § 1368 BGB selbst, andererseits aber auch auf § 242 BGB stützen ließe.

#### 2. Das Zurückbehaltungsrecht in der Zwangsvollstreckung

Erfolgt die Vollstreckung in eine der Zurückbehaltung unterstehende Sache ohne die nach § 809 Fall 2 ZPO erforderliche Zustimmung des Besitzers, so soll nach einer Minderansicht die Drittwiderspruchsklage einschlägig sein, da § 1000 BGB „dem Besitzer außer der Zurückbehaltungseinrede [...] auch ein pfandähnliches Befriedigungsrecht nach § 1003 BGB [BGB]“<sup>20</sup> gewährt und dieser somit gleich einem Pfandgläubiger handeln könne.

Die zugrundeliegende Prämisse ist jedoch unzutreffend; das Befriedigungsrecht des § 1003 BGB erwächst nicht aus dem Zurückbehaltungsrecht, sondern aus dem Verwendungsanspruch.<sup>21</sup>

Ein Interventionsrecht im Sinne von § 771 ZPO besteht, „wenn der Schuldner selbst, veräußerte er den Vollstreckungsgegenstand, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten [eingriffe], und deshalb der Dritte den Schuldner hindern könnte, zu veräußern.“<sup>22</sup> Da der Verwendungsanspruch in seiner Gesamtheit der Veräußerung folgt (§ 999 Abs. 2 BGB), greift diese nicht in den Rechtskreis des Ersatzberechtigten ein, diesem steht folglich kein Interventionsrecht im Sinne von § 771 ZPO zu. Der Zurückbehaltungsrechte kann jedoch wegen eines Verstoßes gegen § 809 Fall 2 ZPO die Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO erheben.<sup>23</sup>

#### 3. Das Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts

Das Zurückbehaltungsrecht erlischt zwangsweise durch den Verlust des Besitzes. Erlangt der Ersatzberechtigte diesen erneut, lebt das Zurückbehaltungsrecht nach h.M. nicht wieder auf, da dieser neue Anspruch nicht mit dem das ursprüngliche Zurückbehaltungsrecht begründenden identisch sei.<sup>24</sup>

Dies ist jedoch nicht zwingend der Fall, denn soweit der Ersatzberechtigte den Besitz nicht freiwillig aufgibt, ist dieser auch nach zwischenzeitlichem Verlust noch wesensgleich, sodass die Vindikation mit der vorherigen identisch ist, das Zurückbehaltungsrecht folglich erneut auflebt. Auch das auf §§ 1253, 1257 BGB gestützte argumentum a fortiori schlägt

<sup>14</sup> AG Bad Homburg NJW-RR 2002, 894 (895); auf den konkreten Einzelfall abstellend LG Mainz NJW-RR 2002, 1181 f.; *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 90a Rn. 8.

<sup>15</sup> Vgl. OLG München RdL 2000, 27 f.; im Einzelfall abweichend LG Stuttgart NJW-RR 1991, 446 (Zuchtpudel).

<sup>16</sup> OLG Köln MDR 1968, 586 f.; *Brox*, FamRZ 1961, 281 (286); *Petersen*, Jura 2015, 798 (801); den Ausschluss auf § 273 Abs. 2 BGB beschränkend *Lange*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1989, § 1368 Rn. 14; auf den jeweiligen Einzelfall abstellend *Koeniger*, DRiZ 1959, 372 (375).

<sup>17</sup> OLG Stettin JW 1930, 1013; *Boehmer*, FamRZ 1959, 1 (6); *ders.*, FamRZ 1959, 81; *Hartung*, Verfügungsbeschränkung bei ehelichem Husrat, 1962, S. 99 ff.; *Hoppe*, Die revokatorische Klage nach § 1368 BGB, 2001, S. 58 ff. und 70 f.

<sup>18</sup> H.M. vgl. BGHZ 143, 356 (360 m.w.N.).

<sup>19</sup> *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1369 Rn. 1.

<sup>20</sup> *Scheuch*, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2016, § 771 Rn. 31 m.w.N.

<sup>21</sup> *Sosnitzer*, Besitz und Besitzschutz, 2003, S. 112; *Wieling*, Sachenrecht I, 2. Aufl. 2006, § 12 V 8 d ff.; a.A. *Firsching*, AcP 162 (1963), 440 (447).

<sup>22</sup> BGHZ 55, 20 (26).

<sup>23</sup> So auch die h.M., vgl. *Baldus* (Fn. 6), § 1000 Rn. 18.

<sup>24</sup> BGHZ 51, 250 (252 ff.); *Ebbing* (Fn. 9), § 1000 Rn. 8 m.w.N.

fehl, da § 1000 S. 1 BGB gerade kein dingliches Recht gewährt, ein Vergleich somit scheitert.<sup>25</sup>

### III. Die Klage auf Verwendungsersatz

#### 1. Die Wiedererlangung durch den Eigentümer

Der Eigentümer erlangt die Sache im Sinne von § 1001 S. 1 Fall 1 BGB, wenn er oder ein zur Entscheidung nach § 1001 S. 1 Fall 2, S. 2 BGB berechtigter Besitzmittler den unmittelbaren Besitz erwirbt; dies gilt zugleich für den Fristbeginn nach § 1002 Abs. 1 BGB.<sup>26</sup> Der Verwender muss jeglichen Besitz verlieren, sodass die Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Eigentümer nicht ausreicht.<sup>27</sup> Der Besitzerwerb des Eigentümers muss nicht zwingend die Kehrseite des Besitzverlustes beim Ersatzberechtigten darstellen, der zwischenzeitliche Besitzerwerb eines Dritten hindert die Wiedererlangung somit nicht.<sup>28</sup> Da der Eigentümer nur bei Besitzerwerb in den Genuss der Verwendungsvorteile kommt, steht bei Immobilien die bloße Wiedereintragung im Grundbuch der Wiedererlangung nicht gleich.<sup>29</sup>

#### a) Herausgabe an einen Nichteigentümer

Die Herausgabe an den Eigentümer im Sinne von § 1001 S. 1 Fall 1 BGB setzt nach h.M. die Herausgabe an den wahren Eigentümer voraus; die Herausgabe an denjenigen, den der Verwender für diesen hält (Scheineigentümer) reicht nicht aus. Andernfalls müsste dieser auch zur Entscheidung nach § 1001 S. 1 Fall 2, S. 2 BGB berechtigt sein, was jedoch einen unerträglich schweren Eingriff in die Eigentümerstellung bedeutete.<sup>30</sup> Eine Haftung kraft Rechtschein analog § 407 (bei Immobilien § 893) BGB des Scheineigentümers scheidet mangels Regelungslücke aus, da der Verwender sich an den wahren Eigentümer halten kann.<sup>31</sup>

Dem Grundsatz nach gilt dies auch für § 1002 Abs. 1 BGB.<sup>32</sup> Der Eigentümer wird jedoch demjenigen, welcher in Unkenntnis um die Nichteigentümerstellung des Herausgabe-

empfängers keinerlei Versuch unternimmt, den Anspruch durchzusetzen, nach dem Verstreichen der Zeit des § 1002 Abs. 1 BGB den Einwand des *venire contra factum proprium* entgegenhalten können.

#### b) Der Verkauf vor Wiedererlangung

Verkauft der Eigentümer die Sache bevor er sie wiedererlangt hat, richtet sich der Anspruch gegen den Erwerber (§ 999 Abs. 2 BGB), für eine analoge Anwendung des § 1001 S. 1 BGB mangelt es insoweit an einer Regelungslücke.<sup>33</sup>

Betrachtet man den erlangten Kaufpreis als Surrogat der Sache, scheidet eine direkte Anwendung von § 1001 S. 1 Fall 1 BGB dennoch aus, da dies gegen das *Telos* von § 999 Abs. 2 BGB verstößt. Hiernach soll die Sache als Sicherheit für den Verwendungsanspruch erhalten (dazu unter V. 1.), was nur möglich ist, solange der Schuldner zugleich Eigentümer der Sache ist; zudem unterliefe dies die Regelung des § 1001 S. 2 BGB. Die sich hiergegen richtende Ansicht nimmt an, dass dem Eigentümer im Rahmen des Verkaufs zwar nicht der Sach-, wohl aber der Substanzwert zugutekommt.<sup>34</sup> So richtig dies auch sein mag, so überwiegt dennoch der Vorteil durch den Sachwertzuwachs beim Erwerber – wie auch die Wertung des § 999 Abs. 2 BGB zeigt –, sodass dieser, nicht aber der Veräußerer für die Verwendungen haftet.

Ebenso scheitern muss die Interpretation der Mehrwertrealisierung als Genehmigung im Sinne von § 1001 S. 1 Fall 2 BGB, denn hierbei zieht der Eigentümer lediglich seinen Vorteil aus der Verwendung, muss sich jedoch nicht zwingend mit deren Vornahme einverstanden zeigen.<sup>35</sup> Das bloße Hinnehmen eines unabänderlichen Zustandes bedeutet nicht zwingend die Billigung dessen Herstellung.

Dem Erwerber steht jedoch, soweit man ihn mit der hier vertretenen Ansicht für die Verwendungen haften lässt, ein Regressanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 2 Fall 2, 435 S. 1, 437 Nr. 3 BGB gegen den vorherigen Eigentümer zu.<sup>36</sup>

#### 2. Die Genehmigung durch den Eigentümer

Die Genehmigung im Sinne von § 1001 S. 1 Fall 2 BGB begründet selbst keinen Anspruch, sie betrifft allein dessen Durchsetzbarkeit („kann den Anspruch...“). Liegen also die Voraussetzungen der §§ 994, 996 BGB nicht vor, so entsteht ein solcher Anspruch auch nicht durch die Genehmigung.<sup>37</sup>

<sup>25</sup> Jakobs, Jura 1970, 697 (670); Wieling (Fn. 21), § 12 V 8 c.

<sup>26</sup> OLG Hamm MDR 1956, 100; Bassenge (Fn. 2), § 1001 Rn. 2; a.A. Schanbacher, in: NomosKommentar zum BGB, 4. Aufl. 2016, § 1001 Rn. 2. Die Rspr. bejaht dies stets, wenn die Sache unter Sicherungseigentum steht: BGHZ 87, 274 (277 f.); dazu krit. Gursky, JZ 1984, 604 (610).

<sup>27</sup> OLG Dresden HRR 1936 Nr. 875; a.A. Berg, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1956, § 1001 Rn. 1 a β.

<sup>28</sup> Hassinger, NJW 1957, 1268; Hoche, NJW 1957, 468; a.A. OLG Köln NJW 1957, 224 (225).

<sup>29</sup> Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 5; a.A. RGZ 163, 62 (63); Stadler (Fn. 11), § 1001 Rn. 2.

<sup>30</sup> RGZ 142, 417 (420); Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 4; a.A. Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 86 V 2 b).

<sup>31</sup> Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 4; a.A. Ebbing (Fn. 9), § 1001 Rn. 4; Medicus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 1001 Rn. 5.

<sup>32</sup> RGZ 142, 417 (420); RG SeuffA 88 Nr. 60; a.A. Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. 1969, § 33 VI 1; wohl auch Klüpfel, NJW 1956, 1626 f.

<sup>33</sup> BGH NJW 1996, 52, Gursky, JZ 1997, 1154 (1161); a.A. Canaris, JZ 1996, 344 (345).

<sup>34</sup> Wieling (Fn. 21), § 12 V 8 d aa; ders., Anm. zu BGH LM § 812 Nr. 247.

<sup>35</sup> Abweichend Schermaier, in: Festschrift für Helmut Kollhoss, Recht und Risiko, Bd. II, 2004, S. 635 (642).

<sup>36</sup> Baldus (Fn. 6), § 999 Rn. 14; Kindl, JA 1996, 353 (355).

<sup>37</sup> Waltjen, AcP 175 (1975), 109 (140); wohl auch BGH NJW 1959, 528 f.; a.A. RG DRW 1942, 1278; Wolf, JZ 1966, 467 (473).

### a) Der Genehmigungsbegriff

Beim Genehmigungsbegriff stellt sich die Frage, ob hiervon allein die nachträgliche Genehmigung im engeren Sinne (§ 184 Abs. 1 BGB), oder auch die vorherige Zustimmung (Einwilligung, § 183 S. 1 BGB) erfasst ist.

Teilweise wird vorgebracht, der Wortlaut „genehmigt“ (statt „genehmigt hat“) weise allein auf die nachträgliche Zustimmung hin. Zudem seien die beiden Alternativen des § 1001 S. 1 BGB gleichzustellen, die Wiedererlangung könne jedoch ausschließlich nach der Verwendungsvornahme stattfinden, nichts anderes müsse daher für die Zustimmung gelten.<sup>38</sup>

Demgegenüber hat sich die h.L. dem BGH angeschlossen, welcher als Genehmigung im Sinne von § 1001 S. 1 Fall 2 BGB auch die vorherige Zustimmung angesehen hat (*Fall 2*, angelehnt an BGH NJW 2002, 2875):

*Fall 2:* N least von G ein Fahrzeug. Infolge eines Unfalls erleidet der Wagen erhebliche Schäden und wird in die Werkstatt des W verbracht, wo – nach schriftlicher Erklärung des Einverständnisses der G – die notwendigen Reparaturen durchgeführt und der Wagen anschließend an N herausgegeben werden; die Rechnung bleibt jedoch offen. N verbringt das Kfz kurze Zeit später erneut in die Werkstatt, um ein Gutachten anfertigen zu lassen. Gleichzeitig kündigt G das Leasing wegen offener Leasingraten fristlos und verlangt von W die Herausgabe des Wagens; dieser erklärt sich zur Herausgabe nur Zug-um-Zug gegen Zahlung der offenen Rechnung bereit.

Der BGH hat zunächst festgestellt, dass die durch die Kündigung entstehende Vindikationslage auf den Zeitpunkt der ersten Besitzerlangung zurückwirke, folglich auch bereits vorlag, als der W die erste Reparatur vornahm, sodass diesem ein Anspruch aus § 994 Abs. 1 BGB gegen den G zusteht.<sup>39</sup> Dieser sei auch uneingeschränkt durchsetzbar, denn der Gesetzgeber habe dies allein an „das Einigsein der Beteiligten darüber [...], dass der Eigentümer dem Besitzer den diesem nach dem Gesetz zustehenden Betrag zu bezahlen [hat]“<sup>40</sup> knüpfen wollen, sodass die Genehmigung im Sinne von § 1001 S. 1 Fall 2 BGB neben der nachträglichen Zustimmung auch die Einwilligung erfasse. Gleiches Ergebnis liefert der Vergleich mit dem bösgläubigen Besitzer, welcher Ersatz gem. § 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 670, 677, 683 S. 1 BGB nur in dem vom Eigentümer gewollten Rahmen verlangen kann; hierbei ist der Zeitpunkt der Willensäußerung indes gleichgültig.

<sup>38</sup> I.E. Brodmann, in: Planck's Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 1933, § 1001 Anm. 1 b); Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 7; ders., JZ 2005, 385 (394).

<sup>39</sup> Zum Streitstand beim nicht-mehr-Berechtigten Giesen, ZJS 2014, 505 (506 ff.).

<sup>40</sup> BGH NJW 2002, 2875 (2876); zustimmend Baldus (Fn. 6), § 1001 Rn. 14; Zeller, EWiR 2003, 113 (114); einschränkend Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2016, § 1001 Rn. 3; krit. Vierhuß, NJ 2003, 91 (92).

Zunächst muss gesagt werden, dass die Annahme, die später eintretende Vindikationslage wirke auf den Zeitpunkt der ersten Besitzerlangung zurück, nicht zutreffend ist. Dies könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn die Wiedererlangung des Besitzes dessen Fortsetzung darstellte, also beide Besitzlagen auf demselben Grund beruhen. Dies liegt hier jedoch nicht vor. Tatsächlich ist ein Fall, in welchem zugleich vorherige Zustimmung und Vindikationslage vorliegen, nur schwerlich vorstellbar. Zur Verdeutlichung folgende Abwandlung (*Fall 2a*):

*Fall 2a:* G und N vereinbaren im Leasingvertrag, dass N für den verkehrssicheren Zustand des Wagens auf eigene Kosten zu sorgen hat und er hierfür berechtigt ist, diesen in eine Fachwerkstatt seiner Wahl zu verbringen.

Es ließe sich streiten, ob die Vereinbarung bloße Nebenabrede des Leasingvertrages ist, oder als eigenständige Auftragsabrede anzusehen ist – für das Ergebnis ist dies irrelevant. Sobald nämlich eine Vindikationslage durch die Kündigung des Leasingvertrages geschaffen wird, entfällt auch die Einwilligung des G in Bezug auf die Verwendungen (beim Auftrag durch Widerruf gem. § 671 Abs. 1 BGB). Es zeigt sich somit, dass, soweit man nicht mit dem BGH für die Rückwirkung der Vindikationslage einsteht, keine Situation denkbar ist, in der zugleich Vindikationslage und Einwilligung vorliegen. Hält der Eigentümer an der Einwilligung auch nach Beendigung des Leasings fest, so entsteht zwischen ihm und dem W ein eigenes vertragliches Verhältnis, vermöge dessen der W zum Besitz berechtigt ist.

### b) Die Rechtsnatur der Genehmigungserklärung

Entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht handelt es sich bei der Genehmigung im Rahmen von § 1001 S. 1 Fall 2 BGB nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, denn die Verpflichtung auf Ersatz der Verwendungssumme tritt ex lege ein, es handelt sich somit um eine geschäftsähnliche Handlung.<sup>41</sup> Da die Vorschriften über Willenserklärungen auf geschäftsähnliche Handlungen analoge Anwendung finden,<sup>42</sup> ist dieser Streit jedoch rein theoretischer Natur.

### c) Bindungswirkung der Genehmigung bei Rechtsnachfolge

Der Erwerber einer Sache haftet dem Ersatzberechtigten gegenüber auch für Verwendungen, welche vor der Übereignung vorgenommen wurden (§ 999 Abs. 2 BGB), soweit das Eigentum nicht im Rahmen der Zwangsversteigerung erworben worden ist, § 93 Abs. 2 ZVG.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 6 m.w.N.; a.A. Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987-1003, 1966, S. 238 Fn. 732 m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. Ulrici, NJW 2003, 2053 (2054 ff.).

<sup>43</sup> Diese Vorschrift bezieht sich zwar auf Immobilien, muss aber in analoger Anwendung auch für Mobilien gelten, vgl. Gursky (Fn. 2), § 999 Rn. 10; Mugdan, Die gesammten [sic] Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, 1899, S. 685 f.

Problematisch ist, ob eine bereits vor der Veräußerung vorgenommene Genehmigung auch gegen den Erwerber wirkt oder sich dieser weiterhin durch die Rückgabe der Sache gem. § 1001 S. 2 BGB befreien kann. Dies hängt maßgeblich von der rechtlichen Einordnung des § 999 Abs. 2 BGB ab. Obgleich die h.M. in der Vorschrift eine gesetzliche Schuldübernahme<sup>44</sup> sieht, gelangt sie nicht konsequent zu dem Schluss, die Genehmigung des Voreigentümers entfalte eine Bindungswirkung, sondern gewährt dem Erwerber nach wie vor das Rückgaberecht gem. § 1001 S. 2 BGB. Dieses Ergebnis lässt sich schwerlich begründen, muss jedoch, da es sich bei den Verwendungsansprüchen nicht um eine dingliche, sondern eine persönliche Schuld handelt (dazu unter V. 1.), zutreffend sein.

Auch vor dem Hintergrund, dass der Voreigentümer nach der Genehmigung selbst bei Eigentumsverlust weiterhin haftet,<sup>45</sup> ist es überzeugender, statt von einer gesetzlichen Schuldübernahme von einem gesetzlichen Fall des Schuldbeitritts auszugehen. Neben die bestehende Schuld des Veräußerers tritt gem. § 999 Abs. 2 BGB die des Erwerbers, welcher sich jedoch durch Rückgabe im Sinne von § 1001 S. 2 BGB befreien kann.<sup>46</sup>

#### d) Die Genehmigung nach Fristablauf

Lässt der Eigentümer die durch den Ersatzberechtigten gesetzte Frist im Sinne des § 1003 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Hs. 1 BGB ohne Genehmigung verstreichen, kann der Besitzer sich aus der Sache befriedigen. Obgleich der Wortlaut („erfolgt“ statt „erfolgt ist“, § 1003 Abs. 2 BGB a.E.) die Möglichkeit zuließe, eine Genehmigung nach Fristablauf zuzulassen, spricht dies klar gegen den Willen des Gesetzgebers<sup>47</sup> und ist daher abzulehnen.

### IV. Die Rückgabeberechtigung des Eigentümers

Erlangt der Eigentümer die Sache zurück und möchte den Ersatzanspruch des Besitzers abwehren, kann er – sofern er die Verwendungen noch nicht genehmigt hat – die Sache mit befreiender Wirkung an den Besitzer zurückgeben.

Nach abzulehnender Ansicht soll von der Rückgabe nicht allein die Wiederherstellung der vorherigen Besitzlage, sondern darüber hinaus auch die Übereignung der Sache an den Ersatzberechtigten umfasst sein.<sup>48</sup>

Hiergegen spricht klar, dass der Gesetzgeber für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 1001 S. 1 BGB nicht erfüllt sind, den Ersatzberechtigten auf die Befriedigung über den

Pfandverkauf verweist, § 1003 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Gesetzeswortlaut ist zwar auf das Ausbleiben der Genehmigungserklärung des Eigentümers gerichtet, Gleiches muss jedoch auch für die Ausübung des Rückgaberechts nach § 1001 S. 2 BGB gelten, denn aus Sicht des Besitzers ergeben sich diesbezüglich keinerlei Unterschiede.<sup>49</sup>

#### 1. Die Rechtsnatur der Rückgabemöglichkeit

Teilweise wird in der Literatur vertreten, die Möglichkeit der Rückgabe sei als *facultas alternativa* (Ersatzungsbefugnis) einzuordnen.<sup>50</sup> Dann aber träte durch die Rückgabe Erfüllung ein, sodass der Verwendungsanspruch unterginge und es an einer Grundlage für das Verwertungsrecht des § 1003 Abs. 1 S. 2 BGB fehlte. Der Eigentümer könnte dann mangels entgegenstehender Rechte des Ersatzberechtigten die Herausgabe der Sache verlangen. Es gebietet sich somit in der Rückgabemöglichkeit lediglich ein Reuerecht zu erblicken.<sup>51</sup>

#### 2. Die Nichtrücknahme durch den Ersatzberechtigten

Beabsichtigt der Eigentümer von seinem Recht, sich durch die Rückgabe zu befreien, Gebrauch zu machen, weigert sich jedoch der Ersatzberechtigte, die Sache zurückzunehmen, so fordert eine Minderansicht die Hinterlegung gem. § 378 BGB; nur dies könne die gleiche Wirkung wie die Rückgabe selbst bewirken.<sup>52</sup>

Hiergegen spricht jedoch, dass die Rückgabe keinerlei Erfüllungswirkung aufweist, sodass es der Rechtsfolge des § 378 BGB nicht bedarf. Demgemäß lässt es die h.M. in einem solchen Fall ausreichen, dass der Eigentümer den Ersatzberechtigten in Annahmeverzug setzt.<sup>53</sup>

#### 3. Verschlechterung und Untergang vor der Rückgabe

Sofern die Sache vor der Rückgabe verschlechtert wird, beeinträchtigt dies das Recht aus § 1001 S. 2 BGB nicht, der Eigentümer haftet jedoch für sein Verschulden und ist analog § 285 Abs. 1 BGB zur Herausgabe erlangter Surrogate verpflichtet.<sup>54</sup>

Für den zufälligen Untergang beim Eigentümer wird teilweise der Erhalt der Rückgabeberechtigung befürwortet, da der Ersatzberechtigte das dahingehende Risiko trage. Der Eigentümer könne sich dann durch bloße Erklärung befreien. Soweit er jedoch Ersatz für den Gegenstand erlangt, soll er nach § 285 Abs. 1 BGB verpflichtet sein.<sup>55</sup> Dies ist mit der h.M. abzulehnen, denn der Gesetzeswortlaut lässt eine Be-

<sup>44</sup> Gursky (Fn. 2), § 999 Rn. 14; a.A. Müller, Sachenrecht, 4. Aufl. 1997, Rn. 621; Wolff/Raiser (Fn. 30), § 86 IV.

<sup>45</sup> Vgl. BGH NJW 1996, 52; Baldus (Fn. 6), § 999 Rn. 14 m.w.N.

<sup>46</sup> I.E. Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 32 Fn. 46; mit abw. Arg. Baldus (Fn. 6), § 999 Rn. 14.

<sup>47</sup> Mugdan (Fn. 43), S. 687 Antr. 6 a); vgl. Gursky (Fn. 2), § 1003 Rn. 15 m.w.N.; a.A. Sosnitzer (Fn. 21), S. 112; Wieling (Fn. 21), § 12 V 8 d ff.

<sup>48</sup> Schanbacher (Fn. 26), § 1001 Rn. 5; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 9. Aufl. 1906, S. 998 f.

<sup>49</sup> So i.E. auch Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 15 m.w.N.; Mugdan (Fn. 43), S. 687 ff.

<sup>50</sup> Berg (Fn. 27), § 1001 Rn. 2.

<sup>51</sup> Brodmann (Fn. 38), § 1001 Anm. 2; Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 15.

<sup>52</sup> Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 20; Stadler (Fn. 11), § 1001 Rn. 5.

<sup>53</sup> Bassenge (Fn. 2), § 1001 Rn. 2; Müller (Fn. 44), Rn. 628a.

<sup>54</sup> Wieling (Fn. 21), § 12 V 8 d bb; abweichend für vorsätzliche Beschädigung Pikart (Fn. 10), § 1001 Rn. 12 m.w.N.

<sup>55</sup> Ebbing (Fn. 9), § 1001 Rn. 10; Westermann (Fn. 32), § 33 VI 2 b.

freihandlung ohne Herausgabe nicht zu. Ist diese unmöglich, so wird auch die Befreiung nach § 1001 S. 2 BGB unmöglich.<sup>56</sup> Das Risiko für den Untergang der Sache trägt vor der Rückgabe der Eigentümer, nicht der Verwender.

#### 4. Die Rechtsfolge der Rückgabe

Der Wortlaut des § 1001 S. 2 BGB geriert, der Anspruch des Verwenders ginge mit der Rückgabe des Eigentümers unter. Dann aber könnte der Eigentümer die Sache alsbald wieder herausverlangen, ohne dass der Ersatzberechtigte diesem etwas entgegenzusetzen könnte, denn mangels bestehendem Anspruch wären weder § 1000 S. 1 BGB noch § 273 Abs. 2 BGB einschlägig. Zudem könnte auch § 1003 Abs. 1 S. 2 BGB keine Anwendung finden, denn die Befriedigung setzt zwingend einen bestehenden Anspruch voraus. Die Rückgabe betrifft daher allein die Durchsetzbarkeit des Anspruches, nicht aber diesen selbst.<sup>57</sup>

### V. Die anderweitige Befriedigung des Ersatzberechtigten

Bei der Befriedigung aus Immobilien besteht gem. § 866 Abs. 1 ZPO neben der Zwangsversteigerung auch die Möglichkeit der Eintragung einer Sicherungshypothek. Nach mittlerweile einhelliger Ansicht muss diese Variante bei der Befriedigung von Verwendungsansprüchen jedoch versagt bleiben, da sie nicht der Befriedigung, sondern allein der Sicherung eines bestehenden Anspruches dient und folglich mit dem Telos des § 1003 Abs. 1 S. 2 BGB nicht vereinbar ist.<sup>58</sup>

#### 1. Die Rechtsnatur des Befriedigungsrechts

Zunächst ist festzuhalten, dass der Verwendungsanspruch selbst kein dinglicher, sondern ein persönlicher Anspruch ist.<sup>59</sup> Zwar mag man auf Grund der Vorschrift des § 999 Abs. 2 BGB etwas anderes annehmen, diese diene aber ausweislich der Gesetzesmaterialien<sup>60</sup> allein der Aufrechterhaltung der Forderungssicherung durch die Sache (Prinzip der Sachhaftung), ändert jedoch nichts daran, dass der Anspruch sich gegen die Person des Eigentümers richtet, nicht aber der Sache selbst anhaftet. Eine derartige Annahme widerspräche auch dem Publizitätsprinzip des Grundbuches, da die Verwendungsansprüche nicht eintragungsfähig sind. Die Vorschrift des § 999 Abs. 2 BGB erklärt sich somit als eine *actio in rem scripta*, also eine persönliche Schuld, welche sich

„gegen jeden, der zu einer Sache in ein bestimmtes Verhältnis tritt“<sup>61</sup> richtet.

Da das Befriedigungsrecht nach § 1003 Abs. 1 S. 2 BGB aus dem Anspruch selbst entsteht (oben unter II. 2.), kann auch dieses nicht dinglicher Natur sein, sondern stellt lediglich „ein besonderes, auf die Sache beschränktes Befriedigungsmittel“<sup>62</sup> dar.

Aus all diesem folgt, dass – da § 999 Abs. 2 BGB auch den Fall des originären Eigentumserwerbs erfasst<sup>63</sup> – der Verwendungsanspruch auch nicht beim gutgläubigen Erwerber gem. § 936 Abs. 1 S. 1, 3 BGB untergeht.

#### 2. Das Befriedigungsrecht als Recht zum Besitz

Folgt man der Ansicht, der Eigentümer sei nach Fristablauf nicht mehr zur Genehmigung berechtigt (oben unter III. 2. d), muss folgerichtig von einem Recht zum Besitz aus § 1003 Abs. 1 S. 2 BGB ausgegangen werden,<sup>64</sup> denn andernfalls stünde der *rei vindicatio* des Eigentümers allein § 1000 S. 1 BGB entgegen, der Besitzer wäre somit nach wie vor zur Herausgabe Zug-um-Zug gegen Zahlung der Verwendungssumme verpflichtet.

#### 3. Der Untergang des Befriedigungsrechts

Nach der h.M. ist das Befriedigungsrecht vom Fortbestand des Besitzes abhängig; endet dieser, lebt es analog § 940 Abs. 2 BGB nur binnen Jahresfrist wieder auf.<sup>65</sup>

Dies verdient eine Absage. Eine derartige Beschränkung lässt sich aus dem Gesetz nicht herleiten, für eine Analogie zu § 940 Abs. 2 BGB mangelt es an einer vergleichbaren Interessenlage. Das Befriedigungsrecht erwächst aus dem Verwendungsanspruch selbst (oben unter II. 2.), dessen Wirksamkeit oder Durchsetzung ist jedoch nicht an den Besitz gebunden, im Gegenteil (vgl. § 1001 S. 1 Fall 1 BGB). Somit ist nicht ersichtlich, weshalb das Befriedigungsrecht mit Besitzverlust ausgeschlossen werden sollte.<sup>66</sup>

<sup>56</sup> Baldus (Fn. 6), § 1001 Rn. 11; Gursky (Fn. 2), § 1001 Rn. 18.

<sup>57</sup> Ebbing (Fn. 9), § 1001 Rn. 9; Stadler (Fn. 11), § 1001 Rn. 5; a.A. Wilhelm, Anm. zu BGH LM § 988 BGB Nr. 10; wohl auch Schanbacher (Fn. 26), § 1001 Rn. 5.

<sup>58</sup> Gursky (Fn. 2), § 1003 Rn. 12; a.A. früher Berg (Fn. 27), § 1003 Rn. 2 a β; Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910, S. 476.

<sup>59</sup> RGZ 71, 424 (427); Gursky (Fn. 2), Vorbemerkungen zu §§ 994-1003 Rn. 67 m.w.N.

<sup>60</sup> Mugdan (Fn. 43), S. 232.

<sup>61</sup> Wieling (Fn. 21), § 12 V 7 b bb Fn. 138; vgl. Mugdan (Fn. 43), S. 686.

<sup>62</sup> OLG Jena SeuffA 68 Nr. 224; vgl. Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. II, 1912, S. 572 f.; a.A. Eckels, ZBIFG 9 (1909), 201 (213 ff.); Th. Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 2. Aufl. 1901, § 9 Anm. 6.

<sup>63</sup> Baldus (Fn. 6), § 999 Rn. 11 m.w.N.

<sup>64</sup> I.E. BGHZ 34, 122 (133); Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965, S. 21 Fn. 56; Gursky (Fn. 2), § 1003 Rn. 10; Scherk, JherJb 67 (1917), 301 (355 f); a.A. Sosnitza (Fn. 21), S. 111 ff.; Wieling (Fn. 21), § 12 V 8 d ff.

<sup>65</sup> Baldus (Fn. 6), § 1003 Rn. 11 m.w.N.; einen vollständigen Untergang bei Besitzverlust annehmend Kunig, JR 1976, 12 (16).

<sup>66</sup> So auch Gursky (Fn. 2), § 1003 Rn. 9 m.w.N.

# Übungsfall: Einmal Mangel immer Mangel?

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, München\*

Der Fall wurde im Wintersemester 2015/2016 im Rahmen des ELSA Moot Courts gestellt.<sup>1</sup>

## Sachverhalt

Die von den Schwestern Hanna und Helga Hell in der Form der GbR in Hamburg betriebene Hell Rad Manufaktur produziert und vertreibt Fahrräder, insbesondere Sondermodelle für Senioren. Am 30.4.2013 erwirbt Rentner Karl Kern aus München bei der Hell Rad Manufaktur in Hamburg zwei neue Fahrräder: Ein Modell Senior 8 sowie ein Modell Senior 11 mit integrierter Tragefläche für den Transport schwerer Einkäufe. Auf beide Fahrräder hat die Hell Rad Manufaktur selbst die Reifen aufgezogen, die sie von einem Reifenhersteller bezogen hat. Jedes Fahrrad würde an sich seinem Marktwert entsprechend 1.500 € kosten, K gelingt es aber aufgrund des Doppelkaufes, einen Preisnachlass von je 150 € auszuhandeln, so dass er insgesamt nur 2.700 € bezahlt. Beide Fahrräder nimmt er am selben Tag mit nach München.

Am 16.3.2015 bemerkt Kern, dass sich bei dem Modell Senior 8 das linke Pedal nicht mehr richtig dreht. Er vermutet einen anfänglichen Defekt im Pedallager und informiert noch am selben Tag die Hell Rad Manufaktur, die das Fahrrad am nächsten Tag durch einen Mitarbeiter für die Reparatur in Hamburg abholen lässt. Die Hell Rad Manufaktur stellt den vermuteten anfänglichen Materialdefekt tatsächlich fest, wechselt vorsichtshalber beide Pedale aus und lässt das Fahrrad am 3.4.2015 durch einen Mitarbeiter zurück zu Kern nach München bringen. Es funktioniert nun zwar das linke Pedal einwandfrei, jedoch muss Kern feststellen, dass sich nunmehr das rechte Pedal aufgrund eines Defektes nicht mehr richtig dreht, das zuvor einwandfrei funktioniert hatte. Kern informiert sofort die Hell Rad Manufaktur, deren Mitarbeiter ankündigt, sich in den kommenden Tagen zu melden, was aber nicht geschieht. Kern ist so viel beschäftigt, dass die Angelegenheit bei ihm zunächst in Vergessenheit gerät. Das ändert sich, als er am 1.8.2015 mit dem Modell Senior 11 auf einer Landstraße fährt, die einen steilen Abhang hinunterführt. Plötzlich platzt der Reifen des Vorderrades und Kern verliert die Kontrolle über das Fahrrad. Dem ausgesprochen rüstigen Kern gelingt es abzuspringen, das Fahrrad selbst gerät jedoch auf die gegenüberliegende Fahrbahn, wo es von einem entgegenkommenden Sattelschlepper überrollt wird, der auf und davon fährt. Das Fahrrad ist danach irreparabel deformiert und unbrauchbar. Wie sich herausstellt, weist der geplatzte Vorderreifen als Herstellungsdatum Januar 2003 aus.

---

\* Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Dr. Matthias Fervers ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Bericht über den ELSA Moot Court auf <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/fiktiver-prozess-uebung-macht-den-anwalt-1.2809798> (26.7.2016).

Kern hat daraufhin jedes Vertrauen in die Hell Rad Manufaktur verloren und erhebt beim Amtsgericht München Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Senior 8 abzüglich erlangter Gebrauchsvorteile, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrrads. Hinsichtlich des Senior 11 verlangt er ebenfalls Rückzahlung des Kaufpreises, hilfsweise Schadensersatz in Höhe von 1200 €, was dem Wiederbeschaffungswert des Senior 11 in mangelfreiem Zustand zum Zeitpunkt des Unfalls entspricht. Die Hell Rad Manufaktur bestreitet nicht den von Kern geschilderten tatsächlichen Geschehensverlauf. Sie trägt jedoch in der mündlichen Verhandlung vor, dass sie für die geltend gemachten Schäden nicht als Verkäuferin haften müsse und etwaige Ansprüche jedenfalls verjährt seien. Hilfsweise macht sie geltend, Kern habe den erlittenen Schaden zu hoch angesetzt.

Ist die Klage des Kern zulässig und begründet?

## Bearbeiterhinweis

In dem Gutachten ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

## Lösungsvorschlag

### A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage wäre zulässig, wenn H parteifähig wäre und wenn das AG München örtlich und sachlich zuständig wäre.<sup>2</sup>

### I. Parteifähigkeit der H

Gemäß § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Da es sich bei H um eine Außen-GbR handelt, ist sie nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung<sup>3</sup> als rechtsfähig anzusehen. Hierfür spricht zum einen der Wortlaut von § 14 Abs. 2 BGB und § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO und zum anderen die Tatsache, dass andernfalls eine Haftung eintretender Gesellschafter für Altschulden nicht befriedigend erklärt werden könnte.<sup>4</sup>

H ist somit parteifähig.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Im Gegensatz zu verwaltungsrechtlichen Klausuren sind im Zivilrecht bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Klage nicht alle denkbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen „abzuarbeiten“. Vielmehr sollten sich die Bearbeiter nur auf die problematischen Aspekte beschränken.

<sup>3</sup> Vgl. grundlegend BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; zur Entwicklung *Ulmer/Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Vorb. §§ 705 ff. Rn. 9 ff.

<sup>4</sup> Die Rechtsfähigkeit der GbR hat sich mittlerweile fast als Gewohnheitsrecht etabliert. Eine vertiefte Auseinandersetzung ist in der Klausur deshalb nicht mehr erforderlich.

<sup>5</sup> Laut Sachverhalt handelt es sich bei H um eine GbR, sodass Klausurbearbeiter auch vom Vorliegen einer GbR ausgehen können. Sofern Bearbeiter allerdings annehmen, dass es sich bei H tatsächlich um eine OHG handelt, so wäre dies auch vertretbar: Denn H betreibt ein Gewerbe und gemäß § 1 Abs. 1 HGB besteht eine Vermutung dafür, dass ein Gewerbe

**II. Zuständigkeit des AG München**

Das AG München müsste sachlich und örtlich zuständig sein.

*1. Sachliche Zuständigkeit*

Die sachliche Zuständigkeit des AG München ergibt sich aus § 1 ZPO i.V.m. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG, da der Streitwert gemäß §§ 2, 3, 5 Hs. 1 ZPO lediglich 2.700 € beträgt<sup>6</sup> und damit 5.000 € nicht übersteigt.

*2. Örtliche Zuständigkeit*

Das AG München müsste außerdem örtlich zuständig sein.

Eine solche Zuständigkeit bestünde unabhängig von der Einhaltung der §§ 12 ff. ZPO bereits dann, wenn sich H gemäß § 39 ZPO rügelos eingelassen hätte. Eine Einlassung im Sinne des § 39 ZPO liegt schon dann vor, wenn in der mündlichen Verhandlung tatsächliche oder rechtliche Äußerungen zum Streitgegenstand abgegeben werden.<sup>7</sup> H ist dem Begehren des K in der mündlichen Verhandlung in der Sache entgegengetreten und hat die Einrede der Verjährung erhoben, eine Einlassung liegt somit vor. Allerdings würde dies nur dann zur Zuständigkeit eines ansonsten unzuständigen Amtsgerichts führen, wenn vorher auf eine etwaige Unzuständigkeit und auf die Folgen einer rügelosen Einlassung zur Hauptsache vom Gericht gem. § 504 ZPO hingewiesen worden ist, § 39 S. 2 ZPO. Ob ein solcher Hinweis erfolgt ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Die Frage könnte aber offenbleiben, wenn das AG München ohnehin örtlich zuständig wäre.<sup>8</sup>

Da H ihren Sitz in Hamburg hat, liegt auch ihr allgemeiner Gerichtsstand nach § 17 Abs. 1 ZPO in Hamburg. Jedoch

auch ein Handelsgewerbe ist. In der Prüfung ergeben sich so gut wie keine Unterschiede, da gem. § 124 Abs. 1 HGB die OHG unter ihrer Firma vor Gericht verklagt werden kann.

<sup>6</sup> Gemäß § 5 Hs. 1 ZPO werden mehrere in einer Klage geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet. Da K mit beiden Hauptanträgen jeweils Rückzahlung des Kaufpreises beantragt, beträgt der Streitwert 2.700 €. Dass K außerdem noch hinsichtlich des Senior 8 einen Hilfsantrag in Höhe von 1.200 € gestellt hat, ist unerheblich, da der Hilfsantrag auf dasselbe wirtschaftliche Ziel gerichtet ist und er hiermit einen Gegenstand nur anstelle des zweiten Hauptantrags fordert. Den Zuständigkeitsstreitwert würde der Hilfsantrag nur erhöhen, wenn er den Hauptantrag überstiege (vgl. *Heinrich*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 12. Aufl. 2015, § 5 Rn. 11; *Wöstmann*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 5 Rn. 11).

<sup>7</sup> *Heinrich* (Fn. 6), § 39 Rn. 5; *Patzina*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 39 Rn. 6.

<sup>8</sup> In einer Klausur würde es bereits honoriert, wenn Studierende die Problematik des fehlenden Hinweises nach § 39 S. 2 ZPO überhaupt erkennen. Vertretbar wäre auch, wegen des fehlenden Hinweises im Sachverhalt von der Nichtvornahme der Belehrung durch das Gericht auszugehen oder aber umgekehrt aufgrund der Formulierung des § 39 S. 2 ZPO („Dies gilt nicht...“) anzunehmen, dass eine Belehrung erfolgt ist.

begehrt K die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises Zugum-Zug gegen die Rückgabe der Fahrräder. Und für einen solchen Anspruch besteht nach h.A. ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts gemäß § 29 Abs. 1 ZPO am Wohnsitz des Käufers.<sup>9</sup> Eine einheitliche Rückabwicklung am Wohnsitz des Käufers entspreche deshalb dem Parteiwillen, weil der Verkäufer gemäß § 269 Abs. 1 BGB ohnehin verpflichtet sei, die mangelhafte Sache am Wohnsitz des Käufers abzuholen. Somit könne er auch bei dieser Gelegenheit seine Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises erfüllen.

Diese Argumentation ist zwar nicht völlig zweifelsfrei. Fraglich ist insbesondere, warum der Käufer einen Gerichtsstand am eigenen Wohnsitz gerade dann bekommen soll, wenn er seinerseits zur Rückgewähr der Kaufsache verpflichtet ist. Würde er nur auf die Rückzahlung des Kaufpreises klagen, so müsste er nach § 29 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 270 Abs. 1, 4, 269 Abs. 1 BGB den Verkäufer an dessen Sitz verklagen. Für die h.A. spricht jedoch neben den bereits genannten Argumenten der Gesichtspunkt der Prozessökonomie. Durch die Annahme eines einheitlichen Erfüllungsortes wird vermieden, dass der Streit um ein einheitliches Vertragsverhältnis an zwei verschiedenen Gerichtsständen ausgetragen werden muss. Der h.A. ist somit zu folgen.

Das AG München ist auch örtlich zuständig.<sup>10</sup>

Die Klage des K ist zulässig.

**B. Begründetheit der Klage**

**I. Anspruch von Kern (K) auf Rückzahlung des Kaufpreises für beide Fahrräder gegen die Hell Rad Manufaktur (H)**

*1. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 8 gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB*

K könnte gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 1.350 € für das Modell Senior 8 gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB haben. Dafür müsste K eine Rücktrittserklärung abgegeben und ein Rücktrittsrecht gehabt haben und der Rücktritt dürfte nicht wegen Zeitablaufs unwirksam sein.<sup>11</sup>

*a) Rücktrittserklärung, § 349 BGB*

K hat von H die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt und somit nach §§ 133, 157 BGB eine Rücktrittserklärung im Sinne des § 349 BGB abgegeben.

<sup>9</sup> OLG Hamm NJW-RR 2016, 177; OLG Schleswig, Urt. v. 4.9.2012 – 3 U 99/11 = NJOZ 2013, 1255; OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 08406; OLG Karlsruhe NJOZ 2014, 530; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 269 Rn. 16. Zur alten Rechtslage ebenso BGHZ 87, 104 = NJW 1983, 1479 Rn. 14.

<sup>10</sup> Eine andere Ansicht ist ebenfalls vertretbar. Dann wäre hilfsgutachterlich weiter zu prüfen.

<sup>11</sup> Vgl. zur Prüfung kaufrechtlicher Anspruchsgrundlagen *Fervers*, JURA 2015, 11.

*b) Rücktrittsrecht*

Ein Rücktrittsrecht bestünde nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB, wenn ein Kaufvertrag vorläge, ein Sachmangel gegeben wäre und K erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hätte.

*aa) Kaufvertrag*

Ein Kaufvertrag zwischen H und K liegt vor. Da es sich bei H um eine rechtsfähige Außen-GbR handelt,<sup>12</sup> ist auch H selbst und sind nicht ihre Gesellschafter Vertragspartner.

*bb) Sachmangel*

Fraglich ist, ob bei Gefahrübergang ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB gegeben war. Zwar war bei Übergabe und damit bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) das linke Pedallager defekt und somit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft. Jedoch ist dieser konkrete Sachmangel mittlerweile behoben. Zu prüfen ist aber, ob ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB nicht gleichwohl weiterhin gegeben oder neu entstanden ist, weil im Zuge der Nacherfüllung ein defektes rechtes Pedal an das Fahrrad montiert wurde.

*(1) Erste Ansicht: Einordnung bei Nacherfüllung verursachter Defekte als Schäden aus Nebenpflichtverletzung*

Auf den ersten Blick spricht gegen die Annahme eines Sachmangels, dass das rechte Pedal ursprünglich bei Gefahrübergang mangelfrei war. Und nach der Konzeption des deutschen Rechts ist die Aufgabe der Nachbesserung ausweislich des Wortlauts des § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB die Beseitigung des Mangels und nicht allgemein die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. Zumindest ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>13</sup> und ein Teil der Literatur<sup>14</sup> stehen deshalb auf dem Standpunkt, dass Beschädigungen der Kaufsache bei Gelegenheit der Nacherfüllung zwar zu einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB führen, jedoch nicht „rückwirkend“ einen Sachmangel bei Gefahrübergang begründen können. Die Einordnung als Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB hätte für den Käufer zudem den Vorteil, dass er hinsichtlich des neu aufgetretenen Mangels nicht erneut eine Frist setzen, sondern den mangelbedingten Minderwert sofort als „einfachen“ Schadensersatz liquidieren könnte.

*(2) Zweite und vorzugswürdige Ansicht: Sachmangel weiterhin gegeben*

Für die Bejahung eines fortdauernden Sachmangels spricht jedoch zunächst das Konzept der einheitlichen Pflichtver-

letzung im neuen Schuldrecht.<sup>15</sup> Sofern zwar der konkrete technische Defekt beseitigt, dieser jedoch zugleich durch einen neuen ersetzt wird, dauert die Pflichtverletzung in Gestalt der nach wie vor ausstehenden Leistung einer nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten einwandfreien Kaufsache an. Sofern sich beispielsweise ein Fernseher aufgrund eines technischen Defektes nicht anschalten lässt, dann bei der Nacherfüllung zwar die technische Ursache hierfür behoben, aber ein anderer Defekt verursacht wird, der seinerseits dazu führt, dass der Fernseher nicht funktioniert, fehlt es weiterhin an der Funktionsfähigkeit des Gerätes und erscheint es deshalb durchaus naheliegend, die Behebung des Sachmangels zu verneinen. Insbesondere bei einer weniger technischen als auf die Funktionsfähigkeit der Kaufsache abstellenden Betrachtung spricht deshalb viel dafür, dass der Austausch des linken Pedals bei gleichzeitigem Einbau eines defekten rechten Pedals den ursprünglichen Sachmangel nicht vollständig behoben hat.

Vor allem aber ist es in der Sache unangemessen, den Käufer in Fällen wie dem vorliegenden auf einen bloßen Schadensersatzanspruch zu verweisen. Dies insbesondere deshalb, weil ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB – anders als die Gewährleistungsrechte Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung – stets eine verhaltensbezogene Pflichtverletzung und ein Vertretenmüssen des Verkäufers voraussetzt. Es erscheint aber verfehlt, den Verkäufer, der mit der Vornahme der Nacherfüllung lediglich seiner Pflicht zur mangelfreien Leistung nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nachkommt, für während dieser Nacherfüllung entstandene Qualitätsdefizite nur verschuldensabhängig einstehen zu lassen.<sup>16</sup> Denn dass der Verkäufer im Wege der Nacherfüllung die Sollbeschaffenheit der Kaufsache verschuldensunabhängig herstellen muss (bzw. im Rahmen des Rücktritts oder der Minderung verschuldensunabhängig dafür einstehen muss), rechtfertigt sich aus dem synallagmatischen Charakter des Kaufvertrages, der vertraglichen Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung: Der Käufer hat den Kaufpreis nur für die qualitativ einwandfreie Sache versprochen. Auch bei erst im Zuge der Nacherfüllung durch den Verkäufer verursachten Defekten sollte es deshalb bei der Wertung bleiben, dass der Verkäufer unabhängig von der Frage, ob ihm ein Verschulden vorzuwerfen ist, nur dann den (vollen) Kaufpreis als Gegenleistung „verdient“, wenn er seinerseits eine einwandfreie Kaufsache liefert. Den Verkäufer für im Zuge der Nacherfüllung eingetretenen Defekten der Kaufsache nur so einstehen zu lassen wie bei Beschädigung sonstiger Rechtsgüter des Käufers, die nicht in das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung einbezogen sind, ist deshalb verfehlt.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Vgl. unter A. I.

<sup>13</sup> OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503; tendenziell ebenso OLG Düsseldorf NJW 2014, 2802 (2803).

<sup>14</sup> Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.11.2015, § 440 Rn. 26; Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 439 Rn. 45; Cziupka/Kliebisch, JuS 2008, 855 (856); Stodolkowitz, ZGS 2010, 448 (451).

<sup>15</sup> Ausführlich hierzu Gsell, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 337.

<sup>16</sup> Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 32. Ed., Stand: 1.8.2014, § 439 Rn. 64.

<sup>17</sup> In diesem Sinne und ausführlich zur gesamten Problematik Gsell, in: Festschrift für Peter Derleder zum 75. Geburtstag, 2015, S. 135 (145 ff.).

Davon abgesehen ist zumindest beim Verbrauchsgüterkauf fraglich, ob die Bejahung eines Sachmangels in Konstellationen wie der vorliegenden nicht europarechtlich geboten ist. Zwar ordnet Art. 3 Abs. 1 der VerbrGüterKaufRL lediglich an, dass der Verkäufer dem Käufer für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung besteht. Jedoch lässt sich Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie entnehmen, dass die Nacherfüllung auch zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands führen muss („unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“).<sup>18</sup> Im Übrigen stellt der von der Gegenauffassung herangezogene Gesichtspunkt, ob ein Mangel nur bei Gelegenheit der Nacherfüllung verursacht wird, kaum ein taugliches Abgrenzungskriterium dar. Schließlich kommt hinzu, dass dem Käufer mit einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bei gleichzeitigem Ausschluss des Rücktrittsrechts unter Umständen wenig geholfen ist. Denn es kann Fallkonstellationen geben, in denen der Käufer aufgrund des nachträglich entstandenen Mangels an der Kaufsache schlicht kein Interesse mehr hat. Hier kann die Liquidierung des mangelbedingten Minderwertes im Wege des Schadensersatzes unzureichend sein. Die besseren Gründe sprechen deshalb insgesamt dafür, einen Sachmangel bei Gefahrübergang auch dann zu bejahen, wenn dieser erst bei Gelegenheit der Nacherfüllung entstanden ist.

*Hinweis:* An dieser Stelle ist eine andere Ansicht gleichwertig vertretbar. Ebenfalls vertretbar ist es, die Problematik im Rahmen der Frage zu behandeln, ob erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass kein Sachmangel vorliegt, so stünde K allenfalls ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu. Zwar lägen dessen Voraussetzungen wohl vor<sup>19</sup>,

<sup>18</sup> Ähnlich *Faust* ([Fn. 16], § 439 Rn. 64), der darauf hinweist, dass die Nacherfüllung nach Art. 3 Abs. 3 S. 3 der VerbrGüterKaufRL ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss.

<sup>19</sup> Zwischen K und H besteht mit dem Kaufvertrag ein Schuldverhältnis. Hält man nur die ursprünglich gegebenen Defekte als Sachmängel bei Gefahrübergang für relevant, so liegt in der Beschädigung der Kaufsache bei Gelegenheit der Nacherfüllung auch die Verletzung einer Nebenpflicht. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich H nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann und es liegt ein Schaden in Höhe der Wertminderung durch das defekte Pedal vor. Der Anspruch wäre auch nicht nach §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB verjährt: Ansprüche aus Nebenpflichtverletzungen, die nicht mit einem Mangel der Kaufsache in Zusammenhang stehen, unterliegen nämlich nicht der kaufrechtlichen, sondern der Regelverjährungsfrist (BGHZ 66, 208 = NJW 1976, 1353; *Matusche-Beckmann* [Fn. 14], § 438 Rn. 27 m.w.N.). Und dass die Nebenpflichtverletzung nicht im Zusammenhang mit einem Sachmangel steht, müsste konsequenterweise angenommen werden, wenn man sich zuvor auf den Standpunkt gestellt hat, dass nur Defekte bei Gefahrübergang relevant sind.

K hat jedoch insoweit keine Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz beantragt.<sup>20</sup>

#### cc) Fristsetzung

Eine nach § 323 Abs. 1 BGB an sich erforderliche Frist hat K nicht gesetzt. Allerdings könnte die Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB wegen besonderer Umstände oder nach § 440 S. 1 Alt. 3 BGB wegen Unzumutbarkeit entbehrlich sein. Zu berücksichtigen ist nämlich zum einen, dass H schon einmal insofern erfolglos nacherfüllt hat, als sie im Zuge der Nacherfüllung den Defekt am rechten Pedal verursacht hat.<sup>21</sup> Zum anderen hat K zwischenzeitlich bei der Benutzung eines anderen Modells von H (Senior 11) dadurch einen Unfall erlitten, dass H einen veralteten Reifen auf das Fahrrad aufgezogen hat. Der Käufer eines neuen Fahrrades kann aber erwarten, dass die Reifen nicht nur unbenutzt sind, sondern auch nicht überaltert.<sup>22</sup> Zwar waren Übergabe und Übereignung des Senior 11-Modells nicht Gegenstand des Kaufvertrags bezüglich des Modells Senior 8. Jedoch besteht durch den „Doppelkauf“ durchaus eine vertragliche Verknüpfung zwischen beiden Rädern. Doch auch abgesehen davon erscheint eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für den Käufer nicht mehr zumutbar, wenn sich herausstellt, dass im Betrieb des Verkäufers nicht sorgfältig gearbeitet wird<sup>23</sup> und wenn der Verkäufer durch Unachtsamkeit in Bezug auf eine Kaufsache sogar einen Unfall des Käufers verursacht hat. Insbesondere bei Fahrrädern, die regelmäßig im Straßenverkehr eingesetzt werden und bei denen Materialfehler leicht zu einem Sturz oder zu schweren Unfällen führen können, muss der Kunde sich auf die technischen Fertigkeiten des Verkäufers verlassen können. Andernfalls ist die für die Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage entzogen. Die Fristsetzung war somit entbehrlich.

*Hinweis:* a.A. gleichwertig vertretbar.

Ein Rücktrittsgrund liegt damit vor.

<sup>20</sup> Gemäß § 308 Abs. 1 ZPO dürfte das Gericht dem K deshalb insoweit an sich auch keinen Schadensersatz zusprechen. Nach § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO müsste das Gericht K allerdings wohl einen Hinweis erteilen, wenn es der Meinung ist, dass zwar kein Mangel vorliegt, aber ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommt.

<sup>21</sup> Für ein Fehlschlagen der Nacherfüllung bei Verursachung eines weiteren Mangels *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 440 Rn. 10. Für ein Fehlschlagen der Nachbesserung, wenn das gerügte Mangelsymptom weiter auftritt BGH NJW 2011, 1664. Ausführlich *Gsell* (Fn. 17), S. 150 ff.

<sup>22</sup> Vgl. AG Starnberg NJW-RR 2010, 1359; BGH NZV 2004, 183; OLG Stuttgart NZV 1991, 68.

<sup>23</sup> Vgl. *Faust* (Fn. 16), § 440 Rn. 37.

c) *Keine Unwirksamkeit des Rücktritts nach §§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB*

Der Rücktritt könnte jedoch gemäß §§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB wegen Zeitablaufs unwirksam sein. Gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB verjährt der Anspruch auf Nacherfüllung in zwei Jahren ab Ablieferung der Kaufsache. K hat das Fahrrad am 30.4.2013 erworben, sodass der Anspruch auf Nacherfüllung an sich gemäß §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 30.4.2015 bereits verjährt war.<sup>24</sup> Selbst wenn man §§ 203, 209 BGB während laufender Nacherfüllungsbemühungen entsprechend anwenden will<sup>25</sup>, so wäre die Verjährung gemäß § 203 S. 2 BGB drei Monate nach dem Ende der „Verhandlungen“ (3.4.2015) – also am 3.7.2015 – eingetreten, sodass sich auch hierdurch für K kein günstigeres Ergebnis ergäbe.

Dem steht nicht per se entgegen, dass das Fahrrad mit dem nunmehr relevanten Sachmangel – dem defekten rechten Pedal – erst am 3.4.2015 an K übergeben wurde. Denn sofern man sich auf den Standpunkt stellen würde, dass die Nachbesserung bezüglich der neu eingebauten Teile die Gewährleistungsfrist nicht erneut in Gang setzt, so könnte K nicht besser stehen, wenn statt einem defekten linken ein defektes rechtes Pedal eingebaut wird. Jedoch ist gerade fraglich, ob die Nachbesserung nicht dazu führt, dass die Gewährleistungsfrist bezüglich der neu eingebauten Teile neu zu laufen beginnt.

Dagegen spricht zwar, dass der Käufer damit auf erste Sicht in Bezug auf ausgetauschte Teile bzw. eine gelieferte Ersatzsache besser stünde als in Bezug auf diejenigen Teile, die unangetastet blieben. Hinsichtlich der ausgetauschten Teile bzw. der Ersatzsache würde die Gewährleistungsfrist nämlich insgesamt über die in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB angeordnete Frist von zwei Jahren hinaus andauern. Bei der Ersatzlieferung stünden ihm gar bezüglich der gesamten Kaufsache weitere zwei Jahre Gewährleistung zu, was im Übrigen einen verfehlten Anreiz für den Käufer schaffen könnte, immer die Ersatzlieferung zu wählen. Auf nähere Sicht erscheint ein solcher Neubeginn der Verjährung hinsichtlich neu eingebauter Teile bzw. der Ersatzsache aber dennoch gerechtfertigt. Denn viele, wenn nicht die allermeisten Defekte sind so beschaffen, dass sie sich typischerweise oder gar notwendig bei oder einige Zeit nach Ingebrauchnahme der Sache zeigen. Vielfach wird deshalb die Sachlage so sein, dass der Käufer dann, wenn sich bei einer von ihm erworbenen Sache ein bestimmter Defekt bislang nicht gezeigt hat, mit einem solchen Defekt auch nicht mehr zu rechnen braucht. Um diesen Vorteil der „Bewährung“ der Sache bringt man ihn, wenn durch Einbau neuer Teile im Zuge einer Reparatur bzw. die Leistung einer Ersatzsache keine neue

Verjährungsfrist in Gang gesetzt wird.<sup>26</sup> Dies zeigt sich gerade an Konstellationen wie der vorliegenden, in denen der Käufer kurz vor Fristablauf seine Gewährleistungsrechte geltend macht. Unterstellt man etwa vorliegend, dass ein Defekt im Pedallager dann, wenn er auch im rechten Pedal anfänglich vorhanden gewesen wäre, sich mit hoher Wahrscheinlichkeit innerhalb der Zwei-Jahres-Frist gezeigt hätte, so wird der Käufer um den Vorteil der Bewährung des ursprünglichen rechten Pedals gebracht, wenn er nun ein Austauschteil erhält und ihm die Möglichkeit versagt wird, den erwartungsgemäß erst nach dem Austausch und nach Ablauf der ursprünglichen Gewährleistungsfrist beim Gebrauch zu Tage tretenden Mangel des Austauschertes noch geltend zu machen.<sup>27</sup>

Zu einem anderen Ergebnis wird man gelangen müssen, wenn man wie die Rechtsprechung einen Neubeginn der Verjährung über § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB annimmt. Nach Ansicht des BGH soll ein Anerkenntnis dann anzunehmen sein, wenn der Verkäufer aus der Sicht des Käufers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Maßgeblich hierfür seien vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten.<sup>28</sup> Zwar hat H zweifelsfrei in dem Bewusstsein gehandelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Hiermit hat er jedoch allenfalls das Vorliegen des ursprünglichen Mangels – des linken Pedals – anerkannt, nicht aber das Vorliegen eines Mangels beim rechten Pedal. Gegen diesen Lösungsweg spricht allerdings, dass der Verkäufer durch entsprechende (Vorbehalts-) Erklärungen leicht den Neubeginn der Verjährungsfrist verhindern könnte. Ein Anerkenntnis würde ja nach der Rechtsprechung bereits dann ausscheiden, wenn der Verkäufer die Nachbesserung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ vornähme. Die besseren Gründe sprechen deshalb für einen Neubeginn der Verjährung unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

<sup>26</sup> Ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand *Gsell* (Fn. 17), S. 155 ff.

<sup>27</sup> Um diesen Bewährungsvorteil an einem überspitzten Beispiel noch deutlicher zu demonstrieren: Unterstellt, der Käufer macht am letzten Tag der Gewährleistungsfrist einen Materialfehler am Schlauch eines Staubsaugers geltend und verlangt Ersatzlieferung. Er erhält noch am selben Tag ein Ersatzgerät mit einwandfreiem Schlauch, bei dem sich aber die Saugleistung nicht regulieren lässt, weil in der Elektronik ein dafür notwendiges Teil fehlt. Dies bemerkt der Käufer am nächsten Tag, als er das Gerät ausprobiert. Hätte das ursprüngliche Gerät einen entsprechenden Defekt aufgewiesen, wäre dies dem Käufer selbstverständlich nicht verborgen geblieben. Damit, dass in der Elektronik das betreffende Teil fehlte und diese deshalb insoweit nicht funktionierte, musste der Käufer nicht mehr rechnen.

<sup>28</sup> BGHZ 164, 196 = NJW 2006, 47; ähnlich OLG Karlsruhe NJW 2009, 1150 (1151); LG Koblenz NJW-RR 2007, 272 f.; zum Ganzen *Matusche-Beckmann* (Fn. 14), § 438 Rn. 21 f. mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>24</sup> Vgl. zur Fristberechnung *Fervers*, in: Beck'sche Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.2.2016, § 188 Rn. 32 f.

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 587; *Grothe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 203 Rn. 6.

Der Rücktritt ist somit nicht wegen Zeitablaufs nach §§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB unwirksam.

*Hinweis:* a.A. vertretbar.

*d) Zwischenergebnis*

K hat gegen H einen Anspruch auf die Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 8 abzüglich erlangter Gebrauchsvorteile Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrrads gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB.

*2. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 8 gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3 281 BGB*

Ob man einen Anspruch auf die Rückzahlung des Kaufpreises zusätzlich aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB bejaht, hängt davon ab, ob man die erbrachte Gegenleistung in die Schadensberechnung einbezieht. Auch wenn die Rechtsprechung dem zuneigt, besteht nach der Schuldrechtsreform an sich hierfür keine Notwendigkeit mehr, da gemäß § 325 BGB Rücktritt und Schadensersatz nunmehr nebeneinander geltend gemacht werden können.<sup>29</sup> Überdies ist bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen, dass an sich aufgrund des Anspruchs aus §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB kein Schaden gegeben ist.

*3. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 11 gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB*

Ein Anspruch auf die Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 11 nach §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB besteht schon deshalb nicht, weil ein etwaiges Rücktrittsrecht wegen Zeitablaufs nach §§ 437 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB nicht mehr wirksam ausgeübt werden kann.

*4. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 11 gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB*

Einem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB steht gemäß §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB die Einrede der Verjährung entgegen.

**II. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 €**

*1. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 € gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB*

Einem möglichen Anspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB steht gemäß §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, 438 Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB die Einrede der Verjährung entgegen.

*2. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 € gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG*

Ein Anspruch des K gegen H auf Schadensersatz nach § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG besteht ebenfalls nicht. Denn gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG kann ein solcher Anspruch bei einer Sachbeschädigung nur bestehen, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird. Und da der defekte Reifen Teil des Fahrrads war, ist dieses nicht als andere Sache anzusehen. Entgegen einer in der Literatur vereinzelt vertretenen Auffassung<sup>30</sup> ist auch die Problematik der „Weiterfresserschäden“ nicht auf § 1 Abs. 1 ProdHaftG zu übertragen: § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG dient der Umsetzung von Art. 9 lit. b der RL 85/374/EWG, der für alle Mitgliedstaaten einheitlich die vertragliche von der außervertraglichen Haftung abgrenzen sollte.<sup>31</sup>

*3. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 € gemäß § 823 Abs. 1 BGB*

K könnte aber einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB gegen H haben.

*a) Rechtsgutsverletzung*

Zunächst müsste eine Rechtsgutsverletzung vorliegen, wobei hier nur eine Eigentumsverletzung in Betracht kommt.

Hinsichtlich des veralteten Reifens liegt zwar keine Eigentumsverletzung vor, da K diesen von vorneherein als fehlerhaft erworben hat und sein Eigentum daran im Folgenden nicht weiter beeinträchtigt wurde.

Der fehlerhafte Reifen hat jedoch durch den Unfall die Zerstörung des Fahrrads verursacht, das ursprünglich im Übrigen fehlerfrei in das Eigentum des K übergegangen war (sog. „Weiterfresserschaden“). Ob der „Weiterfresserschaden“ unter § 823 Abs. 1 BGB fällt, hängt davon ab, ob man in ihm eine Verletzung des deliktsrechtlich relevanten Integritätsinteresses oder des nur vertraglich geschützten Äquivalenzinteresses sieht. Nur wenn man eine Verletzung des deliktsrechtlich relevanten Integritätsinteresses annimmt, wäre eine Eigentumsverletzung gegeben.

Der BGH bejahte unter dem alten Schuldrecht auch für die Fallgruppe der sog. „weiterfressenden Mängel“, bei der ein Mangel zu Folgeschäden an der Kaufsache selbst führt, in ständiger Rechtsprechung einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, sofern der geltend gemachte Schaden mit dem anfänglichen Mangelunwert der mangelhaften Kaufsache *nicht stoffgleich* ist, also nicht das sog. vertragliche Äquivalenzinteresse geltend gemacht wird, sondern das deliktsrechtlich geschützte Integritätsinteresse.<sup>32</sup> Dies ist nach traditioneller Rechtsprechung des BGH der Fall, wenn der ursprüngliche Mangel ein funktional abgrenzbares Einzelteil

<sup>30</sup> Mayer, VersR 1990, 691 (698).

<sup>31</sup> Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1 ProdHaftG Rn. 8 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>32</sup> GrdIgd. BGHZ 67, 359 = NJW 1977, 379 (Schwimmerschalter); die „Stoffgleichheits“-Formel wird praktiziert seit BGHZ 86, 256 = BGH NJW 1983, 810 (Gaszug).

<sup>29</sup> Ausführlich hierzu Gsell/Fervers, ZJS 2014, 282 (284 Fn. 12).

betrifft, der ursprüngliche Mangel mit relativ geringem Aufwand hätte beseitigt werden können und der ursprüngliche Mangelunwert verglichen mit dem jetzigen Schaden relativ geringfügig war.

Diese Rechtsprechung wurde und wird von vielen mit dem Argument kritisiert, hier würden die Grenzen der vertragsrechtlichen Haftung (insbesondere die gegenüber der Regelverjährung kürzeren und kenntnisunabhängigen Gewährleistungsfristen) unterlaufen<sup>33</sup>, zudem würde derjenige privilegiert, der von vornherein eine unbrauchbare Sache leiste, da dieser im Vergleich zu einem nur geringfügig mangelhaft Leistenden nicht gem. § 823 Abs. 1 BGB hafte.

Diese Kritik vermag jedoch nicht zu überzeugen.<sup>34</sup> Eigentum an der Kaufsache ist deliktsrechtlich Eigentum wie an jeder anderen Sache auch, also kein Eigentum „zweiter Klasse.“ Der deliktsrechtlich ersatzfähige Schaden ist außerdem mit dem vertraglichen Äquivalenzinteresse nicht identisch.

Dass durch die freie Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsrecht die vertragsrechtlichen Haftungsgrenzen im Ergebnis mitunter unterlaufen werden können, mag zutreffend sein, ist aber keine Besonderheit der Fallgruppe der „weiterfressenden“ Mängel. Die Gegenmeinung ist deshalb inkonsequent, wenn sie zwar bei Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Käufers<sup>35</sup>, nicht aber bei „Weiterfresserschäden“ für eine freie Anspruchskonkurrenz plädieren. Dass der Hersteller sich deliktsrechtlich gegenüber dem Geschädigten nicht auf die eben nur relativ wirkenden Haftungsschranken aus dem Kaufvertrag mit seinem Abnehmer berufen kann, ist außerdem in der Sache richtig und angemessen, da die deliktsrechtliche Haftung nicht an das vertragliche Versprechen anknüpft, sondern an die Produktsicherheit, die der Rechtsverkehr erwarten darf.

Vorliegend war zunächst nur der Reifen und somit ein abgrenzbares Einzelteil des Fahrrads betroffen. Dieser Mangel hätte durch das Aufziehen eines neuen Reifens mit relativ geringem Aufwand beseitigt werden können. Der ursprüngliche Mangelunwert, der auf dem abgenutzten Reifen beruht, war auch im Vergleich zum jetzigen Schaden geringfügig. Somit ist dieser Schaden (= Unfallschaden) auch nicht im Sinne der Rechtsprechungs-Formel mit dem anfänglichen Mangelunwert in Gestalt des mangelhaften Reifens „stoffgleich“.

#### b) Verletzungshandlung und haftungsbegründende Kausalität

Ob die nach § 823 Abs. 1 BGB erforderliche Verkehrspflichtverletzung im Inverkehrbringen der mangelhaften Sache oder nur in der mangelnden Instruktion über den Fehler liegt<sup>36</sup>, kann offen bleiben.

<sup>33</sup> Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn 581 ff.; Wagner (Fn. 31), § 823 Rn. 195; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 954; Grigoleit, ZGS 2002, 75.

<sup>34</sup> Dazu ausf. Gsell, NJW 2004, 1913 und dies., Substanzverletzung und Herstellung, 2003, passim.

<sup>35</sup> Wagner (Fn. 31), § 823 Rn. 195.

<sup>36</sup> So insbesondere Gsell, NJW 2004, 1913 und dies., Substanzverletzung und Herstellung, 2003, passim.

H hat einen veralteten Reifen in den Verkehr gebracht und es unterlassen, K hierüber zu informieren. Beides ist auch kausal für die Zerstörung des Fahrrads.

#### c) Rechtswidrigkeit und Verschulden

Bei sorgfältiger Inspektion und einwandfreiem fachmännischen Umgang hätte H erkennen müssen, dass er einen alten Reifen aufgezogen hatte. Dies insbesondere deshalb, weil das Herstellungsdatum auf dem Reifen ausgezeichnet war, sodass eine Untersuchung für H auch keinen nennenswerten Aufwand erfordert hätte.

#### d) Schaden und haftungsausfüllende Kausalität

K kann daher Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB verlangen. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB kann er deshalb auch nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn H sein Eigentum nicht verletzt hätte. Sofern K also Wiederbeschaffungskosten in Höhe von 1.200 € für das Senior 11 in mangelfreiem Zustand geltend macht, so ist der Schaden deshalb zu hoch angesetzt, weil K niemals Eigentümer eines neuen mangelfreien Senior 11 war. Sein Eigentum erstreckte sich lediglich auf ein neues Senior 11 mit einem veralteten Reifen. Danach besteht für K lediglich ein Schaden in Höhe des objektiven Wertes des Fahrrads mit dem veralteten Reifen (im Sachverhalt nicht angegeben).

K hat gegen H einen Schadensersatzanspruch in entsprechender Höhe gemäß § 823 Abs. 1 BGB.

### III. Ergebnis

Die Klage ist deshalb ganz überwiegend begründet.

# Examensklausur: Flüchtlingskrise\*

Von Prof. Dr. **Christoph Herrmann**, Wiss. Mitarbeiterin **Viktoria Sauter**, Passau\*\*

## Sachverhalt

Im Jahr 2015 erlebte Europa den größten Migrantenzustrom seit dem Zweiten Weltkrieg. Immer mehr Menschen verlasen auf der Flucht vor Krieg und Gewalt oder auf der Suche nach einer besseren Zukunft in Europa ihr Heimatland. Allein in Deutschland wurden im Jahr 2015 mehr als eine Million Asylbewerber von den Behörden registriert. Der der C-Partei angehörende Ministerpräsident S des Bundeslandes B sieht dieser Entwicklung mit großer Besorgnis entgegen. B sei angesichts seiner geographischen Lage am Ende der sogenannten „Balkan-Route“, über die die meisten Menschen die Bundesrepublik erreichen, besonders großen Herausforderungen bezüglich der Aufnahme der Flüchtlinge ausgesetzt. Für das Ausmaß der Krise macht S nicht zuletzt die Bundesregierung verantwortlich. Bei ihrer alljährlichen Sommerpressekonferenz äußerte sich Bundeskanzlerin M am 31.8.2015 zuversichtlich in Bezug auf die Bewältigung der Flüchtlingskrise in Deutschland und betonte: „Deutschland ist ein starkes Land. [...] Wir haben so vieles geschafft. Wir schaffen das!“. In der Nacht auf den 5.9.2015 fällt M dann die Entscheidung, Tausenden von Flüchtlingen, die seit mehreren Tagen in Ungarn festsäßen, die Weiterreise nach Deutschland zu ermöglichen. Die Aussage der Kanzlerin und die Grenzöffnung sendeten nach Ansicht von S das Signal aus, dass Deutschland bereit sei, ungeachtet etwaiger Kapazitätsgrenzen humanitären Schutz zu gewähren. Tatsächlich verschärfte sich die Situation in Deutschland, insbesondere in B, in den folgenden Wochen spürbar. Das unionsrechtliche „Dublinsystem“, nach dem grundsätzlich stets der europäische Mitgliedstaat zur Durchführung des Asylverfahrens verpflichtet ist, in dem der Asylsuchende die EU zuerst betreten hat, fand faktisch kaum noch Anwendung. Stattdessen ließen viele Mitgliedstaaten an den Außengrenzen der EU und entlang der Balkanroute die Flüchtlinge Richtung Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat ihrer Wahl passieren, ohne sie zu registrieren oder ein Asylverfahren einzuleiten. Angesichts dieses Scheiterns des europäischen Grenz- und Aufenthaltssystems sieht S die Bundesregierung in der Pflicht, an den Grenzen umfassende Kontrollen durchzuführen und illegal Einreisende zurückzuweisen. Hierzu forderte S die Bundesregierung mit einem Schreiben vom 26.1.2016 auch ausdrücklich auf. Die Bundesregierung entgegnete S mit Schreiben vom 29.1.2016, dass sie seinen Forderungen nicht nachkommen werde. Das Schreiben erhielt S am 1.2.2016. Als die Bundesregierung ihre Politik daraufhin unverändert fortführt, überlegt S, wie er das Anliegen des Bundeslandes B vor dem BVerfG durchsetzen könnte. Er ist der Ansicht, dass B einen solch eklatanten Verstoß gegen das

deutsche Asylgesetz, das eindeutig vorsieht, dass Ausländern die aus einem sicheren Drittstaat einreisen, die Einreise zu verweigern ist, nicht hinnehmen muss. Eine etwaige Anordnung des Bundesministeriums des Innern sei jedenfalls nicht mehr von § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG gedeckt, da eine so wesentliche Entscheidung wie die andauernde unkontrollierte Aufnahme einer großen Anzahl an Flüchtlingen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten sei. Nach Ansicht des S kann B aufgrund der vielen Flüchtlinge, die täglich die Grenze überqueren, seine öffentlichen Aufgaben nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen. Vielerorts wurden Turnhallen und andere Notunterkünfte hergerichtet, um die Flüchtlinge zu versorgen und zu beherbergen. Trotzdem stoßen viele Städte und Kommunen nun an ihre Grenzen in Bezug auf eine angemessene Unterbringung und Versorgung, insbesondere die Gesundheitsversorgung. Auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, vor allem in und im Umfeld von Flüchtlingsunterkünften, stellt eine immer größer werdende Herausforderung dar und bindet Polizeikräfte, die dann an anderer Stelle nicht eingesetzt werden können. Langfristig steht B laut S vor kaum zu bewältigenden Aufgaben bezüglich der gesellschaftlichen Integration der Flüchtlinge, insbesondere der Flüchtlingskinder in das Schulsystem. Nach Ansicht von S genießen die Bundesländer bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen aufgrund Art. 30 GG verfassungsrechtlichen Schutz. Zwar gehöre die Grenz- und Asylpolitik zum Zuständigkeitsbereich des Bundes, doch gebiete es der Grundsatz der Bundestreue, dass der Bund bei der Ausübung seiner Kompetenzen auf die Interessen der Länder Rücksicht nehme. Sollte die jetzige Entwicklung ungehindert fortschreiten, sieht S das Bundesland B sogar in seiner Eigenstaatlichkeit bedroht. Diese sei durch das Bundesstaatsprinzip verfassungsrechtlich geschützt. Eine funktionierende Staatlichkeit setze eine wirksame Kontrolle der Grenzen und der auf dem Staatsgebiet befindlichen Personen voraus. Zudem sieht sich B aufgrund der vielen Flüchtlinge erheblichen, auch finanziellen Belastungen ausgesetzt, so dass das vom Grundgesetz geschützte Bild eines Sozialstaats nicht mehr gewährleistet werden könne. Die Bundesregierung hält eine Klage des Bundeslandes B für unzulässig. Die von B beanstandeten Maßnahmen der Bundesregierung seien inzwischen schon fast ein Jahr her; so spät könne sich B sicherlich nicht mehr dagegen wehren. Außerdem drohe hier ein unzulässiger „In-Sich-Streit“, da die C-Partei durch ihre Abgeordneten im Landtag von B die antragstellende Landesregierung stützt, und gleichzeitig Bundestagsabgeordnete derselben Partei die Antragsgegnerin, nämlich die Bundesregierung, stützen. Jedenfalls fehle es am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis, da der C-Partei aufgrund ihrer Sitze im Bundestag politische Wege offen stünden, um das Anliegen von B durchzusetzen. Zudem sei nicht ersichtlich, welche verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Bundeslandes B vorliegend durch das Handeln der Bundesregierung verletzt seien. In Bezug auf den geltend gemachten Verstoß gegen das Asylgesetz weist die Bundesregierung darauf hin, dass den Bundesländern keine allgemeine Rechtsaufsicht über

\* Die Klausur wurde im SS 2016 im Examensklausurenkurs an der Universität Passau gestellt.

\*\* Der Autor Herrmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Passau; die Autorin Sauter ist wiss. Mitarbeiterin ebendort.

Handlungen des Bundes zustehe. Soweit sich B darauf berufe, dass bestimmte von der Bundesregierung getroffene Entscheidungen durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber hätten erfolgen müssen, könne ein solcher Verstoß höchstens von Organen geltend gemacht werden, die unmittelbar am Gesetzgebungsverfahren des Bundes beteiligt seien. Dies sei bei den Ländern nicht der Fall. Eine Bedrohung der Eigenstaatlichkeit von B hält die Bundesregierung indes für abwegig. Weder das Staatsvolk noch das Staatsgebiet seien durch die Migration in ihrem Bestand gefährdet. Dem Bund sei durchaus bewusst, dass die Länder, insbesondere das Bundesland B, momentan erheblichen Belastungen aufgrund der vielen Flüchtlinge ausgesetzt seien. Jedoch sei nicht ersichtlich, dass dadurch das staatliche Gefüge oder die Sozialordnung im weiteren Sinne in Gefahr seien.

### Abwandlung (Teil 2)

Anders als im Ausgangsfall bleibt der Bund angesichts des nicht abbreißenden Zustroms an Migranten nicht untätig, sondern führt im September 2015 vorübergehende Kontrollen an den bundesdeutschen Außengrenzen ein. Diese werden von der Bundespolizei an den Straßen und in Zügen durchgeführt. Trotzdem werden in den folgenden zwei Monaten über 30.000 nichtregistrierte Migranten und Schleuser von Polizeibeamten des Bundeslandes B im Grenzgebiet zu Österreich aufgegriffen. Daraufhin bietet B dem Bund an, die Grenzsicherung durch eigene Landespolizeikräfte in Übereinstimmung mit dem Bund zu unterstützen. Auch der Bund ist der Auffassung, dass die Bundespolizei eine effektive Grenzsicherung mit den ihr zur Verfügung stehenden sachlichen und personellen Mitteln nicht gewährleisten kann. Daher erklärt er sich einverstanden mit einer Unterstützung durch die landespolizeilichen Kräfte des Bundeslandes B. Im Dezember 2015 schließen B und das Bundesministerium des Innern nach Maßgabe des § 2 Abs. 1, 3 BPolG eine schriftliche Vereinbarung, in der es unter anderem heißt:

„Das Bundesland B wird dazu ermächtigt, auf grenzüberschreitenden Staatsstraßen sowie entlang der Landgrenze zwischen den zugelassenen Grenzübergangsstellen Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrzunehmen. Im Übrigen wird der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes, insbesondere an grenzüberschreitenden Bundesstraßen von der Bundespolizei wahrgenommen.“

In den ersten Wochen funktioniert die Zusammenarbeit zwischen den Landes- und Bundespolizeikräften gut und es findet eine erheblich effektivere Kontrolle und Registrierung von Einreisenden an der bundesdeutschen Außengrenze statt. Im Frühjahr 2016 schließen dann mehrere Staaten entlang der sogenannten Balkan-Route ihre Grenzen, was zu einem erheblichen Rückgang der an der deutschen Grenze ankommenden Flüchtlinge führt. Aufgrund dieser Entspannung der Lage entschließt sich die Bundesregierung, Kräfte der Bundespolizei von der Grenze abzuziehen und in anderen Bereichen einzusetzen. Dies führt dazu, dass die Grenzkontrollen an den Bundesstraßen und Bundesautobahnen nur noch punktuell und lückenhaft durchgeführt werden. B ist der Auffassung, dass eine lückenlose Kontrolle und Registrierung der

Flüchtlinge nach wie vor notwendig ist. Aufgrund der schriftlichen Vereinbarung vom Dezember 2015 sei der Bund verpflichtet, entsprechende grenzpolizeiliche Maßnahmen weiterhin durchzuführen. Als der Bund sich trotz Aufforderung durch B weigert, wieder lückenlose Kontrollen an den Bundesstraßen einzuführen, überlegt B, wie es sein Anliegen gerichtlich durchsetzen könnte.

### Bearbeitervermerk

#### Teil 1

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten die Erfolgsaussichten einer am 2.7.2016 erhobenen Klage des Bundeslandes B vor dem BVerfG. Auf die Rechtmäßigkeit des Handelns der Bundesregierung nach Maßgabe asyl(verfahrens-)rechtlicher oder unionsrechtlicher Vorschriften ist nicht einzugehen. Insoweit soll die Rechtmäßigkeit unterstellt werden. Die C-Partei regiert im Bundesland B mit absoluter Mehrheit. Auf Bundesebene ist die C-Partei mit 56 Abgeordneten im Bundestag vertreten und stellt drei von insgesamt sechzehn Regierungsgliedern.

#### Teil 2

In einem umfassenden Rechtsgutachten ist die Zulässigkeit einer Klage des Bundeslandes B gegen den Bund auf Einhaltung der schriftlichen Vereinbarung zu prüfen.

### Lösungsvorschlag

#### Teil 1: Klage des Bundeslandes B vor dem BVerfG

Eine Klage des Bundeslandes B hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### I. Zulässigkeit

##### 1. Zuständigkeit des BVerfG

Zunächst stellt sich die Frage, mit welcher Verfahrensart das Bundesland B seine Rechte vor dem BVerfG geltend machen kann. B wendet sich vorliegend gegen konkrete Maßnahmen bzw. ein Unterlassen der Bundesregierung. Ein Organstreitverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG kommt nicht in Betracht: Zwar können in diesem Verfahren Pflichtverletzungen der Bundesregierung gerügt werden, doch wäre B nicht antragsberechtigt, da es als Bundesland weder ein oberstes Bundesorgan ist noch ein anderer Beteiligter, der durch das Grundgesetz oder eine Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet ist. In Betracht kommt daher nur ein Bundes-Länder-Streit gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG. Eine Meinungsverschiedenheit über Rechte und Pflichten des Bundes liegt vor. Diese ist auch verfassungsrechtlicher Art, da B die Verletzung von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten rügt. Die Zuständigkeit des BVerfG ergibt sich daher aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG.

##### 2. Antragsberechtigung

Der Antrag ist gemäß § 68 BVerfGG von der Landesregierung des Bundeslandes B zu stellen.

### 3. Tauglicher Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand im Bund-Länder-Streit ist gemäß §§ 69, 64 BVerfGG jede konkrete, rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung die dem Antragsgegner, hier der Bundesregierung, zurechenbar ist. Vorliegend kommen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht.

Die Äußerung der Bundeskanzlerin in der Sommerpressekonzferenz am 31.8.2015 („Wir schaffen das!“) stellt für sich genommen keine rechtserhebliche Maßnahme dar, da sie sich in der reinen Meinungskundgabe erschöpft und keine rechtlichen Folgen nach sich zog.<sup>1</sup>

Die Entscheidung vom 4.9.2015, tausenden Flüchtlingen die Weiterreise nach Deutschland zu ermöglichen, hatte hingegen unmittelbare rechtliche Folgen, da die Bundesregierung damit ihre eigene Zuständigkeit für die Durchführung der Asylverfahren der aufgenommenen Flüchtlinge begründete.<sup>2</sup> Die Entscheidung vom 4.9.2015 kommt somit als rechtserhebliche Maßnahme als Antragsgegenstand in Betracht. Es ist jedoch zu beachten, dass die „punktuellen“ Entscheidung am 4.9.2015 allein noch nicht die von B beklagte volle Belastungssituation hervorrief. Auch beanstandet B schwerpunktmäßig nicht diese eine Maßnahme, sondern die fortdauernde Weigerung der Bundesregierung, Maßnahmen zur Grenzsicherung zu ergreifen. Ein weiterer möglicher Anknüpfungspunkt wäre daher das fortdauernde Unterlassen der Bundesregierung, Grenzkontrollen durchzuführen und Flüchtlinge an der Grenze abzuweisen. Diese Unterlassung ist auch rechtserheblich, da der Bund damit auf den Vollzug geltenden Rechts verzichtet.

Tauglicher Antragsgegenstand im Rahmen des Bund-Länder-Streits ist somit sowohl die Entscheidung zur Grenzöffnung vom 4.9.2015 als auch der fortdauernde Verzicht auf Grenzkontrollen und Einreiseverweigerungen seitens des Bundes.

### 4. Form und Frist

Der Antrag muss binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden, §§ 69, 64 Abs. 3 BVerfGG.

Die Entscheidung zur Grenzöffnung wurde B am 4.9.2015 bekannt. Demnach begann die Frist zur Beanstandung dieser Maßnahme gemäß § 187 Abs. 1 BGB<sup>3</sup> am 5.9.2015 und endete gemäß § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 4.3.2016. Sollte sich B allein gegen die Grenzöffnung

vom 4.9.2015 wenden, wäre die Sechsmonatsfrist im Juli 2016 bereits verstrichen.

Wie bereits dargelegt, könnte B sich jedoch auch gegen das fortdauernde Unterlassen grenzpolizeilicher Maßnahmen durch den Bund wenden. Ist der Antragsgegenstand ein fortdauerndes Unterlassen, wird die Frist spätestens dadurch in Lauf gesetzt, dass sich der Antragsgegner erkennbar eindeutig weigert, in der ihm angesonnenen, aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnis resultierenden und ihm zumutbaren Weise tätig zu werden,<sup>4</sup> und der Antragsteller von dieser Weigerung Kenntnis erhält. Vorliegend wurde die Sechsmonatsfrist demnach dadurch in Gang gesetzt, dass S von dem Schreiben der Bundesregierung, mit dem sie ein Tätigwerden ablehnte, Kenntnis nahm. Fristbeginn war gem. § 187 Abs. 1 BGB der 2.2.2016, Fristende gem. § 188 Abs. 2 BGB der 1.8.2016, 24 Uhr. Somit wäre eine am 2.7.2016 erhobene Klage, die sich gegen das fortdauernde Unterlassen grenzpolizeilicher Maßnahmen wendet, noch fristgemäß.

Zielführender wäre es daher aus Perspektive des Bundeslandes, das Unterlassen des Vollzugs von Bundesrecht zu beanstanden.

Der Antrag müsste schriftlich und begründet sowie unter Angabe der Bestimmung des Grundgesetzes, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verstoßen wird, gestellt werden, §§ 23 Abs. 1, 69, 64 Abs. 2 BVerfGG.

### 5. Antragsbefugnis

Nach §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG muss der Antragsteller im Bund-Länder-Streit geltend machen, dass er durch die angegriffene Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Dabei genügt es im Rahmen der Antragsbefugnis, wenn die Möglichkeit einer Verletzung des Antragstellers in einer konkreten verfassungsrechtlichen Position nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint.<sup>5</sup> Nicht ausreichend ist hingegen die bloße Rüge einer Pflichtverletzung durch den Antragsgegner, ohne dass Auswirkungen auf eine eigene Rechtsposition geltend gemacht werden.

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 2, 143 (168 f.).

<sup>2</sup> Gemäß Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO hat jeder Staat die Möglichkeit, sich unabhängig von den in der VO festgelegten Kriterien für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutzes für zuständig zu erklären.

<sup>3</sup> Nach allg. Meinung können die §§ 187 ff. BGB auch für die Berechnung von Fristen im Bereich des öffentlichen Rechts herangezogen werden, vgl. BGHZ 59, 396 (397). Dementsprechend werden die §§ 187 ff. BGB auch zur Fristberechnung in Verfahren vor dem BVerfG angewendet, vgl. etwa BVerfGE 102, 254 (295).

<sup>4</sup> *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 48. Lfg., Stand: Februar 2016, § 64 Rn. 134; angesichts des fortdauernden Unterlassens und der sich kontinuierlich verändernden Sachlage kann auch ein steter Neubeginn der Frist in Erwägung gezogen werden, vgl. *Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, 2016, S. 115; *Lindner*, Verfassungsklage des Freistaates Bayern gegen den Bund wegen Flüchtlingspolitik? = BayRVR, Net-Dokument BayRVR20151111101, im Internet abrufbar unter <http://bayrvr.de/2015/11/11/verfassungsklage-des-freistaates-bayern-gegen-den-bund-wegen-fluechtlingspolitik/> (22.7.2016).

<sup>5</sup> BVerfGE 94, 351 (362 f.); 99, 19 (28).

a) *Antragsbefugnis aufgrund Verstoßes gegen einfaches Recht*

B führt zunächst aus, dass die Bundesregierung gegen geltendes einfaches Recht verstoße und B einen solchen Verstoß nicht hinzunehmen habe. Unabhängig davon, ob das Verhalten des Bundes tatsächlich rechtswidrig ist, stellt sich die Frage, ob ein Bundesland einen solchen Verstoß im Rahmen des Bund-Länder-Streits überhaupt rügen kann. § 18 Abs. 2 AsylG verpflichtet die Bundesgrenzbehörden zwar zur Abweisung von Flüchtlingen aus sicheren Drittstaaten, doch lässt sich daraus kein Recht der Länder auf ordnungsgemäßen Vollzug dieser Vorschrift ableiten. Ein allgemeines Recht der Länder auf Gesetzesvollzug durch den Bund besteht nicht. Auch führt das BVerfG im Rahmen des Bund-Länder-Streits keine bloße Gesetzes- und Rechtsaufsicht durch.<sup>6</sup> Demnach ist der bloße Hinweis, dass die Bundesregierung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist und daher dazu verpflichtet ist, geltendes deutsches Recht zu vollziehen, unzureichend um eine Antragsbefugnis seitens des Bundeslandes B zu begründen.

b) *Antragsbefugnis aufgrund Verstoßes gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*

Möglicherweise ergibt sich die Antragsbefugnis des Bundeslandes B aus dem geltend gemachten Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Nach diesem Grundsatz sind alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu treffen und dürfen nicht anderen Teilgewalten, insbesondere der Verwaltung, überlassen werden.<sup>7</sup> B ist der Ansicht, dass die von der Bundesregierung seit Monaten praktizierte Grenzpolitik der unkontrollierten Einreise nicht auf einer dahingehenden Ministeranordnung beruhen könne, da eine so wesentliche Entscheidung dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Unabhängig davon, ob eine etwaige Ministeranordnung tatsächlich gegen den allgemeinen Gesetzesvorbehalt verstoßen würde oder vielmehr von § 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG gedeckt wäre, stellt sich wieder die Frage, ob B einen solchen Verstoß in dieser Form im Rahmen des Bund-Länder-Streits überhaupt beanstanden kann.

Dafür müsste eine Verletzung des Bundeslandes in einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition zumindest als möglich erscheinen. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass das Recht der Länder, im Gesetzgebungsverfahren des Bundes mitzuwirken, durch Art. 50 GG geschützt ist. Doch wird insbesondere durch die systematische Einordnung der Vorschrift auch deutlich, dass das Mitwirkungsrecht nicht den einzelnen Ländern als solchen zusteht, sondern vielmehr dem aus den einzelnen Ländern zusammengesetzten Bundesrat. Dementsprechend können die Mitwirkungsrechte des Bundesrates nicht von einzelnen Ländern als eigene Rechte geltend gemacht werden.<sup>8</sup> Eine Verletzung von B in verfassungsrechtlich geschützten Rechtspo-

sitionen ist somit in diesem Zusammenhang von vornherein ausgeschlossen.<sup>9</sup>

c) *Antragsbefugnis aufgrund Verstoßes gegen Art. 30 und Art. 20 Abs. 1 GG*

B beruft sich darüber hinaus darauf, dass es seine Funktionen und Aufgaben aufgrund des Verhaltens der Bundesregierung nicht mehr ordnungsgemäß ausführen kann. In diesem Zusammenhang ist zumindest nicht auszuschließen, dass Art. 30 GG den Ländern bei der Erfüllung von staatlichen Aufgaben auch gewisse Schutzansprüche gegenüber dem Bund zuspricht. Jedenfalls sind die Länder aufgrund des in Art. 20 Abs. 1 GG normierten Bundesstaatsprinzips auch in ihrer Eigenstaatlichkeit geschützt.<sup>10</sup> Soweit sich B also darauf beruft, aufgrund des streitigen Verhaltens der Bundesregierung in seinen Rechten aus Art. 30 und 20 Abs. 1 GG verletzt zu sein, liegt eine Antragsbefugnis vor, da zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, dass eine derartige Verletzung tatsächlich gegeben ist.

6. *Rechtsschutzbedürfnis*

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis wird in aller Regel durch das Vorliegen einer Antragsbefugnis hinreichend belegt.<sup>11</sup> Im Einzelfall kann es jedoch in Frage stehen, insbesondere dann, wenn sich das Anstrengen eines Prozesses als rechtsmissbräuchlich darstellt oder dem Antragsteller einfachere zumutbare Wege offen stehen, um sein Prozessziel außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens zu erreichen.

a) *Unzulässiger „In-Sich-Streit“*

Unzulässig wäre der Rechtsstreit dann, wenn sich auf Seiten des Antragstellers und des Antragsgegners identische Parteien gegenüberstünden. Dies rügt die Bundesregierung im Hinblick darauf, dass sowohl die antragstellende Landesregierung als auch die antragsgegnerische Bundesregierung von Abgeordneten der C-Partei gestützt werden. Für die Zulässigkeit des Bund-Länder-Streits kommt es jedoch nicht auf die parteipolitische Teilidentität der Parteien an, sondern vielmehr ihre verfassungsrechtliche Einordnung als Körperschaft. So stellt sich der Streit zwar bei politischer Betrachtung als In-Sich-Prozess der Bundesregierung dar,<sup>12</sup> ist jedoch verfassungsrechtlich in dieser Konstellation zulässig, da sich mit dem Bundesland B und dem Bund zwei formell unterschiedliche Körperschaften gegenüberstehen.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> BVerfGE 103, 81 (89).

<sup>7</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 76. Lfg., Stand: Dezember 2015, Art. 20 Rn. 107.

<sup>8</sup> BVerfGE 94, 297 (311).

<sup>9</sup> Vgl. auch Ewer/Thienel (NJW 2016, 376 [379]) mit dem weiteren Argument, dass es sich auch bei den Beteiligungsrechten des Bundesrates um Rechte im Verfahren handelt, nicht hingegen um Rechte auf das Verfahren.

<sup>10</sup> Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 28. Aufl., Stand: Dezember 2015, Art. 20 Rn. 7.

<sup>11</sup> BVerfGE 68, 1 (78).

<sup>12</sup> Kersten, JuS 2016, 193.

<sup>13</sup> Di Fabio (Fn. 4), S. 112.

*b) Politische Gestaltungsmöglichkeiten*

Fraglich ist, ob die C-Partei aufgrund ihrer Vertretung im Bundestag und der Bundesregierung politische Gestaltungsmöglichkeiten hat, und B sich darauf verweisen lassen muss, dass die C-Partei diese Möglichkeiten zunächst ausschöpfen muss. In diesem Zusammenhang ist jedoch zunächst zu berücksichtigen, dass die Einflussnahmemöglichkeiten der C-Partei auf Bundesebene aufgrund der Mehrheitsverhältnisse (nur 56 der insgesamt 630 Bundestagsabgeordneten gehören der C-Partei an) eingeschränkt sind. Außerdem kann B nicht auf die politischen Gestaltungsmöglichkeiten der C-Partei verwiesen werden, da Abgeordnete der C-Partei aufgrund der Freiheit des Mandats (Art. 38 Abs. 1 GG) nicht den Weisungen der Landesregierung unterworfen sind.<sup>14</sup>

Somit fehlt es B auch nicht ausnahmsweise am erforderlichen allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis.

*7. Zwischenergebnis*

Wendet sich B gegen das fortdauernde Unterlassen der Bundesregierung, grenzpolizeiliche Maßnahmen in Form von Grenzkontrollen und Einreiseverweigerungen durchzuführen, ist ein Antrag beim BVerfG im Rahmen des Bund-Länder-Streits zulässig. Unzulässig wäre der Antrag dann, wenn sich B gegen die Äußerung der Bundeskanzlerin auf der Sommerpressekonferenz wenden würde (kein tauglicher Antragsgegenstand) oder nur die Entscheidung zur „Grenzöffnung“ vom 4.9.2015 rügen würde (Verfristung).

**II. Begründetheit**

Die Klage ist begründet, wenn das Bundesland B durch das Unterlassen von grenzpolizeilichen Maßnahmen seitens der Bundesregierung tatsächlich in einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition verletzt ist.

*1. Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue*

Möglicherweise stellt das gerügte Verhalten der Bundesregierung einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue dar. Dieser Grundsatz ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt, wird aber aus dem Bundesstaatsprinzip als allgemeiner Verfassungsgrundsatz abgeleitet und gebietet die gegenseitige Rücksichtnahme zwischen Bund und Ländern bei der Ausübung ihrer Kompetenzen.<sup>15</sup> Hintergrund ist, dass Bund und Länder bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben oftmals Belange des jeweils anderen berühren können. Als Gemeinschaft, die auf das Zusammenwirken ihrer Mitglieder angelegt ist, kann der Bundesstaat nur dann funktionieren, wenn die Mitglieder nicht nur ihre eigenen Interessen verfolgen, sondern auch auf die Belange der anderen Mitglieder und die Gesamtinteressen Rücksicht nehmen.<sup>16</sup> Daraus folgt das sog. Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens, das über seinen Wortlaut hinaus auch den Bund zu länderfreundlichem Verhalten verpflichtet. Diese Pflicht hat jedoch lediglich

akzessorischen Charakter, was bedeutet, dass sie kein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten begründet, sondern ein solches gerade voraussetzt und sich lediglich auf die Ausgestaltung dieses bestehenden Rechtsverhältnisses auswirkt.<sup>17</sup> B müsste sich also auf ein bestehendes Rechtsverhältnis zum Bund berufen, an das das Prinzip der Bundestreue anknüpfen kann.

*2. Verstoß gegen Art 30 GG i.V.m. dem Grundsatz der Bundestreue*

Als möglicher Anknüpfungspunkt kommt hier Art. 30 GG in Betracht. Diese Norm weist den Ländern eine Residualkompetenz für alle Bereiche zu, die im Grundgesetz nicht gesondert geregelt sind. In erster Linie schützt Art. 30 GG die Länder davor, dass der Bund ohne ausdrückliche Ermächtigung Kompetenzen ausübt und somit in ihren Kompetenzbereich eindringt. Es ist jedoch zu beachten, dass B einen solchen Schutzanspruch vorliegend gerade nicht geltend macht, da Maßnahmen im Bereich der Asyl- und Grenzpolitik ausdrücklich dem Bund vorbehalten sind (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, 6; 73 Abs. 1 Nr. 4 GG sowie Art. 87 GG i.V.m. § 5 AsylG, § 2 BundespolizeiG). B beruft sich also nicht darauf, dass der Bund ihm seinen Kompetenzbereich streitig macht, sondern vielmehr darauf, dass der Bund seine Kompetenzen nicht wahrnimmt und dadurch B in der Ausübung seiner eigenen Aufgaben unzulässig beeinträchtigt.

Es stellt sich also die Frage, ob Art. 30 GG i.V.m. dem Prinzip der Bundestreue taugliche Grundlage für einen Anspruch darauf ist, dass der Bund seine Kompetenzen in einer Art und Weise ausübt, die möglichst schonend und förderlich für die Aufgabenwahrnehmung durch die Länder ist bzw. selbige nicht unzulässig beeinträchtigt. Dem Wortlaut des Art. 30 GG ist eine derart weite Schutzfunktion nicht zu entnehmen. Die Kompetenzordnung des GG, der Art. 30 GG angehört, hat den Zweck, eine klare Regelung über die Verteilung der Aufgabenbereiche zwischen Bund und Ländern zu treffen. Sie trifft jedoch keine Aussage darüber, auf welche Art und Weise die jeweiligen Kompetenzen auszuüben sind. Dementsprechend kann sie den Ländern auch keine Ansprüche auf eine bestimmte Art und Weise der Kompetenzzusübung durch den Bund zusprechen.<sup>18</sup>

Somit hat B keinen Anspruch aus Art. 30 GG i.V.m. dem Prinzip der Bundestreue darauf, dass der Bund seine Kompetenzen in einer Art und Weise wahrnimmt, die B wiederum die Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben ermöglicht bzw. nicht unzulässig beeinträchtigt (a.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar).

*3. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 GG i.V.m. dem Grundsatz der Bundestreue*

Möglicherweise kann das Prinzip der Bundestreue vorliegend jedoch an die Garantie der Eigenstaatlichkeit der Länder angeknüpft werden. Die Eigenstaatlichkeit der Länder wird abgeleitet aus dem Bundesstaatsprinzip. Art. 20 Abs. 1 GG

<sup>14</sup> *Di Fabio* (Fn. 4), S. 112 f.

<sup>15</sup> *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl. 2015, Rn. 494.

<sup>16</sup> *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 10 Rn. 50.

<sup>17</sup> BVerfGE 42, 103 (117).

<sup>18</sup> *Ewer/Thienel*, NJW 2016, 376; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 30 Rn. 24.

enthält eine Grundsatzentscheidung für eine Gliederung des Staates in den Bund und die Länder. In diesem Rahmen wird den Ländern eine eigene Staatsqualität zugesprochen, die durch Art. 79 Abs. 3 GG zusätzlichen Schutz erfährt. Demnach haben die einzelnen Bundesländer einen Anspruch darauf, dass der Bund seine Aufgaben nicht in einer Art und Weise wahrnimmt, die die Länder in ihrer Eigenstaatlichkeit bedroht.

*a) Bedrohung der drei Wesensmerkmale der Staatlichkeit: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt*

Nach der Drei-Elemente-Lehre von *Georg Jellinek* zeichnet sich ein Staat dadurch aus, dass seine Organe innerhalb eines bestimmten Staatsgebietes die Staatsgewalt über ein bestimmtes Staatsvolk ausüben.<sup>19</sup> Es stellt sich demnach die Frage, ob eines dieser drei Elemente: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt, durch den Migrantenzustrom im Bundesland B in seinem Bestand konkret gefährdet ist.

*aa) Konkrete Bedrohung des Staatsvolkes sowie des Staatsgebiets*

Bezüglich des Staatsvolkes ließe sich argumentieren, dass sich die Bevölkerungszusammensetzung in B aufgrund der vielen Zuwanderer verändert hat und in Zukunft in womöglich noch größerem Ausmaß verändern wird. Jedoch ist zu beachten, dass der Begriff „Staatsvolk“ nicht mit den Einwohnern des Staatsgebietes gleichzusetzen ist. Zum Staatsvolk gehören vielmehr nur alle Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit.<sup>20</sup> Somit hat die jetzige Zuwanderung formal betrachtet keinerlei Auswirkung auf das Wesensmerkmal „Staatsvolk“, da den Flüchtlingen in aller Regel nicht die deutsche Staatsangehörigkeit verliehen wird, sondern lediglich ein Einreise- und Aufenthaltsrecht gewährt wird. Selbst bei einer faktischen Betrachtung der Bevölkerungsveränderung wäre jedoch zu beachten, dass die Flüchtlinge trotz des zahlreichen Zustroms immer noch einen prozentual recht geringen Anteil der Bevölkerung ausmachen und daher von einer Bedrohung der Bevölkerung in ihrem Bestand nicht die Rede sein kann.<sup>21</sup> Auch das Staatsgebiet wird durch die Migration ersichtlich nicht verändert oder auf sonstige Weise unmittelbar in Frage gestellt.

*bb) Konkrete Bedrohung der Staatsgewalt*

Eine Bedrohung könnte jedoch am Verlust der Staatsgewalt festgemacht werden. Die Staatsgewalt verklammert die ande-

ren beiden staatskonstituierenden Elemente, da sie als Herrschaftsmacht über das Staatsgebiet und der dort befindlichen Menschen verstanden wird (sog. Territorial- und Personalhoheit). Sie kommt in erster Linie dadurch zum Ausdruck, dass der Staat in der Lage ist, verbindliche Regelungen zu treffen und diese notfalls zwangsweise durchzusetzen.<sup>22</sup> B beruft sich in diesem Zusammenhang darauf, dass eine funktionierende Staatlichkeit die wirksame Kontrolle der Grenzen voraussetze. Hier ist jedoch zu beachten, dass der Grenzschutz Teil der ausschließlichen Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenz des Bundes ist. Sollte der Verzicht auf Grenzkontrollen und Zurückweisungen von Flüchtlingen demnach als Verlust der staatskonstituierenden Staatsgewalt angesehen werden, wäre damit höchstens eine Bedrohung des Bundes in seiner Staatlichkeit dargetan – keine Bedrohung des Bundeslands B in seiner Eigenstaatlichkeit.<sup>23</sup>

Jedoch könnte B durch den Flüchtlingszustrom so erheblichen Belastungen ausgesetzt sein, dass es faktisch nicht mehr dazu in der Lage ist, seine Herrschaftsmacht effektiv auszuüben. Zum einen hat B aufgrund seiner Aufgaben bezüglich Unterbringung, Versorgung, Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung etc. erhebliche Kosten zu tragen. Zum anderen steht das Land auch vor großen Schwierigkeiten organisatorischer und personeller Art. Die Politik der Bundesregierung führt also zu einer beträchtlichen Belastung des öffentlichen Haushalts und einer Überforderung der Behörden, insbesondere in den Gemeinden, die an der Bundesgrenze liegen. Auch langfristig gesehen wird B mit den Folgen der Flüchtlingskrise zu kämpfen haben, da es Maßnahmen zur Schaffung von Wohnraum und der Integration der Geflüchteten in das Schulsystem, den Arbeitsmarkt und die Gesellschaft zu treffen hat.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Probleme B tatsächlich derartig belasten, dass es in seinem Bestand gefährdet ist. Angesichts der „Unvorhersehbarkeit politischer Umstände und der Tatsache, dass der Vollzug von Bundesgesetzen durch den Bund stets auch zu massiven Belastungen der Länder führen kann“<sup>24</sup>, kann auch bei erheblichen Belastungen noch nicht davon ausgegangen werden, dass die Eigenstaatlichkeit eines Landes durch das Verhalten des Bundes preisgegeben oder konkret gefährdet wird. Aus den von B vorgetragenen Umständen wird nicht ersichtlich, dass B keine effektive Herrschaftsmacht mehr ausüben kann oder so überbelastet ist, dass andere Aufgaben in bestandsgefährden-

<sup>22</sup> *Maurer* (Fn. 16), § 1 Rn. 7.

<sup>23</sup> Siehe dazu *Bast/Möllers*, Dem Freistaat zum Gefallen: über Udo Di Fabios Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise = VerfBlog v. 16.1.2016, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise/> [21.7.2016].

<sup>24</sup> *Lindner*, Verfassungsklage des Freistaates Bayern gegen den Bund wegen Flüchtlingspolitik? = BayRVR, Net-Dokument BayRVR2015111101, im Internet abrufbar unter <http://bayrvr.de/2015/11/11/verfassungsklage-des-freistaates-bayern-gegen-den-bund-wegen-fluechtlingspolitik/> (22.7.2016).

<sup>19</sup> *Huster/Rux* (Fn. 10), Art. 20 Rn. 9.

<sup>20</sup> *Degenhart* (Fn. 15), Rn. 3.

<sup>21</sup> *Wirkert* stellt in diesem Zusammenhang zutreffend die Frage, „ob es stimmig sein kann, dass deutsche Staatlichkeit an ca. 1 Millionen Geflüchteten zerfallen soll, wenn ‚das Deutsche Reich den Zusammenbruch 1945 überdauert hat und weder mit der Kapitulation noch durch Ausübung fremder Staatsgewalt in Deutschland durch die alliierten Okkupationsmächte noch später untergegangen ist‘ BVerfGE 36, 1 (15 f.)“, *Wirkert*, Das Ende des Staates? = JuWissBlog v. 26.1.2016, <https://www.juwiss.de/11-2016/> (22.7.2016).

der Weise vernachlässigt werden (a.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar).

Von einer Bedrohung der Grundelemente der Staatlichkeit – Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt – des Bundeslandes B kann demnach nicht ausgegangen werden (a.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar).

#### *b) Bedrohung des Staates in seiner Ausprägung als Sozialstaat*

Der Begriff der „Staatlichkeit“ hat über diese Grundelemente hinaus jedoch eine verfassungsrechtliche Prägung und Ausgestaltung erfahren. Verfassungsrechtlich geschützt ist demnach nicht nur das völkerrechtliche Staats-„gerüst“, sondern auch die Staatlichkeit in der konkreten Ausformung, die sie durch das Grundgesetz erhalten hat. Vorliegend könnte das Bundesland B demnach in seiner durch Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG vorgesehenen Ausgestaltung als Sozialstaat in Gefahr sein.

Aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Sozialstaatsprinzips gehört es zu den Aufgaben des Staates, für soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit zu sorgen, sowie die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein des Einzelnen zu gewährleisten.<sup>25</sup> Nimmt die Bewältigung der Flüchtlingskrise finanzielle und personelle Mittel erheblichen Umfangs in Anspruch, besteht die Gefahr, dass B diese Aufgaben nicht mehr im gleichen Maße wahrnehmen kann, mithin zum Beispiel Sozialleistungen kürzen muss.

Als abstrakt formulierte und durch das Grundgesetz wenig konkretisierte Staatszielbestimmung lässt das Sozialstaatsprinzip dem Staat, insbesondere dem Gesetzgeber, jedoch einen erheblichen Gestaltungsspielraum bei seiner Verwirklichung.<sup>26</sup> Dies umso mehr, da das Prinzip dem Staat konkrete Leistungen abverlangt und sozialstaatliche Maßnahmen somit erhebliche Finanzmittel binden und auch von der Verfügbarkeit dieser Finanzmittel abhängig sind.<sup>27</sup> In Anbetracht dessen wird das Sozialstaatsprinzip nicht schon dann verletzt, wenn staatliche Leistungen eingeschränkt werden müssen, sondern erst dann, wenn die Sozialordnung eines Landes im weiteren Sinne in Frage gestellt wird.<sup>28</sup> Eine solche Bedrohung des Sozialgefüges geht aus dem Vortrag des Bundeslandes B nicht hervor.

Im Übrigen kann die Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen auch gerade als Ausprägung des Sozialstaates angesehen werden. Denn der Staat kommt damit seiner Verantwortung nach, die sozial Schwachen zu stützen und jedem Einzelnen eine menschenwürdige Existenzgrundlage zu gewährleisten. Die Menschenwürde als grundrechtlicher Kern des Sozialstaatsprinzips knüpft nicht an die Staatsangehörigkeit oder einen Aufenthaltsstatus, sondern allein an das „Menschsein“ an. Zudem geht das Grundgesetz auch ausweislich der Präambel („dem Frieden der Welt zu dienen“) von einer besonderen Offenheit gegenüber dem Völkerrecht und den internationalen Beziehungen aus. Hieraus lässt sich

durchaus ableiten, dass das Sozialstaatsprinzip im Rahmen der „offenen Staatlichkeit“ der Bundesrepublik auch eine „offene Sozialstaatlichkeit“ umfasst, auch wenn damit nicht ein unbeschränkter Zugang von Migranten zu den Sozialsystemen gemeint ist.

Demnach ist die Eigenstaatlichkeit des Bundeslandes B auch nicht in ihrer Ausprägung als Sozialstaat bedroht (a.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar).

#### *4. Zwischenergebnis*

Das Bundesland B ist durch die Grenz- und Asylpolitik des Bundes, insbesondere das Unterlassen grenzpolizeilicher Maßnahmen, nicht in einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition verletzt. Die Klage vor dem BVerfG ist unbegründet.

### **III. Ergebnis**

Eine Klage des Bundeslandes B vor dem BVerfG hat keine Aussicht auf Erfolg, da sie zwar zulässig aber unbegründet ist.

## **Teil 2: Zulässigkeit der Klage des Bundeslandes B**

### **I. Rechtsweg**

Zunächst stellt sich die Frage, welchen Rechtsweg B beschreiten muss, um sein Anliegen gerichtlich geltend zu machen. Eine Eröffnung des Verfassungsrechtswegs könnte sich vorliegend aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 GG ergeben. Demnach ist das BVerfG neben seiner Zuständigkeit für den Bund-Länder-Streit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG auch zuständig für „andere“ öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern, jedoch nur soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist.<sup>29</sup> Ein anderer Rechtsweg könnte hier gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO gegeben sein, wonach für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Maßgeblich ist demnach die Frage, ob die vorliegende Streitigkeit zwischen dem Bundesland B und dem Bund verfassungsrechtlicher oder nicht-verfassungsrechtlicher Art ist.

Nach h.A. ist eine Streitigkeit grundsätzlich als verfassungsrechtlich einzuordnen, wenn (1) die streitenden Parteien unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt sind und (2) das Streitobjekt materielles Verfassungsrecht darstellt (sog. dop-

<sup>29</sup> Die Abgrenzung zwischen Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 Var. 1 GG ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass Nr. 3 verfassungsrechtliche Streitigkeiten betrifft, die sich unmittelbar aus dem Grundgesetz ergeben, und Nr. 4 Var. 1 solche, die sich aus anderem (materiellen) Verfassungsrecht ergeben (vgl. *Bethge* [Fn. 4], § 71 Rn. 45; *Vofkühle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 93 Rn. 154). Nach anderer Ansicht erfasst Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 GG öffentlich-rechtliche Bund-Länder-Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art, da alle Bund-Länder-Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art der Nr. 3 unterfallen (*Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber [Fn. 10], Art. 93 Rn. 45; *Wieland*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 71).

<sup>25</sup> *Degenhart* (Fn. 15), Rn. 597; BVerfGE 125, 175 (Ls. 1).

<sup>26</sup> *Grzeszick* (Fn. 7), Art. 20 Rn. 18.

<sup>27</sup> *Huster/Rux* (Fn. 10), Art. 20 Rn. 209.1.

<sup>28</sup> *Ewer/Thienel*, NJW 2016, 376 (377).

pelte Verfassungsunmittelbarkeit).<sup>30</sup> Das Bundesland B und der Bund sind als „konstitutive Glieder der durch die Verfassung geordneten föderalen Struktur“<sup>31</sup> Subjekte des Verfassungsrechts und als solche auch unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt. Fraglich ist somit nur, ob die Streitigkeit auch materiell als verfassungsrechtlich einzuordnen ist. Das BVerwG stellt in diesem Zusammenhang darauf ab, inwieweit das der Streitigkeit zugrunde liegende Rechtsverhältnis von Verfassungsrecht bzw. Verwaltungsrecht geprägt ist.<sup>32</sup> Eine Prägung durch das Verfassungsrecht ist zum Beispiel regelmäßig anzunehmen, „wenn um föderale Ansprüche, Verbindlichkeiten oder Zuständigkeiten gestritten wird, welche auf Normen des Grundgesetzes gestützt werden, die gerade das verfassungsrechtlich geordnete Verhältnis zwischen Bund und Ländern betreffen“.<sup>33</sup>

Vorliegend streiten die Parteien darum, ob den Bund eine Pflicht trifft, lückenlose Grenzkontrollen an den im Bundesland B befindlichen Bundesstraßen durchzuführen. Diese Streitigkeit könnte dann verfassungsrechtlich geprägt sein, wenn B seinen Anspruch auf seine verfassungsrechtlich geschützte Eigenstaatlichkeit stützen würde, und geltend machen würde, dass es ohne die Durchführung umfassender Kontrollen in selbiger gefährdet wäre. Anders als in Teil 1 beruft sich B jedoch vorliegend nicht auf Rechte, die sich unmittelbar aus der Verfassung herleiten lassen, sondern vielmehr auf die schriftliche Vereinbarung mit dem Bund und den sich daraus vermeintlich ergebenden Ansprüchen. Die schriftliche Vereinbarung regelt, dass Landespolizeikräfte des Bundeslandes B die Bundespolizei im Wege der Vollzugshilfe bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in gewissem Umfang unterstützen können. Die Vereinbarung dient somit der näheren Ausgestaltung eines Verwaltungsverfahrens und ist als sog. Verwaltungsabkommen nicht verfassungsrechtlich geprägt. Insbesondere wollen die Parteien durch die Vereinbarung nichts an der grundsätzlichen verfassungsrechtlich normierten Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Bund und den Ländern ändern.

Da B sich vorliegend nicht auf seine verfassungsrechtlich gewährleistete Eigenstaatlichkeit, sondern vielmehr einen vermeintlichen Anspruch aus einem Verwaltungsabkommen mit dem Bund beruft, ist das der Streitigkeit zugrunde liegende Rechtsverhältnis verwaltungsrechtlicher Natur und die Streitigkeit damit nicht-verfassungsrechtlicher Art. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg für das Anliegen von B eröffnet.

## II. Zuständiges Gericht

Als zuständiges Gericht kommt nach Maßgabe des § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das BVerwG in Betracht. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art

zwischen dem Bund und einem Bundesland (§ 50 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 VwGO) liegt grundsätzlich vor. Das BVerwG schränkt die Zuständigkeitsregel darüber hinaus jedoch auf Streitigkeiten ein, die sich ihrem Gegenstand nach einem Vergleich mit den landläufigen Verwaltungsstreitigkeiten entziehen,<sup>34</sup> also durch die Eigenart der Bund-Länder-Beziehung geprägt sind bzw. einen spezifischen föderativen Einschlag haben.<sup>35</sup> Hintergrund dafür ist, dass die Eininstanzlichkeit des Verfahrens beim BVerwG nur dann für sinnvoll erachtet wird, wenn sich die Stellung der beteiligten Parteien eindeutig von derjenigen eines Staatsbürgers unterscheidet.<sup>36</sup> Andernfalls wäre das Verwaltungsgericht nach Maßgabe des § 45 VwGO zuständig. Da B sich vorliegend auf ein mit dem Bund abgeschlossenes Verwaltungsabkommen beruft, unterscheidet es sich in seiner Stellung eindeutig von einem normalen Staatsbürger, der keine solche Vereinbarung schließen könnte, und der Streit ist dadurch von der Eigenart der Bund-Länder-Beziehung geprägt.<sup>37</sup> Das BVerwG ist somit zuständig.

## III. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, §§ 86 Abs. 3, 88 VwGO. Vorliegend begehrt B die weitere Durchführung lückenloser Grenzkontrollen durch die Bundespolizei. Da B nicht den Erlass eines Verwaltungsaktes sondern tatsächliches hoheitliches Handeln fordert, kann es sein Anliegen im Wege der allgemeinen Leistungsklage, deren Existenz von § 43 Abs. 2 VwGO vorausgesetzt wird, geltend machen.

Ebenso könnte B im Wege der Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO die Feststellung begehren, dass der Bund zur weiteren Durchführung der Grenzkontrollen verpflichtet ist. Grundsätzlich ist die Feststellungsklage gegenüber den Leistungs- und Gestaltungsklagen der VwGO subsidiär, vgl. § 43 Abs. 2 VwGO. Teilweise wird vertreten, dass diese Subsidiarität bei Klagen gegen die öffentliche Hand nicht greift, da Hoheitsträger gleichermaßen zur Befolgung von Feststellungsurteilen und Leistungsurteilen verpflichtet sind, und daher durch eine Leistungsklage kein weiterreichender Rechtsschutz zu erreichen ist, als durch eine Feststellungsklage.<sup>38</sup> Da ein Leistungsurteil den Bund vorliegend jedoch unmittelbar verpflichten würde, ein Feststellungsurteil hingegen nur mittelbar aufgrund der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz, wird eine allgemeine Leistungsklage dem klägerischen Begehren besser gerecht. Insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass die meisten verwaltungsrechtlichen Klagen gegen einen Hoheitsträger gerichtet sind, scheint eine einschränkende Lesart des § 43 Abs. 2 VwGO nicht geboten, da die Vorschrift sonst ihres wesentlichen Anwendungsbereichs beraubt würde.

<sup>30</sup> Reimer, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 37. Ed., Stand: April 2016, § 40 Rn. 97; Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. Lfg., Stand: Oktober 2015, § 40 Rn. 136.

<sup>31</sup> Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 50 Rn. 5.

<sup>32</sup> BVerwG NVwZ 1995, 56.

<sup>33</sup> BVerwG NVwZ 2009, 599 (600).

<sup>34</sup> BVerwGE 60, 162 (173 f.).

<sup>35</sup> Vgl. Bier, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 30), § 50 Rn. 7.

<sup>36</sup> Ziekow (Fn. 31), § 50 Rn. 6.

<sup>37</sup> Vgl. dazu BVerwGE 50, 125 (129 ff.).

<sup>38</sup> Vgl. zur Problematik Möstl, in: Posser/Wolff (Fn. 30), § 43 Rn. 15.

Statthaft ist demnach die allgemeine Leistungsklage (a.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar).

#### **IV. Klagebefugnis, 42 Abs. 2 VwGO analog**

Nach überwiegender Ansicht muss der Kläger im Rahmen der allgemeinen Leistungsklage gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog klagebefugt sein.<sup>39</sup> B müsste also geltend machen, durch das Unterlassen der lückenlosen Grenzkontrollen der Bundespolizei in eigenen Rechten verletzt zu sein. Eine Verletzung in eigenen Rechten kommt vorliegend nur dann in Betracht, wenn es zumindest möglich erscheint, dass B einen Anspruch darauf hat, dass der Bund die Bundesstraßen und Bundesautobahnen an der Grenze weiter umfassend kontrolliert.

Ein solcher Anspruch könnte sich aus der im Dezember 2015 geschlossenen Verwaltungsvereinbarung ergeben. Selbige ermächtigt das Bundesland B dazu, Grenzkontrollen in bestimmtem Umfang durchzuführen und legt fest, dass der grenzpolizeiliche Schutz im Übrigen von der Bundespolizei wahrgenommen wird. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Parteien mit der Vereinbarung eine Pflicht der Bundespolizei zur Durchführung der Grenzkontrollen begründen wollten. Der Wortlaut („wird wahrgenommen“) ist insofern nicht eindeutig pflichtbegründend. In erster Linie diene die Vereinbarung der Ermächtigung des Bundeslandes, in gewissem Umfang selbst Kontrollen durchzuführen. Insofern könnte dem Satz zur Zuständigkeit des Bundes auch nur klarstellende Funktion zukommen. Primärer Sinn und Zweck der Vereinbarung war es nicht, festzulegen in welchem Umfang der Bund zu Kontrollen verpflichtet ist. Trotzdem waren sich beide Seiten bei Formulierung der Vereinbarung bewusst, dass B ein gesteigertes Interesse an ordnungsgemäßen und umfassenden Kontrollen entlang des gesamten Grenzverlaufs hatte. Demnach ist nicht auszuschließen, dass die Parteien mit der Vereinbarung auch Pflichten auf Bundesseite festlegen wollten.

Ein Anspruch des Bundeslandes aufgrund der Verwaltungsvereinbarung erscheint daher möglich und B ist somit klagebefugt.

#### **V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

Das Bundesland B und der Bund sind als Gebietskörperschaften nach Maßgabe des § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und werden gemäß § 62 Abs. 3 VwGO im Prozess von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten.

#### **VI. Form**

Die Klage muss schriftlich erhoben werden (§ 81 VwGO) und den Formerfordernissen des § 82 VwGO entsprechen.

#### **VII. Ergebnis**

Eine Klage des Bundeslandes B vor dem BVerwG wäre zulässig.

---

<sup>39</sup> Dies dient dem Ausschluss von Popularklagen, ist aber nicht unumstritten, vgl. *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 30), § 42 Rn. 33 f.

# Übungsfall: Die Suche nach dem Richtigen

Von Wiss. Mitarbeiter **Volker Herbolsheimer**, Bochum\*

*Bei dem Fall handelt es sich um eine leicht modifizierte Originalklausur, die im Sommersemester 2015 im Rahmen des Klausurenkurses für Fortgeschrittene an der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper) gestellt wurde. Von den 137 Studierenden haben 32,12 % die Klausur nicht bestanden. Insgesamt wurde ein Notendurchschnitt von 5,07 Punkten erzielt. Schwerpunktmäßig geht es um Probleme der polizei- und ordnungsrechtlichen Störereigenschaft und -auswahl, die mit allgemeinen verwaltungsrechtlichen und verwaltungsprozessualen Fragestellungen verknüpft werden.*

## Sachverhalt

Am 19.9.2014 erlässt der Stadtrat der nordrhein-westfälischen kreisangehörigen Stadt T eine formell und materiell rechtmäßige ordnungsbehördliche „Verordnung über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, die unter anderem folgende Vorschrift enthält:

### § 4. Verunreinigungen

(1) Verkehrsflächen dürfen – auch durch Tiere – nicht verunreinigt werden. (2) Verkehrsflächen im Sinne dieser Verordnung sind alle tatsächlich dem öffentlichen Verkehr dienenden Flächen ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse oder eine etwaige Widmung [...].

Der Kreis K ist Eigentümer eines auf dem Gebiet der zum Kreis gehörenden Stadt T liegenden großen Einkaufszentrums samt Parkplatz, der direkt vor dem Haupteingang des Einkaufszentrums liegt. Das Einkaufszentrum wird von der H-GmbH verwaltet und geleitet. Die H-GmbH sorgt für die Instandhaltung und Sauberkeit des Grundstücks und entscheidet auch, an wen der Kreis die einzelnen Geschäfte im Einkaufszentrum vermietet. Der Kreis K ist ebenso wenig wie andere Hoheitsträger Gesellschafter der H-GmbH.

Vor kurzem hat die C-AG, ein bekannter Hersteller von Unterhaltungselektronik, für ihre erste Filiale in T das Einzelhandelsgeschäft im Erdgeschoss direkt am Haupteingang des Einkaufszentrums gemietet. Die C-AG ist für ihre hochwertigen Produkte auf der ganzen Welt bekannt, so dass es während der ersten Verkaufstage neuer Artikel einen großen Andrang vor den Geschäften der C-AG gibt.

Für den 21.3.2015 hat die C-AG das Erscheinen ihrer neuen Spielekonsole angekündigt. In einer Pressemitteilung heißt es, man rechne für die Filiale in T mit mindestens 280 Kunden, die bereits am Abend zuvor vor dem Geschäft campieren würden, um bei Geschäftseröffnung eine Konsole erwerben zu können. Weil es in der Vergangenheit in anderen Städten vor Filialen der C-AG regelmäßig zu sehr starken Verschmutzungen der Straßen und Gehwege gekommen ist (Essensreste, Abfall, leere Flaschen, ausgedrückte Zigaretten,

Urin), ist der Bürgermeister um die Sauberkeit des Parkplatzes vor dem Einkaufszentrum besorgt und sendet am 15.1.2015 (Donnerstag) ein Schreiben an die H-GmbH, das die Post der H-GmbH am 19.1.2015 mittels Einschreiben durch Übergabe zustellt. Darin heißt es:

„Ich gebe Ihnen auf, für die Nacht vom 20.3.2015 auf den 21.3.2015 für wartende Kunden geeignete Abfallbehälter und drei mobile Toiletten vor Ihrer Filiale aufzustellen, um so eine Verunreinigung der Verkehrsflächen zu verhindern. Gegen diese Verfügung können Sie ab Zustellung binnen vier Wochen Klage zum Verwaltungsgericht in T erheben.“

Die H-GmbH ist empört und erhebt am 21.2.2015 Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht. Als Begründung führt sie an, dass die Verschmutzung eines Parkplatzes vor einem Einkaufszentrum die Stadt nichts angehe, da er nicht zum öffentlichen Raum gehöre. Darüber hinaus sei sie für die angebliche Gefahr nicht verantwortlich, da allein die campierenden Kunden die Verschmutzungen verursachten. Von dem in ihrem Herrschaftsbereich stehenden Einkaufszentrum selbst gehe keine Gefahr aus. Und auch sonst seien andere Verantwortliche vorrangig heranzuziehen. So sei insbesondere die C-AG für die Gefahr verantwortlich und verfüge zudem über einen weitaus größeren finanziellen Spielraum, da die H-GmbH – was zutrifft – kurz vor der Insolvenz stehe. Weiterhin habe die H-GmbH – was ebenfalls zutrifft – das Geschäft unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung an die C-AG vermietet, so dass diese zivilrechtlich auch für entsprechende Maßnahmen wie das Aufstellen von Abfallbehälter einzustehen habe. Der Bürgermeister müsse auch solche zivilrechtlichen Absprachen berücksichtigen, zumal wenn sie ihm, wie hier, bekannt seien. Neben der C-AG sei zudem der Kreis K als Eigentümer des Einkaufszentrums und Parkplatzes verantwortlich, da er für sein Eigentum einstehen müsse; und schließlich seien die Kunden selbst für die Gefahr verantwortlich.

Der Bürgermeister erwidert, er habe sich die Störerauswahl nicht einfach gemacht und die H-GmbH deshalb ausgewählt, weil sie als Verwalter die Verfügungsgewalt über das ganze Einkaufszentrum besitze. Zivilrechtliche Binnenverhältnisse müsse und könne er nicht berücksichtigen.

Am 21.3.2015 zeigt sich zudem, dass die Abfallbehälter nicht notwendig gewesen wären, da die Kunden keinerlei Verschmutzungen verursacht haben.

## Aufgabe 1

Prüfen Sie gutachtlich, ob die Klage der H-GmbH fristgerecht erhoben worden ist.

## Aufgabe 2

Begutachten Sie die Rechtmäßigkeit des Bescheids gegenüber der H-GmbH. Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle im Sachverhalt angesprochenen Fragestellungen ein.

---

\* Der Autor ist wiss. Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung von Prof. Dr. Julian Krüper an der Ruhr-Universität Bochum.

**Lösungshinweise****Aufgabe 1**

Fraglich ist, ob die H-GmbH fristgerecht Klage erhoben hat. Dies könnte sich nach § 74 Abs. 1 VwGO richten.

**I. Anwendbarkeit des § 74 Abs. 1 VwGO**

§ 74 Abs. 1 VwGO regelt dem Wortlaut nach die Klagefrist für die Erhebung einer Anfechtungsklage. Fraglich ist, ob die H-GmbH hier eine Anfechtungsklage im Sinne von § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO erhoben hat. Die statthafte Klageart richtet sich dabei nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. Bei einer Anfechtungsklage geht es um die gerichtliche Aufhebung (Gestaltungsklage) eines (wirksamen) Verwaltungsakts im Sinne von § 35 VwVfG<sup>1,2</sup>.

*Hinweis:* Achten Sie auf die Anwendung des richtigen Gesetzes. Hier geht es um die Anwendung von Polizei- bzw. Ordnungsrecht und damit um Landesrecht, so dass eigentlich das jeweilige Landes-VwVfG einschlägig ist!<sup>3</sup> Dennoch entspricht es der herrschenden Ansicht, hier auf das VwVfG des Bundes abzustellen, da es um die Auslegung der VwGO und damit einer Bundesnorm gehe.<sup>4</sup>

Hier möchte sich die H-GmbH gegen den Bescheid des Bürgermeisters wehren, der ihr am 19.1.2015 zugestellt worden ist. Dabei müsste es sich um einen Verwaltungsakt handeln. Nach § 35 S. 1 VwVfG NW liegt ein Verwaltungsakt vor bei jeder hoheitlichen Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls, die Außenwirkung entfaltet. Die Aufforderung des Landrats, Abfallbehäl-

ter aufzustellen, ist eine Maßnahme einer Behörde (vgl. § 1 Abs. 2 VwVfG) auf dem Gebiet des öffentlichen Ordnungsrechts. Die Maßnahme zielt auf die Bewirkung einer sanktionsfähigen Rechtsfolge und trifft damit eine Regelung, die nicht nur behördenintern wirkt, sondern Außenwirkung entfaltet. Es handelt sich mithin um einen Verwaltungsakt. Da die Verfügung eine Verpflichtung für den 21.3.2015 beinhaltet, die Klageerhebung jedoch bereits am 21.2.2015 erfolgte, hat sich der Verwaltungsakt zu diesem Zeitpunkt auch nicht erledigt (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG). Die H-GmbH möchte sich gegen diesen wehren, mithin die Aufhebung erwirken. Die H-GmbH hat damit eine Anfechtungsklage im Sinne von § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO erhoben.

**II. Beginn der Klagefrist**

Nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO beginnt die Klagefrist mit der Zustellung des Widerspruchsbescheids beziehungsweise nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts, sofern ein Widerspruchsverfahren entbehrlich ist. Im vorliegenden Fall ist ein Widerspruchsverfahren nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 JustG NW<sup>5</sup> entbehrlich.<sup>6</sup> Damit beginnt die Klagefrist mit Bekanntgabe des Verwaltungsakts gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Fraglich ist, wann der Verwaltungsakt bekanntgegeben worden ist. Unter Bekanntgabe versteht man das Eröffnen des Verwaltungsakts gegenüber dem richtigen Adressaten mit Wissen und Wollen der Behörde.<sup>7</sup> Bei der förmlichen Bekanntgabe (Zustellung) sind dabei zusätzliche Voraussetzungen zu beachten, § 41 Abs. 5 VwVfG i.V.m. §§ 1 ff. VwZG. Hier handelt es sich um eine Zustellung durch die Post mittels Einschreiben durch Übergabe gem. § 41 Abs. 5 VwVfG i.V.m. § 4 Abs. 1 Var. 1 VwZG. Nach § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG gilt das Dokument am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, dass es nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Hier wurde das Schreiben des Landrats am 15.1.2015 zur Post aufgegeben, so dass die Zustellung am 18.1.2015 als erfolgt gelten würde. Zu beachten

<sup>1</sup> § 35 LVwVfG BW; Art. 35 BayVwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBln i.V.m. § 35 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. § 35 VwVfG; § 35 BremVwVfG; § 35 HmbVwVfG; § 35 HVwVfG; § 35 VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 35 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 35 VwVfG; § 35 SVwVfG; § 1 SächsVwVfZG i.V.m. § 35 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. § 35 VwVfG; § 106 LVwVG SH; § 35 ThürVwVfG.

<sup>2</sup> *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 14 Rn. 1 f.; *Ehlers*, in: Schoch/Ehlers (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 22 Rn. 1.

<sup>3</sup> Das Bundes-VwVfG ist zwar für die in § 1 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG genannten Bereiche auch teilweise auf das Tätigwerden von Landesbehörden anwendbar; nach § 1 Abs. 3 VwVfG gilt dies aber nur insoweit, wie die Länder keine eigene Verfahrensgesetze haben. Da jedoch alle Länder mittlerweile ein eigenes Landes-VwVfG besitzen, ist das Bundes-VwVfG grds. nur noch auf das Handeln der Bundesbehörden anwendbar, unabhängig davon, ob Landesbehörden Bundesrecht vollziehen oder nicht, es sei denn, das Landesrecht bestimmt die Anwendung des Bundes-VwVfG. Siehe dazu *Decker*, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, § 1 VwVfG Rn. 49 ff.; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 60 ff.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Rusteberg*, ZJS 2012, 449 m.w.N.

<sup>5</sup> Ein Vorverfahren ist – in diesem Fall – ebenfalls nicht notwendig in Bayern (Art. 15 AGVwGO Bay), Hessen (siehe Anlage I Nr. 2 zu § 16a AGVwGO Hess) und Thüringen (§ 8a AGVwGO Th).

<sup>6</sup> In folgenden Bundesländern bleibt es – zumindest in diesem Fall – bei der Notwendigkeit des Widerspruchsverfahrens: Baden-Württemberg (siehe § 15 AGVwGO BW), Berlin (§ 4 Abs. 2 AGVwGO Berl), Brandenburg (keine Widerspruchsregelungen), Bremen (Art. 8 AGVwGO Bre), Hamburg (§ 6 Abs. 2 AGVwGO Hbg), Mecklenburg-Vorpommern (keine Widerspruchsregelungen), Niedersachsen (§ 80 Abs. 1, 3 AGVwGO Nds), Rheinland-Pfalz (keine Widerspruchsregelungen), Saarland (vgl. §§ 7 ff. AGVwGO Saar), Sachsen (vgl. §§ 7 f. AGVwGO Sachs), Sachsen-Anhalt (§ 8a AGVwGO LSA), Schleswig-Holstein (keine Widerspruchsregelungen).

<sup>7</sup> Vgl. *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2014, § 13 Rn. 5 f.; *Wolff*, in: Wolff/Decker (Fn. 3), § 41 VwVfG Rn. 6; dazu insbesondere auch allgemein *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659.

ist aber, dass die tatsächliche Zustellung erst einen Tag später, am Montag, den 19.1.2015 erfolgt ist, weshalb nach § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG dieser Zeitpunkt als Fristbeginn maßgeblich ist.

### III. Länge der Frist

Nach § 74 Abs. 1 VwGO beträgt die Klagefrist einen Monat und endete hier also am 19.2.2015. Die H-GmbH hat am 21.2.2015 Klage erhoben, so dass die Frist bereits verstrichen wäre.

Etwas anderes könnte indes nach Maßgabe des § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO gelten. Ist die Rechtsbehelfsbelehrung des Verwaltungsakts unterblieben oder unrichtig, läuft eine Jahresfrist. Hier hat der Bürgermeister der Verfügung eine Rechtsbehelfsbelehrung hinzugefügt. Diese könnte unrichtig gewesen sein. Die Rechtsbehelfsbelehrung ist unrichtig, wenn sie nicht nur nicht die Anforderungen des § 58 Abs. 1 VwGO erfüllt, sondern auch darüber hinaus unvollständig oder unrichtig ist,<sup>8</sup> etwa in Fällen irreführender Zusätze oder Belehrungen oder unvollständiger Erläuterungen.<sup>9</sup> Hier könnte ein Fehler darin zu sehen sein, dass statt der gesetzlich vorgesehenen Frist von einem Monat (§ 74 Abs. 1 VwGO) nur „vier Wochen“ angegeben werden. Fraglich ist, ob ein solcher Irrtum ausreicht. Irreführende Belehrungen setzen die Rechtsbehelfsfrist dann nicht in Lauf, wenn sie geeignet sind, bei dem Adressaten der Belehrung einen Irrtum hervorzurufen, der das Einlegen des Rechtsbehelfs erschweren kann.<sup>10</sup> Ein solches Erschweren kann hier bejaht werden, da dem Adressaten (H-GmbH) eine kürzere Klagefrist angegeben wird, er damit weniger Zeit hat, die Klage vorzubereiten und rechtzeitig zu erheben. Sie entspricht zudem nicht gesetzlichen Vorschriften. Es ist damit von einer unrichtigen Rechtsbehelfsbelehrung auszugehen.<sup>11</sup>

Die Klagefrist beträgt damit ein Jahr seit Zustellung (§ 58 Abs. 2 S. 1 VwGO). Die Klage wurde mithin fristgerecht erhoben.

### IV. Ergebnis

Die H-GmbH hat fristgerecht Klage erhoben.

#### Aufgabe 2

Fraglich ist, ob der gegenüber der H-GmbH erlassene Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Dies wäre der Fall, wenn er auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhte und formell wie materiell den gesetzlichen Anforderungen entspräche.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 25. Lfg., Stand: 2013, § 58 Rn. 55 f.; Decker (Fn. 3), §§ 58, 59 VwGO Rn. 10 f.

<sup>9</sup> Decker (Fn. 3), §§ 58, 59 VwGO Rn. 11; Kimmel, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck-OK VwGO, Stand: April 2015, § 58 Rn. 21.

<sup>10</sup> Meissner/Schenk (Fn. 8), § 58 Rn. 57; Decker (Fn. 3), §§ 58, 59 VwGO Rn. 11.

<sup>11</sup> Vgl. auch Erbguth (Fn. 7), § 20 Rn. 22.

<sup>12</sup> Vgl. Erbguth (Fn. 7), § 14 Rn. 2.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes bedarf jeder Eingriff der Verwaltung gem. Art. 20 Abs. 3 GG einer gesetzlichen Grundlage. Dabei gehen speziellere Gesetze allgemeineren Gesetzen vor. Daher ist auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht und hierbei vor allem auf die Generalklausel erst dann zurückzugreifen, sofern spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen ausscheiden und sog. Standardmaßnahmen nicht einschlägig wären. Im vorliegenden Fall kommt indes nur die ordnungsbehördliche Generalklausel (§ 14 Abs. 1 OBG NW<sup>13</sup>) in Betracht.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Ein Verwaltungsakt ist formell rechtmäßig, wenn er unter Beachtung von behördlichen Zuständigkeiten, Verfahrens- und Formvorschriften erlassen worden ist.<sup>14</sup>

#### 1. Zuständigkeit

§ 14 Abs. 1 OBG ermächtigt die Ordnungsbehörden zur Gefahrenabwehr. In sachlicher Hinsicht zuständig sind vorrangig die örtlichen Ordnungsbehörden, § 5 Abs. 1 OBG<sup>15</sup>. Nach § 3 Abs. 1 OBG<sup>16</sup> nehmen dabei die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden die Gemeinden wahr, hier also die Stadt T. Fraglich ist, ob dem Bürgermeister dabei auch die Organkompetenz zukommt. Grundsätzlich ist für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung der (Stadt-)Rat zuständig, § 41 Abs. 1 S. 1 GO NW<sup>17</sup>. Zwar ist der Bürgermeister gesetzlicher Vertreter der Gemeinde (§ 63 Abs. 1 S. 1 GO NW<sup>18</sup>); sein Handeln könnte aber dennoch rechtswidrig sein,

<sup>13</sup> §§ 1, 3 PolG BW; Art. 11 Abs. 1 PAG BY; § 17 Abs. 1 ASOGBln; § 13 OBG Bbg; § 10 Abs. 1 BremPolG; § 3 Abs. 1 HmbSOG; § 11 HSO; § 13 SOG M-V; § 11 NSOG; § 9 Abs. 1 POG RP; § 8 Abs. 1 SPolG; 3 Abs. 1 SächsPolG; § 13 SOG LSA; § 174 LVwG SH; § 5 Abs. 1 OBG TH.

<sup>14</sup> Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 10 Rn. 9 ff.

<sup>15</sup> § 66 Abs. 1 PolG BW; Art. 6 LStVG; § 2 Abs. 2 ASOG Bln; § 5 Abs. 1 OBG Bbg; § 79 BremPolG; § 3 Abs. 1 HmbSOG; § 89 HSO; § 4 SOG M-V; § 97 Abs. 1 NSOG; § 90 POG RP; § 80 Abs. 1 SPolG; § 68 Abs. 2 SächsPolG; § 89 Abs. 2 SOG LSA; § 165 Abs. 2 LVwG SH; § 4 Abs. 1 OBG TH.

<sup>16</sup> § 62 Abs. 4 PolG BW; Art. 6 LStVG; § 2 Abs. 4 ASOG Bln; § 4 Abs. 1 OBG Bbg; § 78 BremPolG; § 4 HmbVerwBehG; § 100 HSO; § 5 SOG M-V; § 100 Abs. 1 NSOG; § 91 POG RP; § 81 Abs. 1 SPolG; § 70 Abs. 1 SächsPolG; § 88 Abs. 2 SOG LSA; § 166 Abs. 1 LVwG SH; § 4 Abs. 3 OBG TH.

<sup>17</sup> § 24 Abs. 1 S. 2 GemO BW; Art. 29, 30 Abs. 2 GemO BY; § 28 Abs. 1 BbgKV; § 50 Abs. 1 S. 1 HGO; § 22 Abs. 2 KV M-V; § 58 NKomVG; § 32 Abs. 1 S. 2 GemO RP; § 34 S. 1 SKSVG; § 28 Abs. 1 SächsGemO; § 45 Abs. 1 S. 1 KVG LSA; § 27 Abs. 1 S. 2 GemO SH; § 22 Abs. 3 S. 1 ThürKO.

<sup>18</sup> § 41 Abs. 1 S. 2 GemO BW; Art. 38 Abs. 1 GemO BY; § 53 Abs. 1 BbgKV; § 71 Abs. 1 S. 1 HGO; § 38 Abs. 2 S. 1 oder § 39 Abs. 2 S. 1 KV M-V; § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG;

wenn ein entsprechender Ratsbeschluss notwendig wäre. Nach § 41 Abs. 3 GO NW<sup>19</sup> gelten allerdings Geschäfte der laufenden Verwaltung als auf den Bürgermeister übertragen. Darunter könnte auch die Erteilung eines VA fallen. Geschäfte der laufenden Verwaltung sind alle Handlungen, die „nach Regelmäßigkeit und Häufigkeit zu den üblichen Geschäften gehört“. Es muss sich also um Routinegeschäfte handeln. Das ist bei dem Erlass von Ordnungsverfügungen der Fall. Auch bei kleineren Städten muss die Verwaltung häufig und dabei stets nach denselben Vorgaben Verfügungen erlassen. Daher gilt die Erteilung dieser Verfügung als auf den Bürgermeister übertragen gem. § 41 Abs. 3 GO NW. Der Bürgermeister hat als zuständiges Organ gehandelt.

*Hinweis:* Die Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter führt dazu, dass der Bürgermeister wirksam nach außen tätig werden darf. Das Übergehen des Rates würde dann aber zumindest einen Verfahrensfehler darstellen.<sup>20</sup> Begründet man daher die Zuständigkeit des Bürgermeisters über § 63 Abs. 1 GO NRW, muss im Rahmen des Verfahrens kurz auf die notwendige Beteiligung des Rates eingegangen werden. Da hier die Zuständigkeit über § 41 Abs. 3 GO NRW begründet wird, ist dies nicht notwendig, da hier dem Gesetz nach allein der Bürgermeister zuständig ist.

2. Verfahren

Für den Erlass eines Verwaltungsakts gibt es bestimmte Verfahrensanforderungen, vgl. §§ 9 ff. VwVfG NW<sup>21</sup>. Insbesondere ist bei belastenden Verwaltungsakten die Pflicht zur Anhörung (§ 28 VwVfG NW<sup>22</sup>) zu beachten.<sup>23</sup> Die Anhörung

§ 47 Abs. 1 S. 1 GemO RP; § 59 Abs. 1 KSVG SL; § 51 Abs. 1 S. 2 SächsGemO; § 60 Abs. 1 S. 2 KVG LSA; § 56 Abs. 1 oder § 51 Abs. 1 GemO SH; § 31 Abs. 1 ThürKO.

<sup>19</sup> § 44 Abs. 2 S. 1 GemO BW; Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GemO BY; § 54 Abs. 1 Nr. 5 BbgKV; § 70 Abs. 1 S. 2 HGO; § 38 Abs. 2 S. 2 oder § 39 Abs. 3 KV M-V; § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 NKomVG; § 47 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GemO RP; § 59 Abs. 3 S. 1 KSVG SL; § 53 Abs. 1 SächsGemO; § 66 Abs. 1 S. 3 KVG LSA; § 55 Abs. 1 S. 2 GemO SH; § 29 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 ThürKO.

<sup>20</sup> So auch *Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 261.

<sup>21</sup> §§ 9 ff. LVwVfG BW; Art. 9 ff. BayVwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBln i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; §§ 9 ff. BremVwVfG; §§ 9 ff. HmbVwVfG; §§ 9 ff. HVwVfG; §§ 9 ff. VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; §§ 9 ff. SVwVfG; § 1 SächsVwVfG i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; §§ 74 ff. LVwVG SH; §§ 9 ff. ThürVwVfG.

<sup>22</sup> § 28 LVwVfG BW; § 28 LVwVfG BW; Art. 28 BayVwVfG; § 1 I VwVfGBln i.V.m. § 28 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. § 28 VwVfG; § 28 BremVwVfG; § 28 HmbVwVfG; § 28 HVwVfG; § 28 VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 28 VwVfG; § 28 SVwVfG; § 1

ist hier vor Erlass der belastenden Ordnungsverfügung erfolgt.

3. Form

Für ordnungsbehördliche Verfügungen gilt gem. § 20 OBG<sup>24</sup> das Gebot der Schriftlichkeit. Dieses Gebot wurde hier erfüllt. Auch wurde der Verwaltungsakt begründet im Sinne von § 39 VwVfG NW<sup>25</sup>. Formfehler liegen daher nicht vor.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Eine ordnungsbehördliche Verfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen, der richtige Adressat gewählt und (ermessensfehlerfrei) die richtige Rechtsfolge getroffen wurde sowie ein Verstoß gegen höherrangiges Recht nicht vorliegt.<sup>26</sup>

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 14 Abs. 1 OBG bedarf es einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Fraglich ist damit zunächst, ob eines oder mehrere der ordnungsrechtlichen Schutzgüter betroffen sind.

a) Schutzgut: Öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst die (geschriebene) objektive Rechtsordnung, Rechtsgüter und Interessen von Einzelnen sowie den Bestand des Staates, seiner Einrichtungen und Veranstaltungen.<sup>27</sup> Die Rechtsordnung reicht von der Verfassung bis zur Rechtsverordnung und Satzung und schließt das allgemeine und das besondere Verwaltungsrecht, das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, das

SächsVwVfZG i.V.m. § 28 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. § 28 VwVfG; § 87 LVwVG SH; § 28 ThürVwVfG.

<sup>23</sup> Siehe dazu insbesondere *Erbguth* (Fn. 7), § 14 Rn. 19 ff.; *Maurer* (Fn. 14), § 19 Rn. 20 ff.

<sup>24</sup> § 19 OBG Bbg; im Übrigen gelten jeweils die allgemeinen landesrechtlichen Formvorschriften.

<sup>25</sup> § 39 LVwVfG BW; Art. 39 BayVwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBln i.V.m. § 39 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. § 39 VwVfG; § 39 BremVwVfG; § 39 HmbVwVfG; § 39 HVwVfG; § 39 VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 39 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 39 VwVfG; § 39 SVwVfG; § 1 SächsVwVfZG i.V.m. § 39 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. § 39 VwVfG; § 109 LVwVG SH; § 39 ThürVwVfG.

<sup>26</sup> Vgl. *Maurer* (Fn. 14), § 10 Rn. 14 ff. Die Voraussetzung des richtigen Adressaten ist dabei eine Besonderheit im Gefahrenabwehrrecht, vgl. *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2016, § 8 Rn. 1; *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1.

<sup>27</sup> *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 53 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 8 Rn. 3 f; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 4 Rn. 3.

Privatrecht und das Europarecht ein.<sup>28</sup> Dazu zählen namentlich auch ordnungsbehördliche Verordnungen im Sinne von §§ 25 ff. OBG<sup>29</sup>.<sup>30</sup> Hier kommt ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 der „Verordnung über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ in Betracht. Voraussetzung ist aber, dass die Verordnung rechtmäßig ist. Eine solche Verordnung stellt eine Rechtsnorm dar, bei der – anders als bei Verwaltungsakten – die Rechtswidrigkeit zugleich Nichtigkeit bedeutet (sog. Nichtigkeitsdogma).<sup>31</sup> Sie zählt also nur im Falle ihrer Rechtmäßigkeit tatsächlich zur objektiven Rechtsordnung. Die Verordnung ist laut Sachverhalt formell wie materiell rechtmäßig und daher Bestandteil der Rechtsordnung und also des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit. Fraglich ist aber, ob die Verordnung für den hier geschilderten Sachverhalt einschlägig ist. In Betracht kommt hier § 4 der Verordnung. Danach müsste sich hier um Verunreinigungen einer Verkehrsfläche handeln. Unter Verunreinigung kann man dem Grunde nach die nachteilige Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes verstehen.<sup>32</sup> Das betroffene Objekt darf nicht mehr „rein“ bzw. sauber und ordentlich wirken. Im vorliegenden Fall besteht die Gefahr einer Verschmutzung, wie sie in der Vergangenheit vorgekommen ist, etwa durch Essensreste, Abfallreste, ausgedrückte Zigaretten, Urin, Flaschen usw. Die lässt den Parkplatz nicht mehr als sauber erscheinen. Von einer (potentiellen) Verunreinigung ist also auszugehen.

Der Parkplatz müsste aber auch als Verkehrsfläche im Sinne von § 4 Abs. 2 der Verordnung zu qualifizieren sein. Es kommt daher darauf an, ob das Grundstück tatsächlich dem öffentlichen, d.h. unbeschränkten Verkehr dient. Eigentumsverhältnisse sind nicht beachtlich. Hier geht es um den Parkplatz eines Einkaufszentrums, das grundsätzlich allen interessierten Besuchern und Besucherinnen offen steht. Eine Beschränkung des Zutrittsberechtigten Personenkreises ist nicht erkennbar. Damit ist der Parkplatz des Einkaufszentrums eine Verkehrsfläche im Sinne von § 4 Abs. 2 der Verordnung. Dass der Platz im Eigentum eines Hoheitsträgers (Kreis) steht, ist dabei entsprechend der Vorschrift irrelevant. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist hier also in Form der objektiven Rechtsordnung betroffen. Für dieses Schutzgut müsste im Zeitpunkt des Verfügungserlasses auch eine Gefahr bestanden haben.

<sup>28</sup> Siehe nur *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 10 ff.

<sup>29</sup> §§ 10 ff. PolG BW; Art. 42 ff. LStVG BY; §§ 55 ff. ASOG Bln; §§ 24 ff. OBG Bbg; §§ 48 ff. BremPolG; §§ 1 ff. SOG HH; §§ 71 ff. HSOG; § 17 SOG M-V; §§ 54 ff. NSOG; §§ 43 ff. POG RP; §§ 59 ff. SPolG; §§ 9 ff. SächsPolG; §§ 93 ff. SOG LSA; § 175 LVwG SH; §§ 27 ff. OBG TH.

<sup>30</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 11 Rn. 1.

<sup>31</sup> *Ehlers* (Fn. 2), § 27 Rn. 26; *Papier*, Grundkurs Öffentliches Recht, Bd. 1, 2012, Rn. 46.

<sup>32</sup> Vgl. die Definition der Gewässerunreinigung im Sinne von § 324 Abs. 1 StGB („verunreinigt oder sonst dessen Eigenschaften nachhaltig verändert...“).

#### b) Gefahr

Eine Gefahr ist anzunehmen, „wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird“.<sup>33</sup> Verlangt wird damit nicht nur die Feststellung eines Sachverhalts (Diagnose), sondern auch die Abschätzung des weiteren Verlaufs (Prognose). Hier könnte eine Gefahr darin zu sehen sein, dass die campierenden Besucher/innen möglicherweise den Parkplatz verschmutzen und damit gegen § 4 der Verordnung verstoßen würden.

Problematisch aber ist, dass es – wie sich später herausstellte – nicht zu einer entsprechenden Verschmutzung gekommen ist. Entscheidend ist daher für die Beurteilung der Gefahrenlage die maßgebliche Perspektive: Verlangt man eine Gefahr im objektiven Sinn, muss sie auch aus nachträglicher Sicht (ex-post) zu bejahen sein. Dies wäre hier indes zu verneinen. Aus ex-post-Perspektive ist klar, dass nie die Gefahr der Verschmutzung der Parkflächen zu besorgen war.

Andererseits kann man aber eine Betrachtung der Gefahrenlage auch aus der ex-ante-Perspektive und damit einen „subjektiven Gefahrenbegriff“<sup>34</sup> favorisieren. Dann wäre allein entscheidend, dass zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit auszugehen war. Sich nachträglich herausstellende Fehler in der Prognose wären unbeachtlich. Eine solche Anscheinsgefahr ist aber nur dann zu bejahen, wenn zum Zeitpunkt des Entschlusses vertretbar von einer Gefahrenlage ausgegangen werden konnte, eventuelle Prognose-Fehler zu diesem Zeitpunkt nicht erkennbar waren.<sup>35</sup> Voraussetzung dafür ist wiederum eine objektiviertete Betrachtung aus der Sicht eines sachkundigen, vernünftigen (Durchschnitts-)Beamten. Nur wenn aus seiner Sicht auch von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ex ante auszugehen war, kann man von einer vertretbaren Annahme sprechen. Im umgekehrten Fall handelte es sich nur um eine Putativgefahr, die rechtlich unbeachtlich ist. Im dem hier gelagerten Fall spricht gegen eine Anscheinsgefahr, dass die C-AG bislang keine Filiale in der Stadt T hatte und die Produktpremiere am 21.3.2015 die erste in der neuen Filiale war, eine Prognose für das Einkaufszentrum T mithin kaum möglich war. Dagegen spricht aber, dass bisher in anderen Städten entsprechende Verschmutzungen entstanden waren und keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass es in der Stadt T anders verlaufen würde. Die Ordnungsbehörde bzw. der Bürgermeister durften davon ausgehen, dass auch die Bürger/innen in T sich ähnlich wie in die Bürger/innen anderer Städte verhalten, zumal Verschmutzungen

<sup>33</sup> BVerwGE 45, 51 (57); *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 5; *Vofskuhle*, JuS 2007, 908; *Schoch*, Jura 2003, 177; *Krüger*, JuS 2013, 985.

<sup>34</sup> Dazu insbesondere *Gromitsaris*, DÖV 2005, 535; kritisch dazu *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 4 Rn. 39 ff.; *Poscher*, NVwZ 2001, 141.

<sup>35</sup> *Schenke* (Fn. 27), Rn. 80 f.; *Ericksen*, Jura 1995, 219; *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 57 f.; *Krüger*, JuS 2013, 985 (989 f.); *Tettinger/Erbguth/Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2015, Rn. 474; *Schoch*, JuS 1994, 667 (668 f.).

ortsunabhängig typische Folge mehrstündiger, großer Menschenansammlungen sind. Die ex-ante Perspektive aus der Sicht eines vernünftigen Dritten legte eine Gefahr damit nahe. Eine Anscheinsgefahr lag damit vor.

Für die Maßgeblichkeit der ex-ante Perspektive spricht insbesondere die Effektivität der Gefahrenabwehr. Der handelnde Beamte muss seine Entscheidung in kürzester Zeit treffen. Würden sämtliche Fehler ihm dabei zur Last gelegt, müsste man besorgen, dass der Beamte lieber auf ein – womöglich notwendiges – sofortiges Einschreiten verzichtet. Darüber hinaus ist die Ungewissheit über den weiteren Ablauf gerade Bestandteil des Wesens einer Gefahr. Zu ihr gehört gerade auch die – wenn auch geringe – Wahrscheinlichkeit der Nichtschädigung. Damit handelt es sich bei der Anscheinsgefahr um eine Gefahr im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts, so dass die Erfüllung des Tatbestandes hier diesbezüglich zu bejahen ist.

## 2. Der richtige Adressat

Die H-GmbH müsste außerdem der richtige Adressat der Verfügung gewesen sein. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie „Störer“ bzw. Verantwortlicher im Sinne des OBG war. Dies richtet sich nach den §§ 17 ff. OBG<sup>36</sup>.

### a) Verhaltensstörer (§ 17 OBG<sup>37</sup>)

Verhaltensstörer ist, wer die Gefahr durch sein Verhalten, d.h. sein Tun oder (pflichtwidriges) Unterlassen verursacht hat, § 17 Abs. 1 OBG. Als einzig mögliches relevantes Verhalten ist die Entscheidung der H-GmbH über das Vermieten der Geschäftsräume an die C-AG heranzuziehen. Fraglich ist, ob dieses Verhalten die Gefahr verursacht hat. Wann dies der Fall ist, wird unterschiedlich bestimmt.

#### aa) Unmittelbare Verursachung

Nach der Lehre von der unmittelbaren Verursachung muss die betroffene Handlung unmittelbar die (vermeintliche) Gefahrenschwelle überschreiten.<sup>38</sup> Entscheidend ist, dass die Ursache in einem Verantwortungszusammenhang mit der Gefahr steht. Das bedeutet, dass es für die Verursachungsfrage mithin nicht (nur) einer tatsächlichen, sondern vielmehr einer normativen Wertung bedarf.<sup>39</sup> Hier aber ist zu sagen, dass die Gefahr nicht bereits durch das Vermieten der Geschäftsräume, sondern vielmehr durch das Campieren der

Kunden und die durch sie verursachten Verschmutzungen entsteht. Die H-GmbH wäre danach nicht Verhaltensstörer im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG.

### bb) Rechtswidrige Verursachung

Eine andere Möglichkeit ist, die Verantwortlichkeit an ein rechtswidriges Verhalten zu knüpfen, das zu der Gefahr geführt hat.<sup>40</sup> Voraussetzung ist dabei, dass der Schutzzweck der Norm, gegen die verstoßen wurde, gerade auf die Verhinderung der entstandenen Gefahr gerichtet ist.<sup>41</sup> Hier ist das Verhalten der H-GmbH indes nicht rechtswidrig. Bei der Vermietung handelt es sich um ein legales, von der Privatautonomie gedecktes Handeln. Auch nach diesem Ansatzpunkt ist die H-GmbH kein (Verhaltens-)Störer im Sinne von § 17 OBG.

### b) Zustandsstörer (§ 18 OBG<sup>42</sup>)

Eine Pflichtigkeit der H-GmbH könnte darüber hergeleitet werden, dass die Gefahr von einer Sache oder einem Tier im Eigentum der H-GmbH verursacht wird, § 18 Abs. 1 S. 1 OBG. In Betracht kommt die Gefahrverursachung durch den Parkplatz im Einzugsbereich des von der H-GmbH verwalteten Einkaufszentrums.

#### aa) Der Kreis der Zustandsstörer

Nach § 18 Abs. 1 S. 2 OBG ist, sofern eine Sache oder ein Tier die Gefahr verursacht, der Eigentümer heranzuziehen. Dieser ist hier aber der Kreis K, nicht die H-GmbH. Nach § 18 Abs. 2 S. 1 OBG kann die Maßnahme aber auch gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt gerichtet werden. Dies richtet sich – anders als Fragen des Eigentums – nicht nach sachenrechtlichen Kategorien, sondern alleine danach, wer auf die Sache einwirken kann. Entscheidend ist die unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit.<sup>43</sup> Insoweit spricht für eine Pflichtigkeit der H-GmbH, dass sie das Einkaufszentrum – und damit auch die Filiale der C-AG – verwaltet. Darüber hinaus entscheidet sie, wer Mieter der Geschäfte sein darf. Es ist daher davon auszugehen, dass die H-GmbH Verfügungsgewalt über das Einkaufszentrum bzw. das gesamte Grundstück hat. Sie hat damit Einfluss auf den Umgang mit Einkaufszentrum und Parkplatz und ist daher Inhaberin der tatsächlichen Gewalt.

<sup>36</sup> §§ 6 ff. PolG BW; Art. 7 ff. PAG BY; §§ 13 ff. ASOG Bln; §§ 16 ff. OBG Bbg; §§ 5 ff. BremPolG; §§ 8 ff. HmbSOG; §§ 6 ff. HSOG; §§ 68 ff. SOG M-V; §§ 6 ff. NSOG; §§ 4 ff. POG RP; §§ 4 ff. SPoIG; §§ 4 ff. SächsPolG; §§ 7 ff. SOG LSA; §§ 218 ff. LVwG SH; §§ 10 ff. OBG TH.

<sup>37</sup> § 6 PolG BW; Art. 7 PAG BY; § 13 ASOG Bln; § 16 OBG Bbg; § 5 BremPolG; § 8 HmbSOG; § 6 HSOG; § 69 SOG M-V; § 6 NSOG; § 4 POG RP; § 4 SPoIG; § 4 SächsPolG; § 7 SOG LSA; § 218 LVwG SH; § 10 OBG TH.

<sup>38</sup> *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 9 Rn. 11 f.; *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 91 ff.; *Hartmann*, JuS 2008, 539 (594 ff.); *Tettinger/Erbguth/Mann* (Fn. 35), Rn. 490 ff.

<sup>39</sup> *Schenke* (Fn. 27), Rn. 243.

<sup>40</sup> So insbesondere *Poscher*, Jura 2007, 801 (803 ff.); *Poscher/Rusteberg*, JuS 2011, 1082 (1083).

<sup>41</sup> Vgl. VGH Mannheim NZV 1996, 511; VGH Kassel NJW 1999, 3650 f.; vgl. auch *Wehr*, Polizeirecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 136 f.

<sup>42</sup> § 7 PolG BW; Art. 8 PAG BY; § 14 ASOG Bln; § 17 OBG Bbg; § 6 BremPolG; § 9 SOG HH; § 7 HSOG; § 70 SOG M-V; § 7 NSOG; § 5 POG RP; § 5 SPoIG; § 5 SächsPolG; § 8 SOG LSA; § 219 LVwG SH; § 11 OBG TH.

<sup>43</sup> *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 350; *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 124.

*bb) Ausgehen einer Gefahr*

Voraussetzung ist weiterhin, dass von der Sache, hier also dem Parkplatz, eine Gefahr „ausgeht“. Fraglich ist jedoch, wann und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist. Hier sind zwei Bestimmungsansätze zu unterscheiden.

*(1) Kein besonderer Verantwortungszusammenhang*

Einerseits könnte man davon ausgehen, dass ein besonderer Zusammenhang zwischen Sache und Gefahr nicht notwendig ist.<sup>44</sup> Danach würde es für § 18 OBG ausreichen, wenn die Sache nicht Quelle der Gefahr ist, sondern sie lediglich als Mittel verwendet wird. Daher würde hier die Zustandsstörerhaftung zu bejahen sein.

*(2) Die Notwendigkeit eines Verursachungszusammenhanges*

Angesichts der Wortbedeutung könnte man andererseits für ein „Ausgehen“ der Gefahr von einer Sache eine unmittelbare Kausalitätsbeziehung zwischen Sache und Gefahr verlangen.<sup>45</sup> Voraussetzung wäre dann – analog zur Verhaltensverantwortlichkeit – eine unmittelbare Verursachung der Gefahr durch die Sache selbst.<sup>46</sup> Dies wäre insbesondere gegeben, wenn die Gefahr durch eine gefahrbe gründende Eigenschaft der Sache hervorgerufen wird oder eine an sich ungefährliche Sache durch ihre „Lage im Raum“ eine Gefahr begründet (z.B. Felsblock auf Autobahn).<sup>47</sup> Entscheidend ist danach, dass die Gefahr in der Sache selbst wurzelt.

Fraglich ist, ob dies hier der Fall wäre. Denn problematisch ist, dass die Gefahr (Verstoß gegen § 4 der Verordnung) nicht der Sache (dem Parkplatz) selbst anhaftet, sondern erst durch das an sich rechtmäßige Verhalten der Kunden (Campieren) entsteht. Insofern „vermischen“ sich Verhaltens- und Zustandsverursachung. Nach einer weit verbreiteten Ansicht ist daher bei einem rechtmäßigen Verwenden der Sache durch Dritte die Zustandsverantwortlichkeit zu verneinen, sofern erst durch dieses Verhalten der Dritten die Gefahr begründet wird.<sup>48</sup> Das Prinzip dahinter lautet: Ein Verhalten kann nicht die Gefährlichkeit einer Sache hervorrufen. Denn

dann wäre nicht die Sache an sich die Gefahrenquelle, sondern allein ihre bloße Existenz.<sup>49</sup>

Für eine solche Betrachtungsweise spricht, dass die Gefahr in Form des Rechtsverstoßes (§ 4 der Verordnung) nicht unmittelbar auf den Parkplatz selbst zurückzuführen ist. Vielmehr ist Gefahrenursache die Verschmutzung der Sache durch das Verhalten der Kunden. Die Sache ist damit selbst „Objekt“ und nicht Ausgangspunkt eines gefahrbe gründenden Verhaltens.

Dagegen spricht aber, dass das die Gefahr be gründende Verhalten die Sache (Parkplatz) gerade miteinbindet. Der Parkplatz ist dabei auch nicht reines „Objekt“ dieses Verhaltens, da die Gefahr zwar tatsächlich in der Verschmutzung (und damit in einer Handlung gegen die Sache selbst), rechtlich und damit auch gefahrenabwehrechtlich aber in einem möglichen Rechtsverstoß (hier gegen § 4 der Verordnung) liegt. Geht es bei der Zustandsstörerhaftung daher um die Frage eines besonderen Zusammenhanges zwischen Sache (Parkplatz) und „Rechtsgefahr“ (Rechtsverstoß), kann dieser nicht mit dem bloßen Verweis auf ein Verhalten Dritter verneint werden, wenn die Sache gerade das besondere Mittel oder – wie hier – den notwendigen Ort der Gefahrverwirklichung darstellt. Wenn dann die Gefahr von der Sache ausgehen muss, stellt sich danach nicht die Frage, ob die Sache aus sich allein heraus die Gefahr be gründet, sondern ob sie derart Gegenstand des Rechtsverstoßes wird, dass die Gefahrenabwehr dem Eigentümer oder dem Sachherrschaftsinhaber zugerechnet werden kann. Es geht letztendlich also um die Zurechnung des Drittverhaltens zum Eigentümer bzw. Sachherrschaftsinhaber. Hintergrund der Zustandsstörerhaftung ist die Wertung, dass der Eigentümer qua seiner rechtlichen und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt kraft seiner Sachherrschaft der Gefahr zumindest näher steht als die Allgemeinheit. Entscheidend ist gerade der Gedanke der „Risikosphäre“ bzw. der „Nutzen-Lasten-Relation“.<sup>50</sup> Wer sein Eigentum bzw. wer berechtigterweise über fremdes Eigentum verfügt und darauf einwirkt und dadurch Vorteile für sich ziehen kann, muss auch für die Lasten, die bei einer entsprechenden Nutzung entstehen oder die die Sache hervorruft, einstehen.<sup>51</sup> Dabei ist vorliegend festzustellen, dass sich die Kunden berechtigt auf dem Grundstück aufhalten und berechtigt das Grundstück zum Campieren benutzen. Zwar ist der Parkplatz dem Grunde vorrangig dem Abstellen von Kraftfahrzeugen vorbehalten. Die H-GmbH als Verwalter des Grundstücks lässt die Nutzung des Parkplatzes als Campingfläche aber gerade zu. Schließlich geht es darum, möglichst viele Käufer/innen für das Einkaufszentrum zu gewinnen, um wirtschaftlich erfolgreich agieren zu können. Dadurch, dass der Inhaber der tatsächlichen Gewalt andere Personen gerade die Sache nutzen lässt, die Nutzung der Sache also von der Einflussmöglichkeit des Sachherrschaftsinhabers gedeckt ist,

<sup>44</sup> So Lepsius, JZ 2001, 22.

<sup>45</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn. 42 ff.; Schenke (Fn. 27), Rn. 268; Götz (Fn. 27), § 9 Rn. 11; vgl. Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 117; Wehr (Fn. 41), Rn. 164 f.

<sup>46</sup> Schenke/Schenke, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2006, Kap. II Rn. 171; Schoch, JuS 1994, 932 (936 f.); Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. D Rn. 75; Württenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 251 ff.; vgl. auch Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn. 45.

<sup>47</sup> Schenke/Schenke (Fn. 46), Kap. 2 Rn. 171; Wehr (Fn. 41), Rn. 160 f.

<sup>48</sup> Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 116; Dietlein, in: Dietlein/Burgi/Hellermann (Fn. 20), § 3 Rn. 92.

<sup>49</sup> Dazu VGH Mannheim DÖV 2013, 121; vgl. auch Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 116.

<sup>50</sup> Dazu Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn. 42 f.

<sup>51</sup> Siehe oben Fn. 30; vgl. auch Schenke/Schenke (Fn. 46), Kap. 2 Rn. 173.

muss dieser für die entsprechenden Handlungen der Dritten verantwortlich gemacht werden können. Die Gefahr – das Verhalten der Camper sowie der Rechtsverstoß – ist damit auf den notwendigen Ort ihrer Verwirklichung zurückzuführen. Dass die Kunden der Gefahr näher stehen als die H-GmbH, schließt die Verantwortlichkeit der H-GmbH nicht aus, hat aber Einfluss auf die Frage der richtigen Ermessensentscheidung und ist daher dort zu thematisieren.<sup>52</sup>

### (3) Zwischenergebnis

Unabhängig davon, ob man einen besonderen Verursachungszusammenhang zwischen Gefahr und Sache verlangt, ist hier das „Ausgehen“ der Gefahr (Verschmutzung und Rechtsverstoß) von der Sache (Parkplatz) zu bejahen. Einer Entscheidung zwischen beiden Lösungsalternativen bedarf es nicht. Die H-GmbH ist als Zustandsstörer gem. § 18 Abs. 1, 2 OBG zu qualifizieren.

### cc) Anscheinsgefahr

Fraglich aber ist, inwieweit es sich auswirkt, dass objektiv ex-post keine Gefahr vorgelegen hat. In diesem Fall müsste streng genommen auch die Störereigenschaft entfallen. Dagegen spricht aber, dass ansonsten die Erweiterung des Gefahrenbegriffs aus Gründen der Gefahrenabwehreffektivität auf die subjektive Dimension sinnlos wäre.<sup>53</sup> Es ist daher geboten, die notwendige Korrektur erst auf der sekundären (Kosten-)Ebene durchzuführen, um so den Zweck der Gefahrenabwehr nicht zu vereiteln.<sup>54</sup> Insoweit ist die H-GmbH Anscheinsstörer. Alle anderen Lösungen, insbesondere die, nach der ein „Anscheinsstörer“ nur dann Störer sein kann, wenn er ein erhöhtes Risiko für die „Irreführung“ der jeweiligen Behörde gesetzt hat,<sup>55</sup> überzeugen vor diesem Hintergrund nicht. Entscheidend ist nämlich auf primärer Ebene, die (vermutete) Gefahr abzuwenden. Dass tatsächlich keine Gefahr vorliegt, kann der handelnden Behörde nicht vorgeworfen werden.

### dd) Zwischenergebnis

Die H-GmbH ist Zustandsstörer gem. § 18 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 OBG.

### 3. Rechtsfolge

§ 14 Abs. 1 OBG räumt der Behörde ein Ermessen ein („kann“). Solche Ermessensentscheidungen sind gerichtlich

nicht voll überprüfbar, sondern können nur auf Ermessensfehler hin überprüft werden, § 114 S. 1 VwGO.<sup>56</sup> Das ordnungsbehördliche Ermessen umfasst dabei nicht nur die Entscheidung, ob gehandelt wird (Entschliebungsermessen), sondern auch wie und gegen wen gehandelt wird (Auswahlermessen). Im Rahmen des Auswahlermessens muss die Ordnungsbehörde sich auch dafür entscheiden, welchen von mehreren Störern sie als Pflichtigen heranzieht. Das Gesetz macht bei der Auswahl unter mehreren Störern grds. keine Vorgaben. Entscheidend ist allein, dass die Behörde ihr Ermessen getreu des gesetzlichen Rahmens aus § 40 VwVfG NW ausübt. Fraglich ist, ob hier mit der Inanspruchnahme der H-GmbH das Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt worden ist. Insbesondere macht die H-GmbH geltend, dass vorrangig andere Verantwortliche heranzuziehen gewesen wären.

### a) Mehrere Störer

Entscheidend ist also zunächst, dass es – neben der H-GmbH – tatsächlich noch weitere Störer gab, die die Behörde hätte heranziehen können. Es ist also zunächst zu prüfen, ob es überhaupt weitere Störer gibt, bevor auf Ermessensfehler einzugehen ist. Als Störer kommen die campierenden Kunden, die C-AG und der Kreis K in Betracht.

### aa) Kunden

Die Kunden könnten Verhaltensstörer im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG sein, wenn sie durch ihr potentielles Verhalten die Gefahr verursacht, also unmittelbar die Gefahrenschwelle übertreten hätten (vgl. oben). Durch das Campieren und gleichzeitigen Verzehr von Nahrung, Getränken, den Konsum anderer Genussmittel und – insbesondere – die nicht ordnungsgemäße Entsorgung verursachen sie die Gefahr (Verschmutzung der Verkehrsflächen) unmittelbar. Sie sind damit Verhaltensstörer gem. § 17 Abs. 1 OBG. Dass es sich hierbei um Anscheinsstörer handelt, ist nach dem eben Gesagten unschädlich (siehe oben). Dass es sich bei den Kunden um einen zum Entscheidungszeitpunkt unbekanntem Adressatenkreis handelt und daher kaum effektive Maßnahmen gegen sie im Raum stehen, ist dabei kein Kriterium bei der Frage, ob die Kunden Störer sind, sondern vielmehr bei der Frage, ob es ein Fehler war, sie nicht auszuwählen (siehe dazu unten). Insoweit müssen die beiden Ebenen getrennt werden.

### bb) C-AG

Auch die C-AG könnte Verhaltensstörer im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG sein. Dann müsste sie die Gefahr durch ihr Verhalten verursacht haben. Als Handlung kommt die Produktpräsentation am 21.3.2015 in Betracht.

<sup>52</sup> So auch *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 116; a.A. *Dietlein* (Fn. 48), § 3 Rn. 92.

<sup>53</sup> Das Problem des Anscheinsstörers ist überwiegend im Bereich der Verhaltensverantwortlichkeit relevant, kann aber unproblematisch auch auf den Zustandsstörer übertragen werden, sofern man die Figur der Anscheinsgefahr nicht gänzlich ablehnt. siehe dazu auch *Schenke/Schenke* (Fn. 46), Kap. 2 Rn. 172; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 425 f. <sup>54</sup> *Schoch*, in: *Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 2 Rn. 406 f.; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 866 ff.

<sup>55</sup> *Schenke* (Fn. 27), Rn. 254; vgl. *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 99.

<sup>56</sup> Dem Wortlaut nach ist die gerichtliche Überprüfung auf die Überschreitung der gesetzlichen Ermessensgrenzen sowie auf die Beachtung des Zwecks der Ermächtigung beschränkt. In diesem Zusammenhang haben Rechtsprechung und Lehre verschiedene Fallgruppen bzw. sog. Ermessensfehler entwickelt, siehe dazu *Hufen*, *ZJS* 2010, 603.

Fraglich ist, ob diese Handlung die Gefahr tatsächlich verursacht, also unmittelbar die Gefahrenschwelle überschreitet. Wie bereits erwähnt, setzen die Kunden unmittelbar den Grund für die Gefahr. Die C-AG ist nur mittelbare Verursacherin.

Ausnahmsweise könnte sie aber auch Störerin sein, wenn sie *Zweckveranlasserin* wäre. Dies wäre der Fall, wenn sie durch ihr Verhalten die Gefahr durch das Handeln des unmittelbaren Verursachers objektiv, als typische gefahrverursachende Handlung oder subjektiv, d.h. billigend in Kauf nehmend, veranlasst.<sup>57</sup> Es kommt dabei also auf eine normative Bewertung der Geschehnisse an.<sup>58</sup> Hier müsste also die C-AG durch das Anbieten von Produkten objektiv oder subjektiv das Verhalten der campierenden Kunden als unmittelbare Gefahrenschwellenüberschreitung hervorrufen. Eine normative Wertung muss ergeben, dass die zusätzliche Vorverlagerung der Verantwortlichkeit gerechtfertigt bzw. billig ist.<sup>59</sup>

Gegen die Annahme des Zweckveranlassers im vorliegenden Fall spricht, dass es gerade zum Tätigkeitsfeld der C-AG gehört, neue Unterhaltenselektronik auf den Markt zu bringen. Die C-AG nimmt hierbei lediglich ihr Recht aus Art. 12, 14 GG wahr. Dass wartende Kunden eine Gefahr verursachen, könnte danach nicht zugerechnet werden. Dagegen spricht aber, dass die C-AG dieses Campieren in der Vergangenheit stets zugelassen hat und – trotz der zahlreichen Verschmutzungen – nichts in ihrem Handeln geändert hat, indem sie z.B. vorab bereits Maßnahmen selber ergriffen hat. Dadurch, dass sie von der Gefahr weiß, aber nichts dagegen unternimmt, obschon es „ihre“ Kunden sind, ist zumindest von einem billigenden Inkaufnehmen der C-AG auszugehen. Zwar ist es durchaus möglich, dass in anderen Städten entsprechende Verordnungen nicht bestehen und es dort gerade deshalb zu Verschmutzungen gekommen ist. Allerdings kann vorab nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass bei Bestehen einer entsprechenden Verordnung keiner der 280 Kunden entsprechende Verschmutzungen verursacht, zumal allgemeine Erfahrungen zeigen, dass es bei einem Campieren von rund 280 Personen typischerweise – zumindest fahrlässig – zu Verschmutzungen kommt, so dass auch eine objektive Veranlassung zu bejahen ist.<sup>60</sup> Zwar nimmt die C-AG in rechtmäßiger Weise ihre Rechte aus Art. 12, 14 GG wahr; dies spricht jedoch nicht gegen eine Inanspruchnahme als Störerin, zumal die C-AG durch die Kunden wirtschaftliche Vorteile zu erwarten hat. Es erscheint demnach angemessen, ihr auch die drohenden Störungen durch die Kunden zuzurechnen.

<sup>57</sup> Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 101 ff.; Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 187 ff.; ders., Jura 2009, 360; Götz (Fn. 27), § 9 Rn. 18 ff.; Wobst/Ackermann, JA 2013, 916.

<sup>58</sup> Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 188 f.

<sup>59</sup> Vgl. Wehr (Fn. 41), Rn. 145 ff.

<sup>60</sup> Zwar ist es immer noch unklar, ob der Zweckveranlasser nur bei subjektiver oder nur bei objektiver Veranlassung zu bejahen ist. Da hier jedoch beide Varianten erfüllt sind, ist eine Entscheidung entbehrlich. Siehe zu dieser Frage allgemein Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 104 f.; Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 189 f.

Die überzeugenderen Argumente sprechen für die Qualifizierung der C-AG als Zweckveranlasser. Indem die C-AG sogar in einer Presseerklärung die Anzahl der Personen nennt und Bezug auf das Campen nimmt, zeigt sie sich als des Problems bewusst. Die Verschmutzungen sind, wie die Vergangenheit zeigt, typische Folge des Campierens und werden von der C-AG, die dieses Problem bereits kennen muss, billigend in Kauf genommen. Die C-AG ist damit Verhaltensstörerin im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG.

*Hinweis:* Häufig liest man, dass die Eigenschaft eines Zweckveranlassers stets dann zu verneinen sei, wenn der Betroffene in rechtmäßiger Weise von seinen (Grund) Rechten Gebrauch mache (insbesondere bei Versammlungen im Sinne von Art. 8 GG).<sup>61</sup> Dies ist so pauschal jedoch nicht richtig, sondern bedarf stets einer Abwägung im Einzelfall.<sup>62</sup> Schließlich kann die Gefahrenabwehr nicht allein von der Rechtmäßigkeit einer Handlung abhängig sein, sondern benötigt gerade hier eine normative Wertung.<sup>63</sup> Freilich ist aber zu beachten, dass die zulässige Wahrnehmung eigener Rechte großen Einfluss auf die Abwägung haben dürfte.

#### cc) Der Kreis K

Der Kreis K ist Eigentümer des Einkaufszentrums und des dazugehörigen Parkplatzes und kann daher in Anspruch genommen werden, wenn von dem Einkaufszentrum bzw. Parkplatz eine Gefahr ausgeht, vgl. § 18 Abs. 1 S. 1 OBG. Bereits oben wurde geklärt, dass ein Zusammenhang zwischen Gefahren und Parkplatz anzunehmen ist (siehe oben). K ist damit Zustandsstörer im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 1 OBG.

Problematisch aber ist, dass K selbst Hoheitsträger ist. Dies könnte seine Verantwortlichkeit ausschließen. Zwar ist jeder Hoheitsträger und damit der Kreis K auch an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG) und daher auch materiell polizeipflichtig, soweit das Gesetz davon keine Ausnahmen macht (z.B. § 35 StVO).<sup>64</sup> Fraglich aber ist, ob ein Vorgehen der Ordnungsbehörde gegen andere Hoheitsträger nicht dennoch unzulässig ist, eine sogenannte formelle Polizeipflichtigkeit also nicht besteht.

Für eine formelle Pflichtigkeit spricht, dass jeder – auch Hoheitsträger – die gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften beachten und einhalten muss. Die Gefahrenabwehrbehörde hat zur Aufgabe, Gefahren abzuwehren. Dabei ist es irrelevant, von wem die Gefahr ausgeht.

<sup>61</sup> So z.B. bei Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 190; Schenke (Fn. 27), Rn. 157; Enders, Jura 2003, 103 (108).

<sup>62</sup> So hat die Rechtsprechung schon häufiger auch bei Versammlungen die Figur des Zweckveranlassers bejaht bzw. die Störereigenschaft stets im Rahmen einer umfassenden Einzelfallabwägung abgelehnt, siehe nur BVerwG NVwZ 2000, 1406.

<sup>63</sup> Vgl. Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 107.

<sup>64</sup> Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 142.

Gegen<sup>65</sup> eine formelle Pflichtigkeit spricht aber zum einen, dass die Verwaltungsvollstreckungsgesetze einen Vollzug gegen Behörden bzw. juristische Personen des öffentlichen Rechts ausschließen (z.B. § 17 VwVG; § 76 VwVG NW<sup>66</sup>). Darin zeigt sich bereits der Grundsatz der fehlenden formellen Pflichtigkeit von Hoheitsträgern. Darüber hinaus spricht die Kompetenzordnung gegen gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen gegen Hoheitsträger. Diese sind innerhalb ihrer Kompetenzsphäre selbst für die Einhaltung gefahrenabwehrrechtlicher Vorschriften zuständig.<sup>67</sup> Durch ein entsprechendes Eingreifen der Gefahrenabwehrbehörden würden etwa Instrumentarien der kommunalen Aufsichtsbehörden ausgehöhlt. Allein diese sollen aber befugt sein, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Einhaltung der gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften durchzusetzen.

Allerdings vermag diese Auffassung letztlich nicht zu überzeugen. Die verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Vorschriften zeigen nur, dass ein Vollzug gegen Behörden nicht zulässig ist. Dass gefahrenabwehrrechtliche Verfügungen dagegen unzulässig seien, belegen diese Vorschriften nicht. Darüber hinaus ist ein Vorgehen gegen Hoheitsträger auch kein Eingriff in die Kompetenzsphäre des jeweiligen Hoheitsträgers, da die Ordnungsbehörden durch ein Einschreiten ihre eigene gefahrenabwehrrechtliche Kompetenz ausfüllen. Hinzu kommt, dass eine strikte Ablehnung der formellen Pflichtigkeit ohnedies nicht gänzlich durchgehalten werden kann. So muss in Eilfällen<sup>68</sup> oder in den Fällen, in denen die kommunale Aufsichtsbehörde nicht eingreifen kann (z.B. fiskalisches Handeln des Hoheitsträger<sup>69</sup>), die Gefahrenabwehrbehörde tätig werden dürfen.<sup>70</sup> Insgesamt ist daher die Pflichtigkeit des Kreises zu bejahen (a.A. vertretbar).

*Hinweis:* Die h.M. verneint weiterhin die formelle Pflichtigkeit von Hoheitsträgern, auch wenn die Gegenauffassung zunehmend an Zustimmung gewinnt. Zu beachten ist grds., dass nach h.M. der jeweilige Hoheitsträger nicht nur kein Störer im Sinne von §§ 17 f. OBG sein kann,

sondern dass der jeweiligen Gefahrenabwehrbehörde bereits die Zuständigkeit fehlt, tätig zu werden.<sup>71</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

Störer sind in diesem Fall die Kunden (§ 17 OBG), die C-AG (§ 17 OBG) und der Kreis K (§ 18 OBG), so dass also eine Störermehrheit vorliegt.

#### b) Ermessensfehler

Fraglich ist nun, ob bei der Inanspruchnahme der H-GmbH als polizeipflichtige Störerin Fehler beim Auswahlmessen vorliegen.

#### aa) Ermessensausfall

Ein Ermessensausfall kommt dann in Betracht, wenn die Behörde entweder nicht wusste, dass mehrere Störer in Betracht kommen oder dies wusste, aber keine Überlegungen hinsichtlich der Auswahl anstellte.<sup>72</sup> Dies scheidet hier aus. Der Bürgermeister hat sich vorab genau mit der Frage beschäftigt und Gründe für seine Auswahl gefunden.

#### bb) Ermessensfehlgebrauch

In Betracht kommt aber, dass die Behörde falsche Überlegungen angestellt hat bzw. die Gewichtung der wesentlichen Belange im Einzelfall verkannt und dadurch einen falschen Adressaten ausgewählt hat (sog. Ermessensfehlgebrauch).<sup>73</sup> Zwar gibt es keine genauen gesetzlichen Vorgaben für die Störerauswahl. Dennoch hat die Behörde insbesondere nach § 40 VwVfG NW den Zweck der Ermächtigung, also die Effektivität der Gefahrenabwehr zu berücksichtigen.<sup>74</sup>

#### (1) Verhaltensstörer vor Zustandsstörer?

Ein Argument für die vorrangige Inanspruchnahme der C-AG bzw. der Kunden könnte sein, dass sie als Verhaltensstörer grundsätzlich vor einem Zustandsstörer heranzuziehen seien. Dagegen spricht aber bereits, dass zum einen eine solche Rangfolge nicht aus dem Gesetz herleitbar ist und zum anderen, dass dies einer effektiven Gefahrenabwehr gerade widerspräche, weil der Zweck der Ermächtigung darüber gerade nicht immer zu verwirklichen wäre (vgl. § 40 VwVfG NW). Ein abstrakter Vorrang des Verhaltensstörers bei der Inanspruchnahme existiert daher nicht.<sup>75</sup>

<sup>65</sup> Dazu insbesondere *Schenke* (Fn. 27), Rn. 234; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 489 ff.; *Götz* (Fn. 27), Rn. 238 ff.

<sup>66</sup> § 22 LVwVG BW; Art. 29 Abs. 4 BayVwZVG; § 8 BlnVwVfG iVm § 17 VwVG; § 7 Abs. 4 VwVGBbg; § 10 VwVGHbg; § 85 SOG MV; § 7 LVwVG RP; § 234 LVwG SH; nach § 26 HVwVG, § 21 Abs. 1 NVwVG und § 40 Abs. 1 ThürVwZVG ist die Vollstreckung zulässig, sofern der betroffene Hoheitsträger nicht an der Erfüllung seiner Aufgaben gehindert wird. Nach § 37 Abs. 1 S. 1 SVwVG ist die Vollstreckung gegen Hoheitsträger sogar grds. zulässig. Nach § 18 SächsVwVG bedarf es der ausdrücklichen Genehmigung zumindest durch die Aufsichtsbehörde.

<sup>67</sup> *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 491.

<sup>68</sup> VGH Kassel DÖV 1992, 752.

<sup>69</sup> VGH Kassel NVwZ 1997, 304.

<sup>70</sup> So auch *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 143; *Schoch*, Jura 2005, 324.

<sup>71</sup> Vgl. dazu insbesondere *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 491; *Schoch*, Jura 2005, 324.

<sup>72</sup> Dazu *Hufen*, ZJS 2010, 603 (604); *Erbguth* (Fn. 7), § 14 Rn. 44.

<sup>73</sup> Dazu *Hufen*, ZJS 2010, 603 (604); *Erbguth* (Fn. 7), § 14 Rn. 46 ff.

<sup>74</sup> *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 9 Rn. 86 f.; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 494 f.

<sup>75</sup> *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 162; *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 9 Rn. 92 f.; vgl. *Schenke* (Fn. 27), Rn. 285 ff.; *Schoch* (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 230.

*(2) Zivilrechtliche Absprachen*

Die H-GmbH argumentiert, dass sie zivilrechtlich mit der C-AG vereinbart habe, dass für entsprechende Maßnahmen wie das Aufstellen von Abfallbehältern nur die C-AG zuständig sei. Der Bürgermeister hingegen argumentiert, er habe solche Absprachen nicht zu beachten.

Für die Haltung des Bürgermeisters spricht bereits, dass es für Behörden und Polizei zumeist schwierig sein wird, zunächst das zivilrechtliche Zuständigkeitsverhältnis zu ergründen. Auch widerspricht eine Pflicht zur Erforschung des zivilrechtlichen Innenverhältnisses zwischen Störern einer effektiven Gefahrenabwehr. Entscheidend ist, wer sicher und schnell die Gefahr beseitigen kann bzw. bei welchem Störer die Behörde den geringsten Aufwand betreiben muss.<sup>76</sup> Die zivilrechtliche Vereinbarung zwischen der H-GmbH und der C-AG ist daher für die Störerauswahl irrelevant.<sup>77</sup>

*(3) Effektivität der Gefahrenabwehr*

Als allein maßgeblich für die Ermessensausübung der Ordnungsbehörde bleibt damit der Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr. Wer für die Behörde zum Zeitpunkt der Entscheidung die Gefahr am sichersten, zuverlässigsten und schnellsten beseitigen kann, ist der richtige Adressat.<sup>78</sup>

Hierbei sind bereits die Kunden der C-AG zu vernachlässigen. Insbesondere wegen der zu erwartenden großen Kundenanzahl, aber auch wegen – zumindest im Zeitpunkt der Entscheidung – fehlender Information über die jeweiligen Personen kann die Behörde über die Kunden eine effektive Gefahrbeseitigung nicht gewährleisten. Es ist keine Maßnahme ersichtlich, mit deren Hilfe die Gefahr zuverlässig durch die Kunden beseitigt werden könnte. Die Kunden als Störer heranzuziehen, scheidet daher aus Gründen der Effektivität aus.

Für die Pflichtigkeit der H-GmbH spricht zunächst, dass sie als Verwalter des Einkaufszentrums samt Parkplatz grundsätzlich auf die Sauberkeit und Einhaltung der Regelungen achtet, für sie mithin das Aufstellen von Abfallbehältern kein Problem darstellen müsste.

Ähnliches gilt indes auch für die C-AG. Für das Aufstellen von Abfallbehältern bedarf sie grds. keiner Genehmigung des Eigentümers oder des Verwalters, so dass sie genauso effizient die Gefahr beseitigen könnte.<sup>79</sup> Für den Kreis gilt als Eigentümer das Gleiche (a.A. vertretbar).

Können mehrere Störer gleich effektiv Gefahrenabwehr betreiben, so kann die Behörde den Störer heranziehen, der

die größere Sachnähe bzw. finanzielle Leistungsfähigkeit aufweist.<sup>80</sup>

Zwar steht die H-GmbH kurz vor der Insolvenz und könnte daher als Störer ausfallen. Allerdings sind die zu erwartenden Kosten für die Aufstellung von Müllvorrichtungen so niedrig, dass das Kriterium der Leistungsfähigkeit hier zu vernachlässigen ist. In diesem Fall ist daher die Gefahr- bzw. Sachnähe der jeweiligen Störer maßgeblich. Am gefahrnächsten steht hier die C-AG. Zwar ist sie als Zweckveranlasser nur mittelbare Verursacherin. Im Verhältnis zur H-GmbH oder dem Kreis steht sie der Gefahr indes näher, da erst durch ihren Verkauf die Gefahr „entsteht“ bzw. durch „ihre“ Kunden hervorgerufen wird. Weiterhin ist sie laut Sachverhalt wirtschaftlich leistungsfähig. Der Kreis hingegen ist von den genannten Störern am weitesten von der Gefahr entfernt, da er sich nicht einmal um die genaue Situation im Einkaufszentrum kümmert, sondern dies der H-GmbH überträgt.

Allerdings ist zu beachten, dass in solchen Fällen eine Verpflichtung der Inanspruchnahme des Sachnäheren bzw. Leistungsfähigeren nicht existiert.<sup>81</sup> Dadurch, dass der Bürgermeister mit der H-GmbH einen Störer ausgewählt hat, der effektiv die Gefahr beseitigen kann, auch wenn er der Gefahr nicht so nahe steht wie die C-AG, wurde der Zweck der Ermächtigung – die Effektivität der Gefahrenabwehr – nicht überschritten. Dass die H-GmbH der Gefahr nicht so nahe ist wie die C-AG, spricht zwar evtl. gegen eine logische Gefahrzurechnung. Eine solche reine Zweckmäßigkeitüberlegung ist jedoch nicht Gegenstand der Ermessensfehlerprüfung, die nach § 114 S. 1 VwGO nur dann greifen würde, wenn der Zweck der Ermächtigung (hier des § 14 OBG) überhaupt nicht erfüllt würde.

Dass durch die Inanspruchnahme der H-GmbH der Zweck der Ermächtigung indes verfehlt worden ist und daher ein Ermessensfehler vorliegt, ist daher nicht ersichtlich. Damit liegt ein Ermessensfehlergebrauch nicht vor (a.A. vertretbar).

*c) Ergebnis*

Hinsichtlich der getroffenen Rechtsfolge ergeben sich keine Rechtsverstöße.

*4. Sonstiger Verstoß gegen höherrangiges Recht*

Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht liegt nicht vor. Damit ist die Verfügung materiell rechtmäßig.

**IV. Ergebnis**

Die Maßnahme ist rechtmäßig.

<sup>76</sup> Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 164.; Würtenberger/Heckmann (Fn. 46), Rn. 503 ff.; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 10 Rn. 1 f., 7 ff.

<sup>77</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 474 (475), wonach jedenfalls dann ein Ermessensfehler vorliegt, wenn die Behörde unstrittige und bekannte Regelungen vernachlässigt. Vgl. auch Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 164.; Würtenberger/Heckmann (Fn. 46), Rn. 505; Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 174.

<sup>78</sup> Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 164.

<sup>79</sup> Zur Problematik eventuell notwendiger Duldungsverfügungen gegenüber Dritten Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn 95, 96.

<sup>80</sup> Schoch, Jura 2005, 685 (689); Schenke (Fn. 27), Rn. 286.

<sup>81</sup> Dies ergibt sich bereits aus der Natur des Ermessens, sofern keine Ermessensreduktion auf Null vorliegt, siehe Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 162 f.; Kugelmann (Fn. 76), Kap. 10 Rn. 14 f.

# Hausarbeit: Die unbeugsame Bürgerschaft

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Annette Prehn**, Greifswald\*

*Die (leicht abgewandelte) Hausarbeit wurde im Rahmen der Vorgerücktenübung im Öffentlichen Recht an der Universität Greifswald gestellt und ist auf dem Gebiet des Kommunalrechts angesiedelt. Den Schwerpunkt des Falles bildet die Rechtmäßigkeitsprüfung einer Maßnahme der Rechtsaufsicht.*

## Sachverhalt

Das Land Mecklenburg-Vorpommern ist Eigentümerin eines in der Innenstadt von Greifswald gelegenen und mit einem alten neugotischen Bürgerhaus bebauten Grundstücks. Dieses Haus reiht sich ein in ein Ensemble von historischen Gebäuden, die der Innenstadt ihr charakteristisches Gepräge verleihen. Das Land hat das Bürgerhaus an die Stadtbäckerei „Backwerk“-GmbH (B) vermietet, die mit insgesamt 60 Angestellten zu den größten Bäckereien der Stadt zählt. Im Mai 2015 werden Schäden am Dach, einschließlich des Dachstuhls, festgestellt. Unstreitig wurden diese Schäden durch unsachgemäße Arbeiten am Dach verursacht, jedoch ist nicht mehr ermittelbar, wer diese Arbeiten durchgeführt bzw. sie beauftragt hat. Diese Schäden führten bereits dazu, dass sich an einer Stelle einzelne Ziegelteilstücke vom Dach gelöst haben und auf den Gehweg vor dem Gebäude gefallen sind. B möchte nichts dagegen unternehmen, da sie sich hierfür nicht verantwortlich fühlt. Als vorübergehende Maßnahme wurden Schilder angebracht, die vor der Gefahr herabfallender Dachziegel warnen.

Der Oberbürgermeister der Stadt Greifswald Otto Oberlicht (O) sieht deshalb dringenden Handlungsbedarf. Er beabsichtigt an B eine Verfügung zu erlassen, in der sie aufgefordert wird, die Schäden am Dach zu beseitigen. Hintergrund dieser Überlegung ist unter anderem, dass O der Stadt Greifswald einen Landeszuschuss für einen geplanten Theaterausbau sichern möchte und deshalb das Land nicht mit den hohen Kosten für die Sanierung belasten und damit verärgern will. Bevor O die Sanierungsverfügung gegenüber B erlassen kann, erfährt die Bürgerschaft von Greifswald hiervon. Die Präsidentin der Bürgerschaft Paula Platz (P) beruft deshalb eine öffentliche Sitzung der Bürgerschaft ein, auf deren Tagesordnung unter anderem die Entscheidung über die Frage steht, wer zur Reparatur des schadhaften Daches am Bürgerhaus heranzuziehen ist. Zur Sitzung erscheinen 22 Bürgerschaftsmitglieder. Der Feststellung der ordnungsgemäßen Ladung widerspricht niemand. Sodann wird der Tagesordnungspunkt „Dachsanierungsverfügung“ der Sitzung aufgerufen, wozu den Mitgliedern der Bürgerschaft erstmals eine 2-seitige Vorlage als Beschlussvorschlag vorgelegt wird, die unter anderem den Zustand des Daches, die notwendigen Baumaßnahmen und die dazu veranschlagten Kosten enthält. Hierzu wird einvernehmlich auch der Sachverständige Sören

Schlau (S) gehört, der noch einmal zu Art und Umfang der Schäden sowie zu den konkret zu veranlassenden Maßnahmen Stellung nimmt. Bevor in die Beratung eingestiegen wird, bemerkt P, dass der Bürgerschaftsvertreter Theodor Thor (T) anwesend ist, dessen geschiedene Ehefrau Emilia Engel (E) bei der Stadtbäckerei B angestellt ist. Außerdem trägt er eine Krawatte, die deutlich und für jeden sofort sichtbar das Logo und den Schriftzug der Stadtbäckerei trägt. P fordert den T auf, die Krawatte abzulegen. T lehnt dies ab, da es ihm doch wohl nicht verwehrt werden könne, Sympathie für B nach außen sichtbar zu machen. Er werde nun einmal für B „einstehen“, das gebiete schon sein besonderes Ansehen, dass er beim Geschäftsführer und den Angestellten der B genießt und dass er wegen „dieser Sache“ nicht aufs Spiel setze. Für P liegt es deshalb auf der Hand, dass T befangen sei. T wird daraufhin – nach entsprechender Beschlussfassung – von der Sitzung ausgeschlossen. Er weigert sich jedoch, den Saal zu verlassen und setzt sich auf einen den Zuhörern vorbehaltenen Stuhl im Sitzungssaal. Nach anschließender heftiger Debatte über den Tagesordnungspunkt fasst die Bürgerschaft den Beschluss, durch den der O angewiesen wird, nicht die Stadtbäckerei B, sondern das Land heranzuziehen. Dabei stimmen (bei einer Enthaltung) 11 Bürgerschaftsmitglieder mit „Ja“ und 9 mit „Nein“. Die Bürgerschaft lässt sich bei der Beschlussfassung vor allem von dem Gedanken leiten, dass man die B nicht mit den erheblichen Kosten der Sanierung des Daches belasten möchte. Das Sitzungsprotokoll, das nur die P unterschreibt, wird ordnungsgemäß bekanntgemacht.

Von dem Bürgerschaftsbeschluss erfährt der Innenminister Ingo Insigne (I), der den Beschluss, nachdem ihm die Einzelheiten durch die Bürgerschaft zur Kenntnis gelangt sind, aufs Schärfste missbilligt. Daraufhin wiederholt er seine Kritik mit ausführlicher Begründung und verlangt, dass die Bürgerschaft den Beschluss innerhalb eines Monats wieder aufhebt. Die Bürgerschaft bleibt nach nochmaliger Beratung bei ihrer Entscheidung. Daraufhin hebt I den Beschluss sofort auf.

Die Bürgerschaft möchte sich hiermit nicht abfinden und wendet sich an Sie mit der Bitte um Erstellung eines umfassenden, auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingehenden Gutachtens zu der Frage, ob eine Klage gegen die Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses erfolgversprechend wäre.

## Bearbeitervermerk

Denkmalschutzerwägungen und einstweiliger Rechtsschutz sind nicht zu prüfen. Wird die Zulässigkeit der Klage verneint, ist die Begründetheit hilfsgutachterlich zu prüfen.

## Auszug aus der Geschäftsordnung der Bürgerschaft (GO)

### § 1 Sitzungen der Bürgerschaft

- (1) Die Bürgerschaft wird vom Präsidenten einberufen, so oft es die Geschäftslage erfordert.
- (2) Die Ladungsfrist für die ordentliche Sitzung beträgt 5 Tage, für Dringlichkeitssitzungen 3 Tage. [...]

\* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht (Prof. Dr. Heinrich Lang) an der Juristischen Fakultät der Universität Greifswald.

## § 2 Teilnahme

[...] (3) Sachverständige können mit Zustimmung der Bürgerschaft beratend teilnehmen. [...].

## § 6 Tagesordnung

- (1) Die Tagesordnung wird entsprechend § 29 (1) der Kommunalverfassung M-V durch den Präsidenten der Bürgerschaft im Benehmen mit dem Oberbürgermeister aufgestellt.
- (2) Die Tagesordnung muss über die anstehenden Beratungspunkte hinreichend Aufschluss geben. [...]
- (3) Die Bürgerschaft kann während der Sitzung mit Zustimmung der Mehrheit aller Mitglieder der Bürgerschaft die Tagesordnung um dringende Angelegenheiten erweitern. [...]

## § 12 Niederschrift

- (1) Über jede Sitzung der Bürgerschaft ist eine Niederschrift anzufertigen. [...]
- (2) Die Sitzungsniederschrift ist vom Präsidenten und vom Schriftführer zu unterzeichnen und soll innerhalb von 14 Tagen, im Falle einer Dringlichkeitssitzung zu dieser, den Mitgliedern der Bürgerschaft vorliegen. [...]

## Lösungsvorschlag

Eine Klage vor dem VG Greifswald hätte<sup>1</sup> Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage

## I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Das setzt zunächst voraus, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht zugewiesen sind. Voraussetzung ist demnach zunächst, dass die Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist. Eine Norm ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn sie zumindest auf der einen Seite ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen berechtigt oder verpflichtet.<sup>2</sup>

Vorliegend geht es um die Rechtmäßigkeit der auf § 81 Abs. 2 S. 1 KV M-V<sup>3</sup> gestützten Aufhebung des Bürger-

schaftsbeschlusses. Diese Norm berechtigt und verpflichtet allein einen Hoheitsträger, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Auch streiten sich hier keine Verfassungsorgane über verfassungsrechtliche Rechte oder Kompetenzen (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit<sup>4</sup>), mit der Folge, dass die Streitigkeit auch nicht-verfassungsrechtlicher Art ist.

Eine abdrängende Sonderzuweisung besteht nicht. Folglich ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.<sup>5</sup>

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers (vgl. § 88 VwGO). Die Bürgerschaft von Greifswald will gegen die Aufhebung ihres Beschlusses vorgehen, so dass eine Anfechtungsklage statthaft sein könnte. Gemäß § 85 KV M-V<sup>6</sup> sind gegen Maßnahmen der Rechtsaufsichtsbehörde Widerspruch und Anfechtungsklage nach Maßgabe der VwGO gegeben. Diese Vorschrift besitzt nur deklaratorischen Charakter und bedeutet lediglich, dass gegen Maßnahmen der Rechtsaufsicht, die Verwaltungsaktqualität haben, die Möglichkeit des Widerspruchs und der Anfechtung besteht.<sup>7</sup>

## 1. Verwaltungsaktqualität?

Voraussetzung ist somit auch hier, dass es sich bei der angegriffenen Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses um einen Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG M-V handelt. Das setzt voraus, dass eine hoheitliche Maßnahme durch eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wurde. Hier könnte es am Merkmal der Außenwirkung fehlen, da der Innenminister als Hoheitsträger gegenüber einem anderen Hoheitsträger tätig geworden ist. Der Aufhebung kommt dann Außenwirkung

Abs. 1, 121 Abs. 1 ThürKO; §§ 146, 148 KV S-A; §§ 173 Abs. 1, 174 Abs. 2 NKV.

<sup>4</sup> Vgl. BVerwGE 36, 218 (227 f.); BVerwG NJW 1976, 637 f.; *Württemberg*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 161 ff. Auch das BVerfG scheint dieses Kriterium zu verwenden, vgl. BVerfGE, 27, 240 (246). Diese Rechtsprechung ist aber wegen des unmittelbaren Bezugs auf Art. 93 GG nicht ohne weiteres auf die Auslegung des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO übertragbar; ebenso *Unruh* (Fn. 2), § 40 VwGO Rn. 158 Fn. 593. Für ein abweichendes Verständnis dieser verbreiteten Formel: *Erichsen/Scherzberg*, Jura 1994, 212 (214); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 11 Rn. 49. Ablehnend auch *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. Lfg., Stand: 2015, § 40 Rn. 142; *Bethge*, JuS 2001, 1100.

<sup>5</sup> Der Verwaltungsrechtsweg wird bei Maßnahmen der Kommunalaufsicht regelmäßig eröffnet sein. *Brüning/Vogelgesang*, Die Kommunalaufsicht, 2. Aufl. 2009, Rn. 341.

<sup>6</sup> Ähnliche Vorschriften: § 125 BWGO; § 126 RhPfGO; § 126 NRWGO; § 154 KV S-A; § 119 BbgKV; § 136 SaarlKSVG; § 142 HGO.

<sup>7</sup> *Matzick*, in: Schweriner Kommentar zur KV M-V, 4. Aufl. 2014, § 85 Rn. 1.

<sup>1</sup> Hier bietet sich der Konjunktiv an, da eine Klage noch nicht erhoben wurde.

<sup>2</sup> Sog. modifizierte Subjektstheorie: Hierzu *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2014, § 3 Rn. 44; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 40 Rn. 302 ff.; kritisch *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 40 VwGO Rn. 97.

<sup>3</sup> Ähnliche Vorschriften: § 122 NRWGO; § 138 HGO; §§ 121, 123 RhPfGO; §§ 113 Abs. 1, 114 BbgKV; §§ 130, 131 Abs. 1 SaarlKSVG. In anderen Bundesländern besteht ein Beanstandungsrecht mit der Möglichkeit der Ersatzvornahme: vgl. etwa §§ 114 Abs. 1, 116 Abs. 1 SächsGO; Art. 112, 113 BayGO; §§ 121 Abs. 1, 123 BWGO; §§ 120

zu, wenn diese sich an ein außerhalb des handelnden Verwaltungsträgers stehendes Rechtssubjekt richtet. Grundsätzlich sind Maßnahmen der Rechtsaufsicht, die den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden betreffen als Verwaltungsakte zu qualifizieren.<sup>8</sup> Handelt es sich dagegen um Aufsichtsmaßnahmen im übertragenen Wirkungskreis (§ 3 KV M-V),<sup>9</sup> fehlt es nach noch h.M. mangels Außenwirkung in der Regel am Verwaltungsaktcharakter.<sup>10</sup> Folglich ist zunächst die Art des Handelns des I zu qualifizieren.

#### a) Maßnahme der Fachaufsicht?

Hier ist die Bürgerschaft der Stadt Greifswald auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr tätig gewesen. Gemäß § 57 Abs. 1 S. 2 LBauO M-V bzw. § 1 Abs. 4 SOG wird die gefahrenabwehrrechtliche Bauaufsicht von den Gemeinden als Aufgabe im übertragenen Wirkungskreis (Fremdverwaltung) zur Erfüllung nach Weisung (§ 3 Abs. 1 KV M-V)<sup>11</sup> wahrgenommen. Folglich betrifft die Maßnahme des Innenministers ein Sachgebiet, bei dem die Stadt Greifswald der Fachaufsicht gem. § 78 Abs. 4 KV M-V<sup>12</sup> unterliegt. Der Umfang der Fachaufsichtsrechte ergibt sich aus § 87 KV M-V.<sup>13</sup> Nach § 87 Abs. 2 KV M-V<sup>14</sup> sind die Fachaufsichtsbehörden berechtigt, Weisungen zu erteilen. Die Aufhebung von Ratsbeschlüssen ist dagegen nicht im Wege der Fachaufsicht vorgesehen. Aus dem Sinn und Zweck der §§ 78 Abs. 4, 87 KV M-V ergibt sich, dass § 87 KV M-V die zulässigen Aufsichtsmittel erschöpfend aufzählt. Der Innenminister konnte somit den Bürgerschaftsbeschluss nicht im Wege der Fachaufsicht aufheben.

#### b) Maßnahme der Rechtsaufsicht?

Das bedeutet, dass über die bloße Weisung hinausgehende Aufsichtsmaßnahmen nur von der Rechtsaufsichtsbehörde angeordnet werden können.<sup>15</sup> Die Aufhebung erfolgte hier durch den I als Rechtsaufsichtsmaßnahme gem. § 81 Abs. 2 S. 1 KV M-V. Maßnahmen der Rechtsaufsicht haben grund-

<sup>8</sup> Schütz, in: Schütz/Classen, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn. 357; Brining/Vogelgesang (Fn. 5), Rn. 342.

<sup>9</sup> Ähnliche Vorschriften in anderen Bundesländern: vgl. etwa § 6 KV S-A; § 2 Abs. 3 BWGO; § 5 Abs. 1 Nr. 4 NKV; § 6 NKV.

<sup>10</sup> Schütz (Fn. 8), § 5 Rn. 358.

<sup>11</sup> In M-V besteht ein dualistisches Aufgabenmodell – im Gegensatz zum monistischen. Siehe hierzu Schütz (Fn. 8).

<sup>12</sup> Ähnliche Vorschriften in anderen Bundesländern: vgl. nur § 170 Abs. 2 S. 2 NKV; Art. 109 Abs. 2 BayGO; § 143 Abs. 3 KV S-A; § 117 Abs. 2 ThürKO.

<sup>13</sup> Vgl. in anderen Bundesländern etwa § 129 BWGO; Art. 116 BayGO; §§ 119, 120 Abs. 2, 121 Abs. 2 ThürKO. Es ist ebenso daran zu denken, dass sich die einzelnen Rechte der Fachaufsicht auch aus Spezialgesetzen ergeben können (vgl. § 87 Abs. 5 KV M-V).

<sup>14</sup> Vgl. nur § 120 Abs. 2 ThürKO; § 129 Abs. 3, Abs. 4 BWGO; Art. 116 Abs. 1 S. 2 BayGO.

<sup>15</sup> Vgl. Meyer, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 738; Darsow, LKV 1994, 417 (421).

sätzlich Außenwirkung und sind deshalb mit der Anfechtungsklage angreifbar, weil die Maßnahmen der Rechtsaufsicht im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten ergehen, sie also die Gemeinde stets als eigenständigen, der staatlichen Aufsichtsbehörde gegenüberstehenden Rechtsträger betreffen. Die Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts besteht darin, dass zwar die angegriffene Maßnahme eine solche der Rechtsaufsicht ist, was für die Anfechtbarkeit spricht. Auf der anderen Seite bezog sich die Maßnahme jedoch auf den Bereich der bauaufsichtlichen Gefahrenabwehr, den die Stadt Greifswald als Aufgabe im übertragenen Wirkungskreis wahrnimmt, was für eine prozessuale Behandlung wie eine Maßnahme der Fachaufsicht spricht. Hinsichtlich der Verwaltungsaktqualität kommt es bei Maßnahmen der Rechtsaufsicht aber nicht darauf an, ob die hinter der Maßnahme stehende Angelegenheit zum Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten oder zum Bereich der Erfüllung von Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis gehören.<sup>16</sup> Folglich ist die Aufhebungsanordnung des I als Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG M-V zu qualifizieren.

#### 2. Zwischenergebnis

Folglich ist die Anfechtungsklage statthaft.

### III. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis ist bei einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 2 VwGO dann zu bejahen, wenn nach dem Vorbringen des Klägers die Verletzung seiner Rechte durch den angefochtenen Verwaltungsakt als möglich erscheint. Diese Möglichkeit ist nur dann auszuschließen, wenn nach Maßgabe der Vorschriften des materiellen Rechts<sup>17</sup> offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können.<sup>18</sup> So genügt es bereits, wenn die klagende Gemeinde die rechtswidrige Überschreitung von Weisungsbefugnissen geltend macht, um die erforderliche Möglichkeit der Beeinträchtigung in ihrem Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG darzulegen.<sup>19</sup> Mithin bleibt die Gemeinde bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben eine selbständige Rechtspersönlichkeit, die zwar im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung Weisungen der zuständigen Behörde hinzunehmen hat, ohne sich dagegen gerichtlich zur Wehr setzen zu können, gegen jede Maßnahme außerhalb dieses Rahmens jedoch gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann.<sup>20</sup> Dabei ist aber nicht schon zu untersuchen, ob tatsächlich eine rechtswidrige Überschreitung der Aufsichtsbefugnisse vorliegt,<sup>21</sup> da dann die Begründetheitsprüfung und damit das gesamte Schwergewicht der Streitbe-

<sup>16</sup> Vgl. OVG NRW OVGE 25, 126 (129).

<sup>17</sup> Vgl. BVerwGE 60, 154 (161).

<sup>18</sup> St. Rspr. der Verwaltungsgerichte, vgl. etwa BVerwGE 117, 93 (95 m.w.N.).

<sup>19</sup> OVG NRW OVGE 25, 126 (129); VGH B-W NVwZ-RR 2006, 416 (417).

<sup>20</sup> OVG NRW MDR 1953, 759; Hess. VGH NVwZ 1991, 1015.

<sup>21</sup> So aber BVerwG NJW 1978, 1820.

urteilung in die Zulässigkeit verlagert würde.<sup>22</sup> Folglich ist die Klagebefugnis gegeben.

#### IV. Vorverfahren

Fraglich ist, ob die Durchführung eines Vorverfahrens gem. § 85 KV M-V i.V.m. §§ 68 ff. VwGO notwendig ist. Hier hat I den Bürgerschaftsbeschluss aufgehoben. Das Innenministerium ist oberste Landesbehörde. Nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO bedarf es eines Vorverfahrens dann nicht, wenn der Verwaltungsakt durch eine oberste Landesbehörde erlassen worden ist, es sei denn das Gesetz selbst schreibt eine solche Nachprüfung vor. § 85 KV M-V normiert, dass gegen Maßnahmen der Rechtsaufsicht Widerspruch und Anfechtungsklage nach Maßgabe der VwGO gegeben sind. Dies könnte dafür sprechen, dass nach dem Erlass der Aufhebungsverfügung durch I als oberste Landesbehörde zwingend ein Vorverfahren durchzuführen ist. § 85 KV M-V hat jedoch nur deklaratorische Bedeutung und stellt keine gesetzliche vorgeschriebene Nachprüfung im Sinne von § 68 Abs. 1 Nr. 1 VwGO dar.<sup>23</sup> Folglich kann gegen einen Verwaltungsakt des I unmittelbar Klage erhoben werden.<sup>24</sup>

#### V. Klagefrist

Die Anfechtungsklage ist gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts einzulegen. Folglich beginnt hier mit der Bekanntgabe der Aufhebungsverfügung des I die Klagefrist zu laufen.

#### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Beteiligtenfähig ist nicht die Bürgerschaft, sondern die Stadt Greifswald als Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 61 Nr. 1 VwGO). Die Beteiligtenfähigkeit der Gemeinde anstatt der Bürgerschaft folgt daraus, dass Träger des durch die angegriffene Aufsichtsmaßnahme möglicherweise verletzten Selbstverwaltungsrechts die Gemeinde als Körperschaft ist und nicht die Bürgerschaft als Gemeindeorgan.<sup>25</sup> Vertreten wird die klagende Stadt Greifswald durch ihren Oberbürgermeister gem. § 38 Abs. 2 S. 1 KV M-V. Ebenso ist die Stadt Greifswald, vertreten durch ihren Oberbürgermeister, gem. § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig.

Das Innenministerium, vertreten durch den Innenminister, ist gem. § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 14 Abs. 1 AGGerStrG M-V beteiligtenfähig und nach § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig.

#### VII. Richtiger Beklagter

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 Abs. 2 AGGerStrG M-V das Innenministerium, vertreten durch den Innenminister, als die die Aufhebungsverfügung erlassende Behörde.

<sup>22</sup> Schmidt-Jorzig, JuS 1978, 488 (491 m.w.N.).

<sup>23</sup> Matzick (Fn. 7), § 85 Rn. 1.

<sup>24</sup> Matzick (Fn. 7), § 85 Rn. 1.

<sup>25</sup> OVG NRW OVG 35, 74 f.; Brüning/Vogelgesang (Fn. 5), Rn. 233.

#### VIII. Zuständiges Gericht

Das VG Greifswald ist gem. § 10 Abs. 3 GerStrG M-V i.V.m. § 52 Nr. 3 VwGO örtlich zuständig. Dessen sachliche Zuständigkeit folgt aus § 45 VwGO.

#### IX. Ergebnis

Eine Anfechtungsklage der Stadt Greifswald, nicht aber der Bürgerschaft, ist zulässig.

#### B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses rechtswidrig und die Stadt Greifswald dadurch in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Fraglich ist zunächst, ob die Aufhebungsverfügung des I rechtmäßig war.

#### I. Rechtmäßigkeit der Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses

Die Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses ist dann rechtmäßig, wenn die Aufhebungsverfügung auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung formell und materiell rechtmäßig ergangen ist.

##### 1. Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage<sup>26</sup> zur Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses könnte sich aus dem Aufsichtsrecht des I gegenüber der großen kreisangehörigen Stadt Greifswald ergeben.<sup>27</sup> Eine Ermächtigung ergibt sich zunächst nicht aus dem Fachaufsichtsrecht (siehe oben), da § 87 KV M-V abschließend die Maßnahmen der Fachaufsichtsbehörde aufzählt und eine Aufhebung eines Bürgerschaftsbeschlusses nicht hierzu gehört. In Betracht kommt somit allein die Befugnis im Rahmen der Rechtsaufsicht gem. § 81 KV M-V.<sup>28</sup>

Fraglich ist, ob Maßnahmen der Rechtsaufsicht gegenüber der Gemeinde auch dann getroffen werden können, wenn es sich wie hier um Aufgaben im übertragenen Wirkungsbereich handelt, bei denen die Gemeinde der Fachaufsicht unterliegt. Zum Teil wird vertreten, die Instrumentarien der Rechtsaufsicht seien auf die Überwachung der Selbstverwaltungsaufgaben beschränkt.<sup>29</sup> Dem wird zu Recht entgegengehalten, dass im Rahmen der Rechtsaufsicht darüber gewacht wird, dass die Gemeinden ihre Aufgaben in rechtmäßiger Weise wahrnehmen. Zur Rechtsaufsicht gehört deshalb in erster Linie die Pflicht der Rechtsaufsichtsbehörden, dafür zu sorgen, dass sich die ihr unterfallenden mit Autonomie ausge-

<sup>26</sup> Es empfiehlt sich, die Frage der einschlägigen Ermächtigungsnorm vor der formellen Rechtswidrigkeit zu prüfen, da von der Bestimmung der gesetzlichen Eingriffsgrundlage die Zuständigkeit und eventuell besondere Verfahrensanforderungen abhängen.

<sup>27</sup> Vgl. allgemein zur Kommunalaufsicht, einschließlich der Aufsichtsmittel Oebbecke, Die Verwaltung 48 (2015), 233.

<sup>28</sup> Vgl. ähnliche Vorschriften in anderen Bundesländern wie etwa § 122 NRWGO; §§ 121, 123 RhPfGO; §§ 113 Abs. 1, 114 BbgKV.

<sup>29</sup> Matzick (Fn. 7), § 78 Rn. 3.

statteten Körperschaften an ihr eigenes Recht halten.<sup>30</sup> Da die Gemeinde bei keiner Aufgabenart gegen geltendes Recht verstoßen darf, spricht dies für eine Geltung der Rechtsaufsicht in allen Aufgabenbereichen, so dass sich etwa die Fachaufsicht notfalls an die Rechtsaufsicht zur Durchsetzung ihrer Weisungen wenden kann.<sup>31</sup> Hierfür spricht auch die verfassungsrechtliche Aufsichtspflicht des Landes, die eine Prüfungspflicht der Rechtsaufsichtsbehörde auslösen muss, wenn ihr Sachverhalte bekannt werden, die Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsvollzuges begründen.<sup>32</sup> Es handelt sich hierbei um eine Amtspflicht gegenüber der Selbstverwaltungskörperschaft.<sup>33</sup>

Der Meinungsstreit kann vorliegend aber dahingestellt bleiben, da auch nach der Mindermeinung ein rechtsaufsichtsrechtliches Einschreiten dann zulässig ist, wenn Defizite bei der Aufgabenwahrnehmung des übertragenen Wirkungskreises darauf zurückzuführen sind, dass notwendige innerorganisatorische Maßnahmen nicht oder rechtsfehlerhaft getroffen werden oder wenn in den eigenen Wirkungskreis fallende Pflichten die Grundlage für die Aufgabenwahrnehmung im übertragenen Rechtskreis sind.<sup>34</sup> Zum einen ist es hier nicht ausgeschlossen, dass eine Kompetenzüberschreitung der Bürgerschaft gegenüber dem Bürgermeister vorliegt und zum anderen besteht bei der Aufgabenerfüllung auf dem Gebiet des Bauordnungsrechts ein Bezug zur örtlichen Gemeinschaft (§ 2 KV M-V), da es hier um die Sanierung eines alten Bürgerhauses geht, das das Stadtbild von Greifswald entscheidend mitprägt. Folglich ist auch nach letztgenannter Ansicht ein Einschreiten der Rechtsaufsichtsbehörde hier nicht ausgeschlossen.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Aufhebungsverfügung ist formell rechtmäßig, wenn sie von der zuständigen Behörde unter Einhaltung des ordnungsgemäßen Verfahrens in der richtigen Form erlassen worden ist.

### a) Zuständigkeit

Gem. § 79 Abs. 1 KV M-V<sup>35</sup> ist Rechtsaufsichtsbehörde für die großen kreisangehörigen Städte wie Greifswald das Innenministerium.

### b) Verfahren

Fraglich ist, ob die Aufhebungsverfügung des I in einem ordnungsgemäßen Verfahren erfolgte.

#### aa) Verstoß gegen ein faires Verfahren durch Interessenkollision?

Dadurch, dass das Innenministerium für die Aufhebung hier zuständig ist, könnte der Eindruck des „bösen Scheins“, nämlich auch im Interesse des Landes M-V tätig zu werden, für Außenstehende entstehen (Rechtsgedanke aus § 20 VwVfG M-V). Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt, als Teil des Gebotes eines fairen Verfahrens, ein Neutralitätsgebot des Staates.<sup>36</sup> Hieraus könnte eine sog. institutionelle Befangenheit für die Fälle abzuleiten sein, in denen die handelnde Behörde bzw. der öffentliche Rechtsträger dem sie angehört, ein eigenes Sonderinteresse am Ausgang des Verfahrens hat. Das BVerfG hat klargestellt, dass es der Behörde durch Verfassungsrecht grundsätzlich nicht untersagt ist, in eigener Sache zu entscheiden.<sup>37</sup> Grundlage dieser Entscheidungsbefugnis ist die verfassungsrechtliche Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), die die Behörde an der einseitigen Durchsetzung ihrer Interessen hindert. Auch folgt dies aus dem demokratischen Ableitungszusammenhang der Legitimation hoheitlichen Handelns.<sup>38</sup> Die gesamte Rechtsordnung geht somit von der Grundannahme aus, dass die gesamte öffentliche Hand und die für sie handelnden Organe und Behörden, bei ihrem Handeln allein das öffentliche Interesse an der optimalen Erledigung der übertragenen Aufgaben und selbst keine speziellen Eigeninteressen verfolgen.<sup>39</sup> Flankiert wird diese Bindung durch die volle richterliche Kontrolle des Verwaltungshandelns. Insoweit kompensiert Art. 19 Abs. 4 GG eventuelle Defizite der Verwaltungsentscheidungen, die Folge einer Interessenkollision sein könnten.<sup>40</sup>

Einen wie etwa in § 171 Abs. 4 S. 1 NKV geregelten Fall einer sog. institutionellen Befangenheit gibt es in M-V nicht. Aus diesem Befund kann ebenfalls nicht der Schluss gezogen werden, dass es abweichend von den Regelungen im übrigen Recht gerade zur Wahrung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zwingend einer Regelung der institutionellen Befangenheit bedarf.<sup>41</sup> Folglich liegt im vorliegenden Fall

<sup>30</sup> Siehe *Dürig/Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 75. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Rn. 445.

<sup>31</sup> Vgl. *Darsow*, LKV 1994, 417 (421 f.); *Meyer* (Fn. 15), Rn. 738; *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, § 8 Rn. 38; *Brüning/Vogelgesang* (Fn. 5), Rn. 325; *Schütz* (Fn. 8), § 5 Rn. 121, 353. Im letzteren Sinne auch OLG Rostock, Beschl. v. 18.7.2002 – 2 Ss (OWi) 54/02 I 96/02, Rn. 21.

<sup>32</sup> *Meyer* (Fn. 15), Rn. 717.

<sup>33</sup> *Meyer* (Fn. 15), Rn. 717.

<sup>34</sup> *Matzick* (Fn. 7), § 78 Rn. 3, 8.

<sup>35</sup> Vgl. in anderen Bundesländern etwa § 119 BWGO; Art. 110 BayGO; § 112 SächsGO; § 118 Abs. 1, 2, 3 ThürKO; § 110 BbgKV.

<sup>36</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – 9 A 39.07, Rn. 24; BVerwG, Urt. v. 24.11.2011 – 9 A 23.10, Rn. 20; VG Düsseldorf, Beschl. v. 21.3.2013 – 17 L 260/13, Rn. 15; VG Düsseldorf, Beschl. v. 6.5.2013 – 17 L 580/13, Rn. 11; VG Düsseldorf, Beschl. v. 8.5.2013 – 17 L 585/13, Rn. 11; VG Düsseldorf, Beschl. v. 23.5.2013 – 17 L 797/13, Rn. 13; VG Würzburg, Beschl. v. 16.10.2012 – W 4 S 12.833, Rn. 21.

<sup>37</sup> BVerfG NZS 2004, 420 (422); BVerfGE 3, 377 (381 f.).

<sup>38</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 20 Rn. 10 m.w.N.

<sup>39</sup> BVerwG NVwZ 2012, 557 (559); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 38), § 20 Rn. 10.

<sup>40</sup> BVerfG NZS 2004, 420 (422).

<sup>41</sup> NdsOVG, Beschl. v. 19.8.2014 – 10 ME 90/13, Rn. 8; vgl. auch *Mehlhorn*, NLT-Informationen 2013, 172 (173 f.), wo-

keine Befangenheit des Innenministeriums bei Erlass der Aufhebungsverfügung vor.

#### bb) Vorherige Beanstandung

Nach § 81 Abs. 1 KV M-V<sup>42</sup> kann die Rechtsaufsicht vor Aufhebung eines Beschlusses der Gemeindevertretung (§ 81 Abs. 2 KV M-V) den rechtswidrigen Beschluss beanstanden und der Gemeinde aufgeben, den Beschluss innerhalb einer angemessenen Frist<sup>43</sup> aufzuheben. Aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt, dass das Beanstandungsrecht nach dem Opportunitätsprinzip ausgestaltet wurde und die Aufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet, ohne hierzu verpflichtet zu sein.<sup>44</sup> Dennoch darf eine aufsichtsbehördliche Aufhebungsmaßnahme grundsätzlich erst nach einer – erfolglos gebliebenen – Beanstandung ergehen; andernfalls würde die Anstoßfunktion der Beanstandung unterlaufen.<sup>45</sup> Vorliegend hat I den Beschluss der Bürgerschaft mehrfach „kritisiert“ und ihr aufgegeben, den Beschluss innerhalb eines Monats aufzuheben. Eine ausdrücklich als „Beanstandung“ und damit auf eine verbindliche Rechtsfolge – die Feststellung der Rechtswidrigkeit kommunalen Handelns – gerichtete<sup>46</sup> und so bezeichnete Verfügung fehlte jedoch. Die von I geübte Kritik könnte somit lediglich als vorbereitender informeller Hinweis zu verstehen sein. Voraussetzung ist eine eindeutige Erklärung der Rechtsaufsichtsbehörde, die über eine bloße Belehrung hinausgeht.<sup>47</sup> Dabei kann auch aus den Umständen des Einzelfalles die Verbindlichkeit einer Regelung bzw. Verfügung folgen.<sup>48</sup> Durch die Verbindung der „Kritik“ mit der Fristsetzung und der Androhung der Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses ist der Erklärung des I zu entnehmen, dass es sich nicht nur um eine bloße Belehrung handelt, sondern, dass eine förmliche Beanstandung bezweckt war.

#### cc) Kein Fristerfordernis

Die Aufhebungsverfügung selbst unterliegt grundsätzlich keiner Frist.<sup>49</sup>

nach in anderen Ländern sogar „mögliche Interessenkollisionen schlicht hingenommen werden“.

<sup>42</sup> Ähnliche Vorschriften: § 120 Abs. 1 ThürKO; § 121 Abs. 1 BWGO; Art. 112 BayGO; § 114 Abs. 1 SächsGO; § 113 Abs. 1 BbgKV; § 173 Abs. 1 NKV; § 130 SaarlKSVG.

<sup>43</sup> Es muss also auf die Ladungsfristen sowie die ausreichende Vorbereitung der Bürgerschaftssitzung Rücksicht genommen werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob es der Gemeinde rechtlich und tatsächlich möglich ist, den Beschluss noch zu ändern. Die Bemessung der Frist bei beanstandeten Beschlüssen soll eine erneute Beschlussfassung durch die Bürgerschaft ermöglichen. Siehe hierzu *Brüning/Vogelgesang* (Fn. 5), Rn. 224.

<sup>44</sup> *Brüning/Vogelgesang* (Fn. 5), Rn. 219.

<sup>45</sup> *Brüning/Vogelgesang* (Fn. 5), Rn. 226; OVG NRW NVwZ-RR 1992, 449.

<sup>46</sup> Siehe hierzu nur VG Dessau LKV 2000, 551 (552).

<sup>47</sup> *Brüning/Vogelgesang* (Fn. 5), Rn. 232.

<sup>48</sup> VG Dessau LKV 2000, 551 (552).

<sup>49</sup> *Brüning/Vogelgesang* (Fn. 5), Rn. 235.

#### dd) Anhörung, § 28 Abs. 1 VwVfG M-V?

Wird ein Bürgerschaftsbeschluss durch die Aufsichtsbehörde im letzten Akt aufgehoben, wird eine vorherige Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG M-V als entbehrlich betrachtet.<sup>50</sup>

Das der Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses vorausgehende Beanstandungsverfahren wird insoweit als abschließende Sonderregelung angesehen, die gem. § 1 Abs. 1 VwVfG M-V der Bestimmung des § 28 Abs. 1 VwVfG M-V vorgeht.<sup>51</sup> Unabhängig davon hat I im Vorfeld der Aufhebung des Bürgerschaftsbeschlusses Informationen eingeholt (§§ 80 bzw. 87 Abs. 1 S. 1 KV M-V<sup>52</sup>), den Beschluss deutlich kritisiert und erst dann eine Frist zur Aufhebung des aus seiner Sicht rechtswidrigen Beschlusses gesetzt. Die Bürgerschaft hatte somit schon vor der Beanstandung hinreichend Möglichkeit gehabt, zur Rechtmäßigkeit ihres Beschlusses Stellung zu nehmen. Ob die vorherige Beanstandung durch I in seiner Eigenschaft als Fach- oder Rechtsaufsicht erfolgt ist, kann hier dahingestellt bleiben. Im Rahmen des Weisungsrechts steht den Fachaufsichtsbehörden bei rechts- oder sachwidrigen Beschlüssen auch ein Beanstandungsrecht – als minus gegenüber dem Weisungsrecht – zu.<sup>53</sup>

#### c) Form

Eine bestimmte Form ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, so dass § 37 Abs. 2 VwVfG M-V Anwendung findet. In der Regel wird aber aus Gründen der Rechtssicherheit und Nachweisbarkeit die Schriftform gewählt.

#### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Gem. § 81 KV M-V kann die Rechtsbehörde Beschlüsse der Bürgerschaft, die das geltende Recht verletzen, aufheben. Voraussetzung einer rechtmäßigen Aufhebungsverfügung ist somit, dass der Bürgerschaftsbeschluss formell und/oder materiell rechtswidrig ist.<sup>54</sup>

#### a) Formelle Rechtswidrigkeit des Bürgerschaftsbeschlusses?

Der Beschluss der Bürgerschaft ist formell rechtmäßig, wenn sie hierfür zuständig war und die einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden.

#### aa) Zuständigkeit

Die Bürgerschaft müsste für den gefassten Beschluss zuständig gewesen sein.

#### (1) Verbandskompetenz

Das setzt zunächst voraus, dass die Stadt Greifswald als Verwaltungsträgerin für die zu regelnden Aufgaben zuständig

<sup>50</sup> Vgl. *Weitz*, LKRZ 2013, 322 (324).

<sup>51</sup> Vgl. *Grawert*, NWVBl. 1997, 235 (237).

<sup>52</sup> Ähnliche Vorschriften: § 137 HGO; § 120 BWGO; Art. 111 BayGO; § 112 BbgKV; § 172 NKV; § 129 SaarlKSVG; § 113 SächsGO; § 119 ThürKO.

<sup>53</sup> VG Augsburg, Beschl. v. 11.8.2014 – Au 3 S 14.1016, Rn. 27 m.w.N.

<sup>54</sup> Vgl. nur VG München BeckRS 2009, 48434.

ist (Verbandskompetenz). Der Beschluss der Bürgerschaft bezog sich auf eine Maßnahme des Ordnungsrechts, da mögliche Gefahren durch vom Haus herabfallende Dachziegel beseitigt werden sollten. Die Verbandskompetenz der Stadt Greifswald ergibt sich für Aufgaben der bauaufsichtlichen Gefahrenabwehr aus § 57 Abs. 1 S. 2 LBauO.<sup>55</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Stadt eine Ordnungsverfügung an das Land und damit an einen anderen Verwaltungsträger richten kann. Es ist umstritten, ob ordnungsbehördliche Verfügungen an einen anderen Hoheitsträger, mit dem Inhalt, die Gefahr als Pflichtiger zu beseitigen, ergehen dürfen. Nach der h.M. darf – von Sonderregelungen und Ausnahmelagen, z.B. Gefahr im Verzug abgesehen – eine Hoheitsverwaltung nicht mit Anordnungen oder gar mit Zwang in die hoheitliche Tätigkeit einer anderen Hoheitsverwaltung, sei es derselben, sei es einer anderen Körperschaft, eingreifen.<sup>56</sup> Für die Beachtung auch der fachfremden Gesetze ist also in der Regel die jeweils tätig werdende Hoheitsverwaltung selbst zuständig und verantwortlich, nicht die fremde Fachbehörde. Dieser Grundsatz schließt aber nach ganz h.A. nur Übergriffe und Eingriffe in die der anderen Hoheitsverwaltung zustehende Tätigkeit aus, nicht aber Einwirkungen, welche ihre Tätigkeit unberührt lassen.<sup>57</sup> Diese Kompetenzbeschränkung beruht auf dem Gedanken, dass jede Behörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben allein und selbst dafür zu sorgen hat, dass bei ihrer Tätigkeit keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen, wozu sie nötigenfalls über die ihr übergeordnete Aufsichtsbehörde angehalten werden kann. Dieser Gedanke greift jedoch dann nicht ein, wenn der andere Hoheitsträger fiskalisch und damit wie jedes Privatrechtssubjekt tätig wird. Handelt also die Behörde fiskalisch, unterliegt sie auch der Zuständigkeit der Ordnungsbehörde.<sup>58</sup> Ordnungsverfügungen gegen einen anderen Hoheitsträger sind danach insoweit zulässig, als die Wirkungen der Verfügung nicht den Grad einer Kompetenznegation des anderen Hoheitsträgers annehmen und die Erfüllung dessen hoheitlicher Aufgaben nicht beeinträchtigt wird.<sup>59</sup>

Vorliegend soll sich die nach dem Beschluss der Bürgerschaft zu erlassende Ordnungsverfügung an das Land in seiner Eigenschaft als Eigentümer des an B vermieteten Gebäudes richten. Die wirtschaftliche Nutzung des Vermögens einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge, wie hier mittels Mietvertrages (§ 535 BGB), ist eine typische fiskalische Tätigkeit, die nicht unmittelbar der Wahrnehmung öffentlicher Aufga-

ben dient.<sup>60</sup> Im Zusammenhang mit dabei verursachten Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sind die Ordnungsbehörden zuständig.

## (2) Organkompetenz

Daneben müsste die Bürgerschaft das für die Entscheidung über die Sache zuständige Organ sein (Organkompetenz). Nach § 22 Abs. 2 S. 1 KV M-V<sup>61</sup> ist die Gemeindevertretung (hier Bürgerschaft) für alle wichtigen Angelegenheiten der Gemeinde zuständig (sog. Grundsatz der Allzuständigkeit). Dagegen begründen § 38 Abs. 3 S. 2 KV M-V für die Geschäfte der laufenden Verwaltung und § 38 Abs. 5 S. 1 KV M-V für die Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis die Organkompetenz des Bürgermeisters.

Unter Geschäfte der laufenden Verwaltung fallen die Geschäfte, die in mehr oder weniger regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich nach Größe und Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der Gemeinde von sachlich weniger erheblicher Bedeutung sind.<sup>62</sup> Dazu zählen regelmäßig auch ordnungsrechtliche Anordnungen im Bereich der Gefahrenabwehr. Hier könnte dies jedoch zweifelhaft sein, da möglicher Adressat der erhebliche Kosten auslösenden Verfügung nicht die Stadt Greifswald, sondern das Land M-V ist. Letztlich kann die konkrete Einordnung hier jedoch dahingestellt bleiben, da die Organkompetenz der Bürgerschaft auf jeden Fall begründbar ist. Verneint man nämlich das Vorliegen eines Geschäfts der laufenden Verwaltung, so folgt die Organkompetenz der Bürgerschaft aus ihrer originären Allzuständigkeit nach § 22 Abs. 2 S. 1 KV M-V. Nimmt man hingegen ein einfaches Geschäft an, so schließt das die Zuständigkeit der Bürgerschaft nicht aus. Gem. § 22 Abs. 2 S. 3 KV M-V hat die Bürgerschaft nämlich das Recht, bereits übertragene Angelegenheiten jederzeit wieder an sich zu ziehen.<sup>63</sup> § 38 Abs. 3 S. 2 KV M-V steht also einer Organkompetenz der Bürgerschaft nicht entgegen.

Bedenken gegen eine Sachentscheidungsbefugnis der Bürgerschaft in ordnungsrechtlichen Angelegenheiten könnten sich aber daraus ergeben, dass es sich hierbei um eine Aufgabe im übertragenen Wirkungskreis handelt (§ 38 Abs. 5 S. 1 KV M-V). Eine Organkompetenz der Bürgerschaft in diesem Bereich könnte mit der Weisungsbefugnis der Fachaufsichtsbehörde nach § 87 Abs. 2 KV M-V kollidieren. Gemäß § 38 Abs. 5 S. 2 KV M-V hat nämlich der Bürgermeister die im Rahmen der Fachaufsicht ergehenden Weisungen durchzuführen.<sup>64</sup> Diese Bedenken gelten nicht nur bei Annahme einer originären Zuständigkeit der Bürgerschaft, sondern auch für den Fall, dass die Bürgerschaft ihr Recht auf Wieder-an-sich-ziehen einer übertragenen Angelegenheit ausübt, da auch dann ihre Gestaltungsfreiheit durch das staatliche Weisungsrecht eingeschränkt ist. Ein Konflikt droht

<sup>55</sup> Ähnliche Landesvorschriften: § 57 Abs. 1 Nr. 1 ThürBauO; § 57 Abs. 1 BauO LSA; § 57 Abs. 1 SächsBauO; § 57 Abs. 1 NBauO.

<sup>56</sup> BVerwGE 29, 52 (59 m.w.N.); Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, Rn. 240; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2007, Rn. 273.

<sup>57</sup> BVerwGE 29, 52 (59).

<sup>58</sup> Hess. VGH, Urt. v. 27.3.2014 – 8 A 1251/12, Rn. 36; Götz (Fn. 56), Rn. 243; Knemeyer (Fn. 56), Rn. 274.

<sup>59</sup> OVG S-H, Urt. v. 31.1.2002 – 4 L 107/01, Rn. 41; OVG S-H, Urt. v. 3.4.1998 – 4 L 133/96, Rn. 37; vgl. Götz (Fn. 56), Rn. 238 ff.

<sup>60</sup> Vgl. Zilkens, JuS 2001, 785 (787).

<sup>61</sup> Ähnliche Vorschriften: § 50 Abs. 1 HGO; § 28 Abs. 1 BbgKV; § 27 Abs. 1 GO S-H.

<sup>62</sup> Siehe hierzu nur Meyer (Fn. 15), Rn. 444 m.w.N.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu OVG M-V, Urt. v. 8.6.2010 – 2 M 109/10, Rn. 8.

<sup>64</sup> Matzick (Fn. 7), § 87 Rn. 3.

jedoch erst dann, wenn die Aufsichtsbehörde eine vom Bürgerschaftsbeschluss divergierende Weisung erteilt. Ist eine solche Weisung ergangen, entfällt eine Sachentscheidungsbezugnis der Bürgerschaft und die Kontrolle der Bürgerschaft über den Bürgermeister reduziert sich darauf, die ordnungsgemäße Ausführung der Weisung zu überwachen. Ist jedoch noch keine aufsichtsbehördliche Weisung ergangen, besteht auch kein Anlass, die Organkompetenz der Bürgerschaft hinsichtlich der sachlichen Entscheidung in Angelegenheiten der Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis zu beschränken, zumal bei der Beschlussfassung der Bürgerschaft nicht abzusehen ist, ob eine aufsichtsbehördliche Weisung überhaupt erfolgen wird. Die Bürgerschaft kann deshalb auch in ordnungsrechtlichen Angelegenheiten Beschlüsse fassen, zu deren Durchführung der Bürgermeister auch verpflichtet ist, bis eine anderweitige Weisung der Fachaufsicht ergeht.

Hier hat die Bürgerschaft ihren Beschluss gefasst, bevor eine Anweisung an den O ergehen konnte, diesen Beschluss zu beanstanden. Die Organkompetenz der Bürgerschaft war durch die Möglichkeit aufsichtsbehördlicher Weisungen im Bereich des übertragenden Wirkungskreises somit nicht von vornherein beschränkt.

Die Bürgerschaft war somit für den Beschluss zuständig.

#### bb) Verfahren

In verfahrensmäßiger Hinsicht ist ein ordnungsgemäßer Bürgerschaftsbeschluss nach §§ 29 ff. KV M-V<sup>65</sup> erforderlich.

##### (1) Ordnungsgemäße Einberufung

Von einer gemäß § 29 Abs. 1 KV M-V ggf. i.V.m. §§ 1, 6 GO der Bürgerschaft erforderlichen ordnungsgemäßen Einberufung der Bürgerschaft ist mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt auszugehen.

##### (2) Öffentlichkeit der Sitzung

Ebenso sind entgegen anderslautender Sachverhaltsangaben die Vorschriften über die Öffentlichkeit der Sitzung (§ 29 Abs. 5 S. 1 KV M-V) eingehalten worden.

##### (3) Ordnungsgemäße Beschlussvorlage

Gemäß § 29 Abs. 3 S. 3 KV M-V sollen die Beschlussvorlagen unter Einhaltung der Ladungsfrist übersandt werden. Fraglich ist somit, ob die erst in der Sitzung vorgelegte Beschlussvorlage eine ordnungsgemäße Befassung ermöglichte, da sich alle Bürgerschaftsmitglieder erst in der Sitzung mit der Angelegenheit befassen konnten. Derartige sog. Tischvorlagen liegen in Abgrenzung zu Änderungsvorschlägen eines Bürgerschaftsmitgliedes zu einem Tagesordnungspunkt dann vor, wenn ein neuer – von der Tagesordnung bislang nicht abgedeckter – Beratungsgegenstand eingebracht wird.<sup>66</sup> Zur Beurteilung, wann es sich um einen neuen Beratungsgegenstand handelt, sind der bisherige Kenntnisstand der Bür-

gerschaftsmitglieder und die Vorgeschichte der Beschlussfassung zu berücksichtigen.<sup>67</sup> Hier wird den einzelnen Vertretern der Bürgerschaft erst in der von P einberufenen Sitzung eine 2-seitige Beschlussvorlage ausgehändigt; eine vorherige Befassung fand nicht statt. Somit handelt es sich um eine sog. Tischvorlage. Da nach § 29 Abs. 3 S. 3 KV M-V die Beschlussvorlagen im Regelfall innerhalb der Ladungsfrist übersandt werden sollen, führt dies dazu, dass sog. Tischvorlagen nur in engen (atypischen) Ausnahmefällen zulässig sind.<sup>68</sup> In Betracht kommt etwa das Vorliegen einer dringenden Angelegenheit im Sinne von § 29 Abs. 4 KV M-V, die keinen Aufschub bis zur nächsten Sitzung duldet<sup>69</sup> und wenn die Beschlussvorlage kurzfristig von den einzelnen Vertretern der Bürgerschaft zur Kenntnis genommen werden kann. Vorliegend geht es um eine dringliche Angelegenheit, da eine Ordnungsverfügung aufgrund der bereits herabgefallenen Dachziegelsteine auf den am Haus vorbeiführenden Gehweg unumgänglich ist und der Bürgermeister bereits eine solche Verfügung gegen die Stadtbäckerei erlassen will. Aufgrund der Eilbedürftigkeit der Sanierungsmaßnahmen ist somit eine Ausnahme von der Regel in § 29 Abs. 3 S. 2 KV M-V zulässig. Wenn schon eine Erweiterung der Tagesordnung in der Sitzung in diesem Fall zulässig wäre (§ 29 Abs. 4 KV M-V i.V.m. § 6 Abs. 3 GO), dann muss auch eine Tischvorlage möglich sein.<sup>70</sup>

Auch wird man annehmen können, dass die Mitglieder der Bürgerschaft die Beschlussvorlage aufgrund des Umfangs und der enthaltenen Daten kurzfristig aufnehmen können. Mit Blick auf die Überlegung, nur mit den vorgelegten Daten in der 2-seitigen Vorlage eine möglicherweise unzureichende Entscheidungsgrundlage zu besitzen, kann der ergänzende und erläuternde Vortrag des S, der nach § 17 Abs. 2 KV M-V i.V.m. § 2 Abs. 3 GO gehört werden konnte, Berücksichtigung finden. Derartige Beschlussvorlagen mündlich durch Sachverständige näher erläutern zu lassen, ist in der Praxis (z.B. etwa bei Planungen etc.) durchaus üblich und nicht zu beanstanden. Vor dem Hintergrund, dass es um die Sanierung eines Daches geht, was keine überdimensionale Komplexität aufweisen dürfte, wird bei lebensnaher Betrachtung eine Befassung in der Sitzung noch zumutbar sein.

##### (4) Beschlussfähigkeit

Fraglich ist, ob die Bürgerschaft bei der Beschlussfassung beschlussfähig war. Die Beschlussfähigkeit der Bürgerschaft beurteilt sich nach § 30 Abs. 1 KV M-V,<sup>71</sup> wonach mehr als die Hälfte der gesetzlichen Mitgliederzahl anwesend sein müssen. In der 55.956 Einwohner zählenden Stadt Greifswald beträgt die Anzahl der Bürgerschaftsmitglieder 43 gemäß § 4 Abs. 1 KWG M-V. Folglich müssten von den 43 Mitgliedern

<sup>67</sup> VG Greifswald LKV 1999, 110; W. Schmitz, VerwRdsch 1990, 266 (267).

<sup>68</sup> OVG M-V DÖV 1998, 1014; Gentner, in: Schweriner Kommentar zur KV M-V, 4. Aufl. 2014, § 29 Rn. 13.

<sup>69</sup> Gentner (Fn. 68), § 29 Rn. 13.

<sup>70</sup> Gentner (Fn. 68), § 29 Rn. 13.

<sup>71</sup> Vgl. zu weiteren Landesvorschriften: § 53 HGO; § 38 BbgKV; Art. 47 BayGO; § 38 GO S-H.

<sup>65</sup> Vgl. in andern Bundesländern: §§ 34 ff. GO S-H; §§ 52 ff. HGO; §§ 34 ff. BbgKV; §§ 34 ff. GO B-W; Art. 46 ff. BayGO; §§ 63 ff. NKV.

<sup>66</sup> VG Greifswald LKV 1999, 110.

22 Mitglieder anwesend sein. Als „anwesend“ anzusehen sind alle Mitglieder, die sich im Zeitpunkt der Beschlussfassung im Sitzungsraum befinden.<sup>72</sup> Über die Beschlussvorlage abgestimmt haben 21 Bürgerschaftsmitglieder (11 Ja- zu 9 Nein-Stimmen und eine Enthaltung). Außerdem befand sich im Sitzungsraum noch das Mitglied T, der zwar von der weiteren Beschlussfassung ausgeschlossen worden war, sich aber weigerte, den Saal zu verlassen. Demnach waren 22 Mitglieder der Bürgerschaft, also mehr als die Hälfte, im Sitzungssaal.

Fraglich ist jedoch, wie sich der Ausschluss von T von der Beschlussfassung auf deren „Anwesenheit“ im Sinne des § 30 Abs. 1 S. 1 KV M-V auswirkt. Die gesetzlich normierte Ausnahmeregelung des § 30 Abs. 2 KV M-V greift lediglich den Fall auf, dass mehr als die Hälfte der Mitglieder einem Mitwirkungsverbot nach § 24 KV M-V unterliegen müssen, um noch die Beschlussfähigkeit mit einem Drittel der Mitglieder festzustellen. Diese Ausnahmeregelung ist hier aber ersichtlich nicht einschlägig. Auch muss ein Meinungsstreit darüber, ob ausgeschlossene Mitglieder im Rahmen der Beschlussfähigkeit mitzählen oder nicht,<sup>73</sup> vorliegend nicht entschieden werden, da die Bürgerschaft jedenfalls gemäß § 30 Abs. 1 S. 4 KV M-V als beschlussfähig anzusehen ist. § 30 Abs. 1 S. 4 KV M-V normiert eine Fiktion der Beschlussfähigkeit insoweit, als die Bürgerschaft als beschlussfähig gilt, solange nicht ihre Beschlussunfähigkeit festgestellt wurde. Diese Fiktion gilt allerdings nur für den Fortbestand der Beschlussfähigkeit, kann also diese bei Beschlussunfähigkeit schon bei Beginn der Sitzung nicht ersetzen.<sup>74</sup>

In der Sitzung waren zunächst 22 und damit mehr als die Hälfte der Mitglieder anwesend, so dass die Bürgerschaft zu Beginn der Sitzung beschlussfähig war. Eine Beschlussunfähigkeit wurde danach nicht festgestellt, so dass die Bürgerschaft gemäß der Fiktion des § 30 Abs. 1 S. 4 KV M-V weiterhin als beschlussfähig anzusehen ist. Die Fiktion gilt jedoch nicht grenzenlos; bei offenkundiger Beschlussunfähigkeit nach § 30 Abs. 1 S. 6 KV M-V bleibt die Bürgerschaft nicht allein aufgrund der fehlenden Feststellung beschlussfähig. Sinn und Zweck der Fiktion des § 30 Abs. 1 S. 4 KV M-V ist es, die Arbeitsfähigkeit der Gemeindevertretung sicherzustellen und Rechtssicherheit im Hinblick auf getroffene Entscheidungen zu gewährleisten. Die Vorschrift soll aber nicht von einer Minderheit bewusst dazu missbraucht werden können, Beschlüsse zu ermöglichen, zu denen sie eigentlich nicht imstande ist.<sup>75</sup> Vorliegend nahm mehr als ein Drittel der

Mitglieder an der Sitzung teil, so dass jedenfalls nicht von einer evidenten Beschlussunfähigkeit ausgegangen werden kann. Somit war die Bürgerschaft beschlussfähig.

#### (5) Mitwirkungsverbot

Durch die Anwesenheit von T bei den Beratungen sowie seine Anwesenheit bei der Beschlussfassung könnte gegen das Mitwirkungsverbot wegen Befangenheit verstoßen worden sein, § 24 KV M-V.<sup>76</sup> T wurde durch Beschluss von der Bürgerschaftssitzung ausgeschlossen; blieb aber trotzdem im Sitzungssaal. Eine Entscheidung, die unter Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot zustande kommt oder bei der der Gemeindevertreter unberechtigt ausgeschlossen wird, ist nach § 24 Abs. 4 S. 1 KV M-V unwirksam. Obwohl nur für den Fall des § 24 KV M-V<sup>77</sup> geregelt, kann dies auch für einen Ausschluss aus anderen Gründen gelten.<sup>78</sup>

T wäre zu Unrecht ausgeschlossen worden, wenn die entsprechende Ordnungsmaßnahme unzulässig gewesen wäre. Zu beachten ist, dass der Verweis aus dem Sitzungssaal nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur als letztes Mittel in Betracht kommt, etwa dann, wenn der Gang der Verhandlung in besonders hohem Maße gestört wird. Dabei ist auch zu beachten, dass ein unberechtigter Ausschluss das demokratische Kräfteverhältnis verändert und damit den Wählerwillen und die Ausübung des Mandats als einem zentralen demokratischen Recht nach § 23 Abs. 1 KV M-V ausschließt.

In Betracht kommt vorliegend ein Ausschließungsgrund nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 KV M-V.<sup>79</sup> Danach kann ein Mitglied der Gemeindevertretung ausgeschlossen werden, wenn die Entscheidung ihm selbst oder einem seiner Angehörigen im Sinne von § 20 Abs. 5 VwVfG M-V einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann. Mit dem so normierten Ausschließungsgrund hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, jede hauptamtliche und ehrenamtliche Tätigkeit für die Gemeinde von individuellen Sonderinteressen freizuhalten, um durch eine allein an Gesetz und öffentlichem Wohl orientierte Tätigkeit das Vertrauen in eine unvoreingenommene Kommunalverwaltung zu stärken.

Das Korrektiv der Unmittelbarkeit dient dazu, Mitwirkungsverbote nicht zum Schaden der demokratischen Legitimation der Beschlussgremien ausufern zu lassen. Auf der einen Seite sollen Entscheidungen in eigener Sache verhindert werden, auf der anderen Seite soll das Mitwirkungsverbot gerade in Fällen einer vielschichtigen und differenzierten Interessenlage im Hinblick auf den weiten Kreis der möglichen Betroffenen im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gemeindevertretung und der demokratischen Teilhabe nicht ausarten. Hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der „Unmittelbarkeit“ des Vor- oder Nachteiles werden zu den im Wesentlichen gleich lautenden Vorschriften der landesrecht-

<sup>72</sup> *Gentner* (Fn. 68), § 30 Rn. 3; vgl. auch *Rauball*, in: *Papermann/Roters*, GO NRW, 3. Aufl. 1981, § 34 a.F. Rn. 1; *Waechter*, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 314; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rn. 485 zur Rechtslage in M-V.

<sup>73</sup> Nach *Gentner* (Fn. 68), § 24 Rn. 25, werden ausgeschlossene Mitglieder als nicht anwesend im Sinne von § 30 Abs. 1 S. 1 KV M-V bewertet.

<sup>74</sup> Vgl. *Gentner* (Fn. 68), § 30 Rn. 4.

<sup>75</sup> Vgl. *Held/Becker*, KV/GO, Stand: Juni 2011, § 49 Anm. 2.1 ff. mit Verweis auf OVG NRW OVG 17, 261; 19, 42.

<sup>76</sup> Ähnliche Landesvorschriften zB: §§ 31 Abs. 2 i.V.m. 22 BbgKV; §§ 43 Abs. 2 i.V.m. 31 GO NRW.

<sup>77</sup> Vgl. § 24 Abs. 4 KV M-V.

<sup>78</sup> Was in M-V indes unklar ist: Gute Kandidaten erwägen hier einen Analogie- oder auch Umkehrschluss.

<sup>79</sup> Vgl. ähnliche Landesvorschriften wie etwa: §§ 31 Abs. 2 i.V.m. 22 BbgKV; §§ 43 Abs. 2 i.V.m. 31 GO NRW.

lichen Kommunalverfassungsgesetze unterschiedliche Auffassungen vertreten:<sup>80</sup> Zum einen soll eine solche Unmittelbarkeit dann anzunehmen sein, „wenn die Entscheidung ohne Hinzutreten eines weiteren Umstandes eine natürliche Person direkt berührt“ (direkte Kausalität).<sup>81</sup> Maßgeblich ist damit die allein formale Erwägung, ob die Betroffenheit eines weiteren administrativen Umsetzungsaktes bedarf. Gefordert wird somit ein formal-kausaler Zusammenhang zwischen Mitwirkung und dem daraus resultierenden Vor- oder Nachteil.<sup>82</sup> Nach anderer Auffassung soll maßgeblich sein, ob der Gemeindevertreter auf Grund besonderer persönlicher Beziehungen zum Gegenstand der Beschlussfassung ein individuelles Sonderinteresse an der Entscheidung hat, das zu einer Interessenkollision führen kann und die Besorgnis einer beeinflussten Stimmabgabe rechtfertigt.<sup>83</sup>

Zutreffenderweise kommt es auf eine materielle Betrachtungsweise an: Für die Auslegung des Begriffs der Unmittelbarkeit ist das gesetzgeberische Ziel zu beachten, die Entscheidungen der Gemeindevertretung von individuellen Sonderinteressen freizuhalten und auf diese Weise das Vertrauen in eine unvoreingenommene öffentliche Verwaltung zu stärken.<sup>84</sup> Personen, die wegen eines unmittelbaren Eigeninteresses am Ausgang des Verfahrens oder wegen enger Beziehungen zu natürlichen oder juristischen Personen, die aus persönlichen oder wirtschaftlichen Gründen ein Interesse an der Entscheidung haben, nicht die Gewähr für eine uneinflusste Wahrnehmung ihrer Befugnisse bieten, sollen von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen sein, damit bereits der „böse Schein“ einer sachwidrigen Verfolgung von Sonderinteressen in der Kommunalverwaltung vermieden wird. Um diesem Gesetzeszweck gerecht zu werden, genügt es nicht, die in Frage kommenden Sachverhalte unter eine schematisierende Kausalitätsformel zu subsumieren. Die Norm liefe bei ihrer konsequenten Anwendung leer, da so gut wie alle Beschlüsse einer Gemeindevertretung eines Ausführungsaktes durch die Gemeindeverwaltung bedürfen. Mit „unmittelbar“ ist die „unmittelbare persönliche Beteiligung“ gemeint. An ihr fehlt es vor allem dann, wenn der Mitwirkende lediglich als Angehöriger einer bestimmten Personengruppe, eines weiteren Kreises, also „mittelbar“ betroffen ist.<sup>85</sup> Daraus folgt, dass die Mitwirkungsverbote des § 24 KV M-V verhindern sollen, dass ein Gemeindevertreter mitwirkt, der auf Grund persönlicher Beziehungen zu dem Gegenstand der Beratung oder Beschlussfassung ein individuelles Sonderinteresse hat, das zu einer Interessenkollision führen kann und die Besorgnis rechtfertigt, dass der Betreffende

nicht mehr uneigennützig und nur zum Wohl der Gemeinde handelt.<sup>86</sup>

Die in § 24 Abs. 1 Nr. 1 KV M-V erwähnten Vor- und Nachteile können sowohl materieller als auch immaterieller Art sein. Nicht nur der Vermögensvor- oder Nachteil kann zu einem Mitwirkungsverbot führen, sondern ebenfalls ein in Geldwerten nicht messbarer Vor- oder Nachteil.<sup>87</sup> Die Frage, ob ein die Mitwirkung ausschließendes individuelles Sonderinteresse vorliegt, kann nur auf Grund einer wertenden Betrachtung der Verhältnisse des Einzelfalles entschieden werden.<sup>88</sup>

E ist zunächst nach § 20 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 Nr. 1 VwVfG M-V Angehöriger des T. Fraglich ist, ob der E im Zusammenhang mit der Entscheidung ein unmittelbarer Nachteil entsteht. Ob ein Nachteil im Sinne von § 24 Abs. 1 Nr. 1 KV M-V vorliegt, kann – wie oben erörtert wurde – entweder stärker wertorientiert („böser Schein“) oder kausalitätsorientiert (naheliegende Folge der Entscheidung) ermittelt werden. Ausreichend ist nach verständiger Auffassung die nicht ganz fernliegende Möglichkeit eines Nachteils („kann“).<sup>89</sup> Dabei spielt es auch keine Rolle, dass zur „Realisierung“ des Nachteils noch weitere Entscheidungen oder Umstände erforderlich sind.<sup>90</sup> Allein die Beschäftigung bei B führt noch nicht zu einem solchen unmittelbaren Vor- oder Nachteil. Die Entscheidung über die Frage, ob B als Ordnungsverpflichteter heranzuziehen ist, hat für E höchstens rein mittelbare Folgen, etwa für die Arbeitsplatzsicherung. Im Übrigen wäre ein so begründetes Mitwirkungsverbot wegen § 24 Abs. 2 Nr. 1 KV M-V unbeachtlich. Ein Mitwirkungsverbot nach § 24 Abs. 1 KV M-V gilt nämlich dann nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. E könnte hier zur abstrakten Berufsgruppe der „Beschäftigten bei der B“ gehören. Eine Gruppe ist zumeist dann anzunehmen, je allgemeiner und abstrakter sich die die Personenmehrheit eingrenzenden Merkmale gestalten und je größer die Anzahl der Interessenträger in der Gemeinde ausfällt.<sup>91</sup> Von einer Berufs- bzw. Bevölkerungsgruppe kann nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift dann nicht mehr gesprochen werden, wenn nur eine kleine Gruppe persönlich bekannter und aufzählbarer Einzelpersonen in Frage steht<sup>92</sup> und die Folgen einer bestimmten Entscheidung von vorneherein ohne weiteres individualisierbar sind.<sup>93</sup> Auch wenn die Anzahl der Betrof-

<sup>80</sup> Hierzu mit den entsprechenden Nachweisen *Glage*, Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen, 1995, S. 136 ff.

<sup>81</sup> HessVGH NVwZ 1982, 44. Nunmehr diese Rechtsprechung ablehnend der 8. Senat des HessVGH LKRZ 2014, 246 (248).

<sup>82</sup> So etwa *Meyer*, LKV 2003, 118 (120).

<sup>83</sup> NdsOVG NVwZ 1982, 44; ähnlich v. *Mutius*, VerwArch 65, 429 (435).

<sup>84</sup> OVG NRW OVG 34, 60.

<sup>85</sup> Vgl. OVG S-H NordÖR 2003, 37.

<sup>86</sup> Hess. VGH LKRZ 2014, 246 (248 m.w.N.); VGH B-W NVwZ-RR 1993, 504; VGH B-W NVwZ 1994, 193.

<sup>87</sup> VGH B-W NVwZ 1994, 193; VG Minden NVwZ 1989, 689 (691); *Gentner* (Fn. 68), § 24 Rn. 6.

<sup>88</sup> So bereits VG Greifswald, Beschl. v. 5.12.1996 – 4 B 2420/96, Rn. 13.

<sup>89</sup> *Kopp/Ramsauer* (Fn. 38), § 20 Rn. 33 m.w.N.

<sup>90</sup> *Kopp/Ramsauer* (Fn. 38), § 20 Rn. 37 m.w.N.

<sup>91</sup> So Hess. VGH LKRZ 2014, 246 (249).

<sup>92</sup> *Gentner* (Fn. 68), § 24 Rn. 21; VGH B-W DÖV 1993, 1098 (1099); VGH B-W NVwZ-RR 1993, 504; Hess. VGH LKRZ 2014, 246 (249).

<sup>93</sup> Hess. VGH LKRZ 2014, 246 (249).

fenen hierfür allein nicht ausschlaggebend sein kann, wird man bei den 60 Beschäftigten der B-GmbH nicht annehmen können, dass durch den Beschluss ein Individualinteresse der E berührt wird. Vielmehr geht es hier um ein kollektives Interesse<sup>94</sup>, da es sich um eine Gruppe handelt, die – jedenfalls bezogen auf die konkrete Entscheidung – gemeinsame Interessen hat,<sup>95</sup> so dass damit der Betroffene, hier E, lediglich als Teil einer bestimmten Berufs- oder Bevölkerungsgruppe anzusehen ist.<sup>96</sup> Mithin lässt sich ein Mitwirkungsverbot des T hierauf nicht stützen.

Jedoch könnte die symbolische und mit Worten geführte Parteinahme für die B in der öffentlichen Sitzung die Befangenheit des T gem. § 21 VwVfG M-V begründen. Das setzt zunächst voraus, dass § 21 VwVfG neben § 24 KV M-V Anwendung finden kann. Eine direkte Anwendung scheidet aus, da die Regelungen der Kommunalverfassung spezieller sind. In Betracht kommt somit nur eine Analogie. Für eine Analogie fehlt es jedoch an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Gesetzgeber bewusst auf weitere Befangenheitstatbestände verzichtet hat. Dies wird bereits deutlich an der Regelung in § 38 Abs. 8 S. 2 KV M-V, wonach die Vorschrift des § 20 VwVfG unberührt bleiben soll. Ein solcher Verweis findet sich nur beim Ausschluss vom Bürgermeister, nicht aber bei § 24 KV M-V. Ein Rückgriff auf § 21 VwVfG M-V ist somit ausgeschlossen.<sup>97</sup>

Fraglich ist somit, ob T durch die anstehende Entscheidung in der Bürgerschaft einen eigenen unmittelbaren Vor- oder Nachteil im Sinne von § 24 Abs. 1 Nr. 1 KV M-V erlangen konnte. Ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil ist gegeben, wenn T aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Gegenstand der Beratung oder Beschlussfassung ein individuelles Sonderinteresse hat, das zu einer Interessenkollision führen kann und die Besorgnis rechtfertigt, dass der Betreffende nicht mehr uneigennützig und nur zum Wohl der Gemeinde handelt.<sup>98</sup> Zweck der Befangenheitsvorschrift ist es, das Vertrauen der Bürger in eine am Wohl der Allgemeinheit orientierte und unvoreingenommene Kommunalverwaltung zu stärken. Die Frage, ob ein die Wirkung ausschließendes individuelles Sonderinteresse vorliegt, kann wie bereits erörtert nicht allgemein, sondern nur aufgrund einer wertenden Betrachtungsweise der Verhältnisse des Einzelfalls entschieden werden. Dabei kann jeder individualisierbare materielle oder immaterielle Vor- oder Nachteil zu einer Interessenkol-

lision in dem hier maßgeblichen Sinn führen.<sup>99</sup> Nach wohl h.M. fällt unter einem immateriellen Vor- oder Nachteil auch das öffentliche Ansehen bzw. ein (politischer) Prestigeerfolg.<sup>100</sup> Dem T ging es nach den Sachverhaltsangaben gerade auch um einen Prestigeerfolg, da er sein öffentliches Ansehen mit der Frage der Einstandspflicht der B verband.

Hier könnte die symbolische Parteinahme für die B jedoch Ausfluss des freien Mandates (§ 23 Abs. 3 KV M-V) sein, mit der Folge, dass allein aus dem Tragen der Krawatte und den Sympathiebekundungen für B kein Befangenheitsausschluss erfolgen darf. Es liegt nämlich in der Natur der zu treffenden Entscheidung, dass sich ein Mitglied der Bürgerschaft zu der einen oder anderen Firma bekennen und wechselseitig zu beeinflussen suchen. Genau dies erfordert parlamentarischer Brauch. Jedoch ist hier zu beachten, dass die Sitzung öffentlich war. Bei der Beurteilung, ob der Beschluss dem T einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann, ist auf den Empfängerhorizont des Gemeindebürgers, der eventuell als Zuhörer an der Sitzung teilnimmt, abzustellen.<sup>101</sup> Eine symbolische und mit Worten zum Ausdruck gebrachte Parteinahme, die wie hier mit einem Ansehenserfolg oder -verlust des T verbunden ist, ist geeignet, etwa der anwesenden Öffentlichkeit den Eindruck zu vermitteln, T sei praktisch Lobbyist der B. Aufgrund des gesamten Verhaltens des T kann nicht ausgeschlossen werden, dass er im vorliegenden Fall nur individuelle Sonderinteressen verfolgt hat. Dies spricht letztlich dafür, die Voraussetzungen für einen Ausschluss zu bejahen.<sup>102</sup> Gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 KV M-V ist T demnach von der Mitwirkung an der Beratung und der Entscheidung zu Recht ausgeschlossen worden. Um dies sicherzustellen und nach außen sichtbar zu machen, hat der Ausgeschlossene grundsätzlich den Sitzungssaal zu verlassen. Bei einer öffentlichen Sitzung hat er jedoch wie jeder Einwohner das Recht, sich im Zuhörerbereich aufzuhalten (§ 24 Abs. 3 S. 1, 2. Halbs. KV M-V).<sup>103</sup> Es kommt deshalb auch nicht auf die Frage an, ob durch den weiteren Aufenthalt im Zuhörerbereich des Raumes der böse Schein der Einflussnahme ausgelöst wird.<sup>104</sup>

Das Verfahren wurde somit ordnungsgemäß durchgeführt.

<sup>94</sup> Hess. VGH LKRZ 2014, 246 (248 f.).

<sup>95</sup> Siehe hierzu VG Frankfurt a.M. NVwZ-RR 2002, 868 (869).

<sup>96</sup> Der Sinn der Ausnahme der Vertretung von Gruppeninteressen vom Mitwirkungsverbot besteht gerade darin, dass die Entscheidung über eine dem Gemeinwohl am besten entsprechende Lösung eine Meinungsbildung unter Abwägung der verschiedenen Interessen erforderlich macht und dass diese Interessen deshalb im kommunalen Meinungsbildungsprozess repräsentiert sein sollen. Siehe VG Frankfurt a.M. NVwZ-RR 2002, 868 (869).

<sup>97</sup> *Gentner* (Fn. 68), § 24 Rn. 4.

<sup>98</sup> Hierzu VGH B-W NVwZ-RR 1993, 504; VGH B-W NVwZ 1994, 193 sowie obige Ausführungen.

<sup>99</sup> VGH B-W NVwZ-RR 1993, 504; VGH B-W NVwZ 1994, 193.

<sup>100</sup> VGH B-W NVwZ 1994, 193; OVG R-P NVwZ-RR 2000, 103 (104); VG Minden NVwZ-RR 1990, 273; VG Minden NVwZ 1989, 689 (691); VG Greifswald, *Der Überblick* 2001, 589 (590); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 38), § 20 Rn. 33; *Fehling*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* (Fn. 2), § 20 VwVfG Rn. 42; *Kintz*, LKRZ 2012, 77 (78); dagegen *Gentner* (Fn. 68), § 24 Rn. 6.

<sup>101</sup> *Kintz*, LKRZ 2012, 77 (78).

<sup>102</sup> A.A. vertretbar.

<sup>103</sup> Vgl. *Meyer*, LKV 2003, 118 (121).

<sup>104</sup> In diesem Sinne *Rentsch/Ziertmann*, *Gemeindeverfassungsrecht Schleswig-Holstein*, 2008, § 22 Rn. 20.

*cc) Form*

Die Beschlussfassung ist zwar schriftlich erfolgt und genügt somit den Anforderungen nach § 12 Abs. 1 GO. Jedoch fehlt es an der Unterschrift des Schriftführers gem. § 12 Abs. 2 GO. Folglich wurde gegen die Geschäftsordnung verstoßen. Ob Verstöße gegen die grundsätzlich nur das Binnenrecht gestaltende Geschäftsordnung<sup>105</sup> zur Nichtigkeit des gefassten Bürgerschaftsbeschlusses führen, ist umstritten. Nach einer Ansicht kommt es darauf an, ob es sich um einen wesentlichen oder einen unwesentlichen Verstoß handelt.<sup>106</sup> Als wesentlich gilt ein Verstoß, wenn die verletzte Geschäftsordnungsnorm subjektive Innen- oder Außenrechte betrifft und der Beschluss auf dem Verstoß beruhen kann. Demgegenüber soll der Verstoß unwesentlich sein, wenn die verletzte Geschäftsordnungsnorm nur eine bloße Ordnungsvorschrift ist, die keinen Rechtsschutzgehalt für Innen- oder Außenrechte aufweist oder, wenn der Verstoß als konkludente Änderung der Geschäftsordnung verstanden werden kann.<sup>107</sup> Diese Differenzierungen werden zum Teil auch abgelehnt. Danach hat ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung nur dann die Nichtigkeit eines Beschlusses zur Folge, wenn durch die Geschäftsordnungsnorm zwingende gesetzliche Vorschriften wiedergegeben werden.<sup>108</sup> Nur so kann für das Außenverhältnis die nötige Rechtsklarheit gewährleistet werden. Zur Nichtigkeit führt ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung allerdings auch dann, wenn gegen eine Vorschrift verstoßen wird, die zum gesetzlich festgelegten Mindestinhalt der Geschäftsordnung gehört. Ein Verstoß gegen eine reine Ordnungsvorschrift führt aber auch nach dieser Auffassung nicht zur Rechtswidrigkeit von Beschlüssen.<sup>109</sup>

§ 29 Abs. 8 KV M-V bestimmt zwar, dass eine Niederschrift über jede Sitzung der Gemeindevertretung anzufertigen ist, jedoch trifft sie bewusst gerade keine weiteren Regelungen<sup>110</sup> und schon gar nicht über die Notwendigkeit einer weiteren Unterschrift des Schriftführers. Folglich ist der Beschluss auch aus diesem Grund nicht rechtswidrig.

*b) Materielle Rechtswidrigkeit des Bürgerschaftsbeschlusses?*

Der Bürgerschaftsbeschluss als Akt einer internen Willensbildung<sup>111</sup> ist hier auf die Verpflichtung des O zum Erlass einer Ordnungsverfügung gegen das Land M-V gerichtet. Die

<sup>105</sup> Siehe zur Rechtsnatur nur OVG NRW NVwZ-RR 1997, 184 (185).

<sup>106</sup> Vgl. OVG NRW OVGE 15, 87 (91 f.); bei wesentlichen bzw. schwerwiegenden Verstößen; vgl. auch BVerfGE 91, 148, wonach es sich um evidente Verstöße handeln muss.

<sup>107</sup> Vgl. Ruff, KommJur 2009, 201 (203).

<sup>108</sup> OVG NRW NVwZ-RR 1997, 184 (185); BayVGH BeckRS 2009, 32617; VG Regensburg BeckRS 2005, 44196.

<sup>109</sup> Matzick (Fn. 7), § 81 Rn. 4.

<sup>110</sup> Vielmehr ist nach dem Wortlaut von § 29 Abs. 8 KV M-V die weitere Ausgestaltung in der Geschäftsordnung vorzunehmen.

<sup>111</sup> Vgl. Ruff, KommJur 2009, 201 (204); Ehlers, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 21 Rn. 122 f.

Rechtsmäßigkeit des Bürgerschaftsbeschlusses hängt somit davon ab, ob eine solche Ordnungsverfügung gegen das Land zulässig ist. Der aufgehobene Bürgerschaftsbeschluss wäre somit materiell rechtswidrig, wenn O gegen das Land M-V eine Sanierungsverfügung nicht erlassen durfte.

*aa) Ermächtigungsgrundlage*

Als Ermächtigungsgrundlage für die Ordnungsverfügung kommt vorliegend § 58 Abs. 1 S. 2 LBauO M-V in Betracht.<sup>112</sup> Danach können die Bauaufsichtsbehörden in Wahrnehmung ihrer Aufgabe, bei der Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und Beseitigung sowie bei der Nutzung und Instandhaltung von Anlagen darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden (§ 58 Abs. 1 S. 2 LBauO M-V), die erforderlichen Maßnahmen treffen.

*bb) Voraussetzungen*

Das setzt zunächst voraus, dass das Bauwerk nicht den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht. Gem. § 3 Abs. 1 LBauO M-V sind bauliche Anlagen so instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit nicht gefährdet werden. Hier wird die Gesundheit der Fußgänger und Kunden der B, die an der Bäckerei vorbeilaufen oder diese betreten durch das Herabfallen von Dachziegeln gefährdet. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift stellt somit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar. Daran ändert auch die vorläufige Sicherung durch Schilder nichts, weil die Gefahr für Leib und Leben dadurch nach wie vor besteht.

*cc) Ordnungspflichtiger*

Das Land müsste ordnungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit ist nicht in der Bauordnung geregelt und ergibt sich somit aus dem Sicherheits- und Ordnungsrecht (sog. Ergänzungslehre). Wer Ordnungspflichtiger sein kann, ergibt sich aus §§ 68 ff. SOG M-V.<sup>113</sup>

<sup>112</sup> Allein schon aufgrund des Bearbeitervermerks verbietet sich ein Eingehen auf das DSchG M-V; auch fehlt im Sachverhalt jeglicher Hinweis auf eine Unterschützstellung des Gebäudes oder Gebäudeensembles. Im Übrigen ging es hier auch nicht um den Erhalt des Gebäudes, sondern in erster Linie um eine Maßnahme der Gefahrenabwehr, da von den herabfallenden Ziegeln eine Gefahr für die Gesundheit der Fußgänger ausgeht. Eine solche Ermächtigung zum Einschreiten wird in § 16 DSchG M-V nicht postuliert. Auch die §§ 13, 16 SOG M-V waren aufgrund der Spezialität der bauordnungsrechtlichen Gefahrenabwehrbestimmungen nachrangig (§ 12 SOG M-V).

<sup>113</sup> Beispiele für ähnliche Landesvorschriften: § 217 LVwG S-H; §§ 13, 14, 16 ASOG Bln; §§ 6, 7, 9 HSOG; §§ 4, 5, 7 POG R-P; §§ 16 ff. OBG Bbg; §§ 8 ff. HmbSOG §§ 6 ff. NdsSOG; §§ 17 ff. OBG NRW.

## (1) Zustandsstörer

Das Land ist Eigentümer des Grundstücks, von dem die Gefahr ausgeht und folglich nach § 70 Abs. 1 SOG M-V Ordnungspflichtiger. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, auf welche Weise der ordnungswidrige Zustand entstanden ist.<sup>114</sup>

## (2) Einschränkung der Zustandshaftung?

Problematisch könnte jedoch vorliegend sein, dass die Schäden am Dach durch nicht mehr zu ermittelnde Dritte verursacht wurden. Die Zustandshaftung des Landes könnte somit aus Gründen der Billigkeit einzuschränken sein. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG eine Einschränkung der Zustandshaftung – etwa hinsichtlich der Störereigenschaft oder der Kostentragungspflicht des Grundstückseigentümers – bis hin zur Übernahme der Gefahrenbeseitigung als Gemeinlast in den Fällen erforderlich sei, in denen der Störung kein persönliches Handeln oder gar Verschulden zugrunde liegt.<sup>115</sup> Hintergrund dieser Überlegung ist, dass die Zustandshaftung Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums in dem Sinn ist, dass „Eigentum verpflichtet“ (Art. 14 Abs. 2 GG), die von ihm ausgehenden Gefahren zu beseitigen. Allerdings kann die Sozialbindung wie jede Grundrechtsschranke ihrerseits nicht schrankenlos sein und wird insbesondere durch das Übermaßverbot begrenzt.<sup>116</sup> Eigentumsbindungen müssen also verhältnismäßig sein und dürfen nicht zu einer übermäßigen Belastung führen und den Eigentümer unzumutbar treffen.<sup>117</sup> Soweit also im Einzelfall die „Opfergrenze“ überschritten wird, kann auch im Polizei- und Ordnungsrecht eine Inanspruchnahme des Zustandstörers ausgeschlossen sein.<sup>118</sup> Die Verantwortlichkeit des Eigentümers oder Inhabers der tatsächlichen Gewalt für den ordnungswidrigen Zustand von Sachen ist Ausfluss der tatsächlichen und rechtlichen Sachherrschaft, welche die Nutzung der Sache mit den sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Vorteilen ermöglicht.<sup>119</sup> Steht der gefahrauslösende Vorgang daher in keinem Bezug zur Nutzung der Sache durch den Eigentümer oder den Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft, fehlt es auch an der inneren Rechtfertigung für seine Verantwortlichkeit.<sup>120</sup> Einschränkungen der Zustandshaftung kommen danach immer dann in Betracht, wenn der ordnungswidrige Zustand des Grundstücks durch höhere Gewalt oder eine für den Eigentümer nicht vorhersehbaren und von ihm auch in

keiner Weise geduldeten oder begünstigten Fremdeinwirkung hervorgerufen wird.<sup>121</sup>

Nach der wohl noch h.M. kommt es für die ordnungsrechtliche Zustandsstörerhaftung dagegen nicht darauf an, ob der ordnungswidrige Zustand der Sache durch den Eigentümer selbst oder Dritte oder durch höhere Gewalt, oder ob er mit oder ohne Zutun des Eigentümers herbeigeführt worden ist oder ob der Eigentümer in der Lage war, den Eintritt des Schadens abzuwenden (z.B. bei Naturkatastrophen).<sup>122</sup> Entscheidend ist allein die objektive Tatsache, dass eine Störung vorliegt. Denn die Zustandshaftung des § 70 Abs. 1 SOG M-V knüpft ausschließlich an das Innehaben des Eigentums oder der tatsächlichen Gewalt an. Haftungsgrund ist nicht die Beziehung des Ordnungspflichtigen zur Entstehung der Gefahr, sondern zu ihrem Herd.<sup>123</sup> Nach ganz überwiegender Auffassung in der Rechtsprechung sind Ausnahmen von der Zustandshaftung allenfalls bei wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit (ruinöse Inanspruchnahme) in Betracht zu ziehen.<sup>124</sup>

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob unter besonderen Umständen, insbesondere bei Schadenseinwirkungen durch Krieg, Katastrophen, Großunfälle oder Naturereignisse die Haftung des Eigentümers oder Inhabers der tatsächlichen Gewalt ausgeschlossen oder eingeschränkt ist. Jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Schadenseintritt nicht völlig außerhalb der Risikosphäre des Grundstückseigentümers vollzogen hat, ist an der Zustandshaftung, die als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) in ihrem Kern keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt, grundsätzlich festzuhalten.<sup>125</sup> Etwaigen Unbilligkeiten ist im Rahmen der Ermessensentscheidung, die die Behörde zu treffen hat, Rechnung zu tragen.<sup>126</sup> Hier wurden zwar die unsachgemäßen Arbeiten am Dach durch nicht mehr zu ermittelnde Dritte ausgeführt, jedoch hat sich der Schadenseintritt letztlich in der Risikosphäre des Grundstückseigentümers vollzogen.

## (3) Ermessen

Fraglich ist, ob bei einer Inanspruchnahme des Landes das den (Sonder-)Ordnungsbehörden obliegende Ermessen

<sup>114</sup> Vgl. *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, Bd. 2, 8. Aufl. 1977, S. 320.

<sup>115</sup> Vgl. *Friauf*, in: FS für Wacke, 1972, S. 293 (300 ff.); *Papier*, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 47 ff.; *ders.*, DVBl 1985, 877.

<sup>116</sup> BayVGH NVwZ 1986, 942 (944 f.).

<sup>117</sup> *Götz* (Fn. 56), Rn. 221; vgl. zur Einschränkung der Zustandshaftung auch BVerwG DÖV 1986, 287; BVerwG NVwZ 1991, 475.

<sup>118</sup> Vgl. BayVGH BayVBl. 1996, 437, BayVGH BayVBl. 1997, 502.

<sup>119</sup> Vgl. BVerwG DVBl 1986, 360 (361).

<sup>120</sup> BayVGH NVwZ 1992, 905 (906).

<sup>121</sup> So BayVGH NVwZ 1992, 905 (906).

<sup>122</sup> BVerwG NVwZ 1983, 474 (475); OVG NRW NWVBl. 1998, 64; OVG NRW NJW 1980, 956; KG Berlin, Urt. v. 14.5.2009 – 8 U 106/08, Rn. 78; VG Berlin, Urt. v. 25.9.2012 – 1 K 339.10, Rn. 49; vgl. auch *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 114), S. 198 m.w.N.; *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau*, Ordnungsrecht und Polizeirecht in NRW, 2. Aufl. 1972, § 18 OBG, Anm. 3.

<sup>123</sup> OVG NRW NWVBl. 1998, 64; OVG NRW OVG 5, 185 (188); OVG NRW OVG 36, 1; OVG NRW NJW 1980, 956.

<sup>124</sup> Vgl. BVerwGE 10, 282 (283); BayVGH NVwZ 1986, 942 (944 f.); VGH B-W NVwZ 1986, 325 (326); OVG NRW MDR 1955, 762 f.; OVG NRW NWVBl. 1998, 64; weitere Nachweise bei *Seibert*, DVBl. 1992, 664 (672).

<sup>125</sup> Ebenso BayVGH NVwZ 1986, 942 (944 f.); *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 114), S. 319 ff.

<sup>126</sup> OVG NRW NVwZ 1989, 987 (988).

pflichtgemäß ausgeübt wird. Die in Aussicht genommene Verfügung dürfte also nicht ermessensfehlerhaft sein (§ 40 VwVfG M-V).

Hier könnte ein Überschreiten des ordnungsbehördlichen Ermessens bei der Auswahl zwischen mehreren Verantwortlichen vorliegen.<sup>127</sup> Gem. § 70 Abs. 2 S. 1 SOG M-V<sup>128</sup> ist neben dem Land als Eigentümerin des Grundstücks auch B als Inhaberin der tatsächlichen Gewalt zustandsverantwortlich. Da lediglich in § 70 Abs. 2 S. 2 SOG M-V eine vorrangige Inanspruchnahme des tatsächlichen Gewaltinhabers geregelt ist, ist davon auszugehen, dass im Übrigen gerade nicht von einer vorrangigen Inanspruchnahme des Gewaltinhabers vor dem Eigentümer auszugehen ist. Die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 S. 2 SOG M-V liegen hier nicht vor.

Auch die Frage nach der Inanspruchnahme eines Dritten, der als Handlungsstörer einen gefährlichen Zustand geschaffen hat, stellt sich nur dann, wenn die Verursachung durch den Dritten und damit dessen Verantwortlichkeit hinreichend geklärt ist.<sup>129</sup> Ein Einschreiten gegen den Zustandsstörer ist jedenfalls dann nach allgemeinem Ordnungsrecht nicht ermessensfehlerhaft, wenn unklar ist, ob und in welchem Umfang eine Haftung bestimmter Personen als Verhaltensstörer in Betracht kommt.<sup>130</sup> Vorliegend ist es schon nicht mehr ermittelbar, wer den Zustand des Daches herbeigeführt hat.

Die Bürgerschaft könnte sich jedoch von sachfremden Erwägungen bei der Auswahl leiten lassen haben. In diesem Fall würde ein Ermessensfehlgebrauch vorliegen. Die Bürgerschaft ließ sich vor allem von dem Gedanken leiten, der Bäckerei die erheblichen Reparaturkosten zu ersparen. Grundsätzlich wird man solche Erwägungen nicht als zulässig betrachten dürfen, vor allem dann, wenn ein anderer (hier der Eigentümer) ebenso die Lasten tragen müsste. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass ausgehend von der Systematik des § 70 SOG M-V vorrangig der Eigentümer in Anspruch zu nehmen ist. Auch kommt hinzu, dass das Land als Vermieterin derartige Instandhaltungskosten zu tragen hat (§ 536 BGB). Folglich entspricht die vorrangige Inanspruchnahme auch dem gesetzgeberischen Willen.<sup>131</sup> Ein Ermessensfehler lässt sich somit nicht begründen.

### c) Zwischenergebnis

Der Bürgerschaftsbeschluss ist somit formell und materiell rechtmäßig ergangen und verletzt nicht das geltende Recht.

## II. Verletzung der Rechte der Stadt Greifswald

Dadurch dass I einen rechtmäßigen Bürgerschaftsbeschluss aufgehoben hat, hat er die Selbstverwaltungsrechte aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG der Stadt Greifswald verletzt.

<sup>127</sup> Vgl. zum Auswahlermessen *Götz* (Fn. 56), Rn. 252 ff.

<sup>128</sup> Vgl. ähnliche Landesvorschriften wie etwa: § 17 Abs. 2 OBG Bbg; § 9 Abs. 1 S. 3 HmbSOG; § 7 Abs. 1, 2 HSOG; § 7 Abs. 1, 2 NdsSOG; § 18 Abs. 1, 2 OBG NRW; § 219 Abs. 2 LVwG S-H.

<sup>129</sup> Vgl. OVG M-V NordÖR 2010, 494 f.; OVG Hamburg, Urt. v. 11.8.2000 – 2 Bf 226/00, Rn. 8.

<sup>130</sup> OVG M-V NordÖR 2010, 494 f.

<sup>131</sup> Vgl. im Ergebnis auch *Zilkens*, JuS 2001, 785 (788).

## III. Ergebnis

Folglich fehlt es an einem rechtswidrigen Bürgerschaftsbeschluss, so dass dessen Aufhebung durch den I als Maßnahme der Rechtsaufsicht unzulässig war.

## C. Gesamtergebnis

Der Bürgerschaft ist mithin zu antworten, dass eine Klage der Stadt Greifswald Aussicht auf Erfolg hat.

# Übungsfall: Die Glasflasche\*

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Ass. iur. Christoph Wolf, stud. iur. Anna Lena Füllsack, Wiesbaden\*\*

*Diese Aufgabe wurde im Frühlingstrimester 2013 an der EBS – Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden als „Kleine Hausarbeit“ (Bearbeitungsumfang: 15 Seiten; 2. Fachtrimester) gestellt. Der erzielte Notendurchschnitt lag bei 6,5 Punkten, die beste Bewertung bei 14 Punkten.*

## Sachverhalt

Moritz (M) lebte als Fröhrentner im Haushalt seines Vetters Jürgen (J) und dessen Schwester Anna (A). Für J und A war die Ausübung religiöser Rituale wichtiger Lebensbestandteil. M störte diese Rituale permanent; er hielt sie für den Ausdruck einer geistlichen Verirrung, weil er selbst einer anderen Glaubensrichtung folgte. Aufgrund der unterschiedlichen Glaubensauffassungen kam es zwischen den Vettern vielfach zu heftigen verbalen, mehrfach auch körperlichen Auseinandersetzungen. J hätte den M am liebsten aus dem Haus gewiesen, konnte dies aber nicht, weil M Miteigentümer desselben war.

In dieser emotional überaus angespannten Atmosphäre ereignete sich eines Tages Folgendes: M machte dem J wieder einmal religiöse Vorhaltungen („Tue Buße, Vetter!“), woraufhin J den M wütend an den Schultern packte, ihn schüttelte und in Richtung Zimmertür drängte. M stolperte und griff, nach hinten umfallend, dem J unwillkürlich mit beiden Händen an den Hals, ohne allerdings fest zuzudrücken oder dies zu beabsichtigen, sondern ersichtlich nur, um sich festzuhalten.

Genau in diesem Augenblick betrat A mit einer leeren 1-Liter-Glasflasche das Zimmer. Da J ihr auffordernd zunickte und seinen Blick auf die Flasche richtete, gelangte sie zu der Vorstellung, J wolle von dem ihn erwürgenden M befreit werden; dabei hätte sie sehr leicht erkennen können, dass M sich nur, um sein Gleichgewicht wiedererzuerlangen, an J's Hals festhielt. Sie hieb die Flasche dem verhassten M von hinten gegen die Schläfe. Zwar hatte sie erkannt, dass auch ein kräftiger Stoß in die Flanke oder den Rücken des M sicher ausgereicht hätte, um diesen zu Boden zu bringen und dauerhaft auszuschalten. Aus Angst um ihren geliebten Bruder entschied sie sich jedoch für den Schlag gegen die Schläfe.

M stürzte tot zu Boden, was A als möglich vorausgesehen und gebilligt hatte. J hatte, als er seiner Schwester auffordernd zunickte, genau das beabsichtigt, was auch eintrat, dass sie ihn nämlich unzutreffenderweise in Lebensgefahr wähen und in ihrer Angst um ihn den M mit der Flasche tödlich am Kopf treffen werde.

\* Literarischer Bezugspunkt: Anton Pawlowitsch Tschechow (1860-1904), *Der Mord*, 1895.

\*\* Prof. Dr. Georg Steinberg ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der EBS – Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden; Christoph Wolf ist wiss. Mitarbeiter dort; Anna Lena Füllsack studiert Rechtswissenschaft an der EBS.

## Bearbeitervermerk

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A und J nach § 212 Abs. 1 StGB.

## Lösungsvorschlag

*Vorbemerkung:* Zu leisten ist die sorgfältige Prüfung der §§ 32, 34 StGB sowie der Voraussetzungen des Erlaubnistatumsstandsirrums. Im Zentrum – maßgeblich für die gesamte Qualität des Gutachtens – steht sodann die Diskussion um den Putativnotwehrexzess. Als zweiter Problemschwerpunkt ist die mittelbare Täterschaft bei intendiertem Putativnotwehrexzess nach der Figur des „Täters hinter dem Täter“ zu erörtern.

### I. Strafbarkeit der A nach § 212 Abs. 1 StGB

A könnte sich gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie eine Glasflasche gegen die Schläfe des M schlug.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Der tatbestandsmäßige Erfolg ist mit dem Tod des M eingetreten. Die Tathandlung, das Schlagen der Glasflasche gegen die Schläfe des M, müsste auch äquivalent erfolgskausal gewesen sein, dürfte also nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen (Conditio sine qua non-Formel).<sup>1</sup> Hätte A dem M die Glasflasche nicht gegen die Schläfe geschlagen, so wäre dieser nicht gestorben. Die Tathandlung war also erfolgskausal.

Der Erfolg müsste der A auch objektiv zugerechnet werden können. Es müsste sich also eine durch die Tathandlung gesetzte, rechtlich missbilligte Gefahr im konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht haben.<sup>2</sup> Indem A die Glasflasche gegen den Kopf des M schlug, setzte sie die rechtlich missbilligte Gefahr, diesem eine schwere Kopfverletzung zuzufügen, die unter Umständen sogar tödlich sein konnte. Dieses Risiko hat sich im Tod des M als konkretem tatbestandlichen Erfolg verwirklicht. Der Erfolg ist der A demnach objektiv zuzurechnen. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste auch den subjektiven Tatbestand erfüllt, also vorsätzlich, das heißt wissentlich und willentlich hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestands gehandelt haben.<sup>3</sup> A schlug die Glasflasche willentlich gegen die Schläfe des M; sie sah dabei den Tod des M als möglich voraus und nahm ihn billigend in Kauf, handelte also mit dolus eventualis, erfüllte also auch den subjektiven Tatbestand.

<sup>1</sup> Vgl. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 9.

<sup>2</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 46.

<sup>3</sup> Vgl. Rengier (Fn. 2), § 14 Rn. 5.

### 3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob A rechtswidrig handelte. Möglicherweise war ihr Verhalten gerechtfertigt.

#### a) Nothilfe, § 32 StGB

Als Rechtfertigungsgrund kommt § 32 StGB in Betracht. Hierzu müsste sich A aus objektiver ex post-Sicht in einer Nothilfelage befunden haben. Es müsste also ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff bestanden haben, also eine unmittelbare Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen durch menschliches Verhalten.<sup>4</sup>

Das Leben des J griff M nicht an. In Betracht kommt jedoch eine Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit mit Blick darauf, dass M den Hals des J umfasste. Allerdings tat er dies unwillkürlich, um nicht das Gleichgewicht zu verlieren, drückte dabei auch nicht fest zu und beabsichtigte dies auch nicht. Ein Angriff auf die körperliche Unversehrtheit entfällt daher.<sup>5</sup> Die Willensbetätigungsfreiheit wird durch ein leichtes Anfassen am Hals ebenso wenig verletzt. Es fehlt daher aus objektiver Sicht bereits an einem Angriff auf ein notwehrfähiges Gut im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB, so dass eine Rechtfertigung nach § 32 StGB entfällt.

#### b) Rechtfertigende Notstandshilfe, § 34 StGB

A könnte gemäß § 34 StGB wegen Notstandshilfe gerechtfertigt gewesen sein. Hierfür müsste zunächst eine Notstandslage bestanden haben, also eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Gut, wobei eine Gefahr vorliegt, wenn der Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich zu befürchten war,<sup>6</sup> und die Gefahr gegenwärtig ist, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge mit einem baldigen Schaden gerechnet werden muss.<sup>7</sup> Aus ex post-Sicht bestand eine solche Situation, da der Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens durch den Griff des M an den Hals des J nicht ernstlich zu befürchten waren, nicht. Jedoch ist das Vorliegen einer Gefahr aufgrund ihres Prognosecharakters nicht ex post, sondern ex ante zu bestimmen. Da eine rein subjektive Perspektive indes zu einer nicht mehr sachgerechten Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 34 StGB führen würde, ist ein objektives ex ante-Urteil zu fällen.<sup>8</sup> Umstritten ist der konkrete Maßstab.

Man kann darauf abstellen, ob ein verständiger Beobachter aus dem Verkehrskreis des Handelnden von einer Gefahr

ausgegangen wäre.<sup>9</sup> Die vorausgegangenen Auseinandersetzungen sowie das auffordernde Zunicken des J konnten aus Sicht eines solchen Beobachters zwar für eine Gefahr sprechen. Allerdings befand sich M, als er dem J an den Hals griff, in Rücklage, und hielt sich – ersichtlich, ja sogar „sehr leicht“ erkennbar – nur fest, um nicht nach hinten umzufallen, und drückte auch nicht fest zu. Ein verständiger Beobachter aus dem Verkehrskreis des Handelnden wäre demnach zu dem Schluss gekommen, dass M nicht im Begriff war den J zu verletzen. Nach diesem Maßstab entfällt also eine Gefahr im Sinne des § 34 StGB.

*Hinweis:* Die Formulierungen „ersichtlich“ und „sehr leicht erkennen können“ im Sachverhalt schließen aus, diesen dahingehend zu interpretieren, eine verständige Maßstabsperson hätte eine Gefahr angenommen.

Stärker objektivierend kann man auch auf einen sachkundigen Beobachter abstellen, der über ein einschlägiges umfassenderes Wissen verfügt als eine Person aus dem Verkehrskreis des Täters.<sup>10</sup> Nach diesem Maßstab entfällt für den vorliegenden Fall eine Gefahr ebenfalls. Dasselbe gilt, wenn man – noch stärker objektivierend – fordert, dass auf der Basis allen ex ante verfügbaren Wissens (also nur unter Ausblendung der weiteren Entwicklung) eine Gefahr anzunehmen war.<sup>11</sup> Mangels Gefahrenlage entfällt also eine Rechtfertigung nach § 34 StGB. A handelte – auch mangels sonst ersichtlicher Rechtfertigungsgründe – rechtswidrig.

### 4. Erlaubnistatumsstandsirrtrum

*Hinweis:* Wo im Prüfungsaufbau der Erlaubnistatumsstandsirrtrum zu erörtern ist, ist strittig. Vertreten wird auch, dies bereits im subjektiven Tatbestand<sup>12</sup> oder im Rahmen (und nicht, wie hier, *nach*) der Rechtswidrigkeit<sup>13</sup> oder erst im Rahmen der Schuld<sup>14</sup> zu tun.

Fraglich ist, wie sich die irrige Annahme der A auswirkt, dass M im Begriff war den J zu töten. Sie könnte aufgrund dessen straflos geblieben sein, wenn es sich um einen Erlaubnistatumsstandsirrtrum handelte. Ein solcher erfordert, dass der Täter sich irrig tatsächliche Umstände vorstellt, bei deren Vorlie-

<sup>4</sup> Rengier (Fn. 2), § 18 Rn. 6.

<sup>5</sup> Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei Bagatelangriffen allgemein Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 49.

<sup>6</sup> Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 34 Rn. 12.

<sup>7</sup> Rengier (Fn. 2), § 19 Rn. 9.

<sup>8</sup> Kühl (Fn. 1), § 8 Rn. 45; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 15; Kretschmer, Jura 2005, 662 (664).

<sup>9</sup> Schaffstein, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 89 (106); Dornseifer, JuS 1982, 761 (763 f.).

<sup>10</sup> Roxin (Fn. 8), § 16 Rn. 18; Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl. 2012, § 34 Rn. 29; Kühl (Fn. 1), § 8 Rn. 52; Kretschmer, Jura 2005, 662 (664 f.).

<sup>11</sup> Dazu Lenckner/Perron (Fn. 6), § 34 Rn. 13 f.

<sup>12</sup> Rengier ([Fn. 2], § 30 Rn. 9) hält dies zumindest für erwägenswert.

<sup>13</sup> Herzberg/Scheinfeld, JuS 2002, 649 (652); Noltensmeier/Henn, JA 2007, 772 (775).

<sup>14</sup> Stiebig, Jura 2009, 274 (276).

gen sein Handeln gerechtfertigt wäre.<sup>15</sup> In Betracht kommt hier eine vermeintliche Rechtfertigung nach § 32 StGB.

A müsste sich hierfür zunächst einen Angriff vorgestellt haben. A nahm an, dass M gerade den J zu erwürgen versuchte, sie sah also das Leben ihres Bruders durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des M bedroht an, stellte sich also eine Nothilfeflage vor.

Des Weiteren müsste die Handlung der A unter Zugrundelegung der von ihr irrig angenommenen Umstände eine zulässige Nothilfehandlung, also eine erforderliche und gebotene Verteidigungshandlung gewesen sein. Eine Verteidigungshandlung ist eine gegen den Angreifer gerichtete, zur Angriffsabwehr geeignete Handlung. Der Schlag mit der Flasche war gegen den M als vermeintlichen Angreifer gerichtet und angesichts des Zusammenbrechens des M auch geeignet, die (vermeintliche) Nothilfeflage zu beenden.

Fraglich ist jedoch, ob die Nothilfehandlung der A, ihre Vorstellung der Sachumstände zugrunde gelegt, auch erforderlich war. Dazu müsste sie aus ihrer Sicht das mildeste Mittel gewesen sein, den vermeintlichen Angriff sofort und ohne Risiko endgültig abzuwehren.<sup>16</sup> A hatte erkannt, dass auch ein heftiger Stoß in den Rücken oder in die Flanke des M ausgereicht hätte, um diesen zu Boden zu bringen und endgültig auszuschalten, also den vermeintlichen Angriff risikolos, sogleich und ohne die Gefahr einer weiteren Attacke abzuwehren. A handelte also in der Erkenntnis, dass ihr auch nicht lebensgefährliche, also mildere Mittel zur Verfügung standen, um den vermeintlichen Angriff des M abzuwehren. Demzufolge wäre sie auch bei Vorliegen der von ihr angenommenen Umstände nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt gewesen.

Somit unterlag A keinem Erlaubnistatumstandsirrtrum in Bezug auf § 32 StGB. Ein auf § 34 StGB bezogener Erlaubnistatumstandsirrtrum scheidet jedenfalls mangels Erforderlichkeit der vermeintlichen Gefahrabwendungshandlung.

*Hinweis:* Da nach dem Sachverhalt kein Erlaubnistatumstandsirrtrum bestand, wäre es grob falsch, dessen Rechtsfolgen zu diskutieren.

### 5. Schuld

A müsste schuldhaft gehandelt haben.

*Hinweis:* Zu prüfen sind zunächst §§ 33, 35 Abs. 1, 35 Abs. 2 und 17 StGB in direkter Anwendung. Erst wenn feststeht, dass hiernach die Schuld der A nicht entfällt, stellt sich die Frage, ob – zwecks Schließung einer eventuellen planwidrigen Regelungslücke – § 33 StGB oder § 35 Abs. 2 StGB analog anzuwenden sind.

#### a) Notwehrexzess, § 33 StGB

A könnte gemäß § 33 StGB entschuldigt gewesen sein. Sie müsste hierfür die Grenzen der Notwehr überschritten haben.

Allerdings bestand zu keiner Zeit objektiv eine Nothilfeflage, sodass die (direkte) Anwendung des § 33 StGB scheidet.

#### b) Entschuldigender Notstand, § 35 Abs. 1 StGB

Hier fehlt es, da kein notstandsfähiges Gut in Gefahr war, an der Notstandslage.

#### c) Irrtum über entschuldigende Umstände, § 35 Abs. 2 S. 1 StGB

A könnte gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 StGB entschuldigt gewesen sein. Hierzu müsste sie bei Begehung der Tat irrig Umstände angenommen haben, die sie nach § 35 Abs. 1 StGB entschuldigt hätten. Wie festgestellt, stellte sich A jedoch keinen Sachverhalt vor, nach dem ihr Verhalten erforderlich (vgl. § 35 Abs. 1 StGB: „nicht anders abwendbar“) war, so dass sie auch nach § 35 Abs. 2 S. 1 StGB nicht entschuldigt ist.

#### d) Unvermeidbarer Erlaubnisirrtrum, § 17 S. 1 StGB

Es kommt der Entfall des Unrechtsbewusstseins nach § 17 S. 1 StGB in Betracht, wenn nämlich A einem unvermeidbaren Verbotsirrtrum, hier speziell einem Erlaubnisirrtrum unterlag. Dazu allerdings müsste sie die rechtlichen Schranken der Notwehr verkannt haben.<sup>17</sup> Zwar verkannte sie die Sachlage; sie erkannte aber, dass sie, ihre Vorstellung von der Sachlage zugrunde gelegt, ein milderer Mittel hätte wählen können und ging – trotz ihrer Angst um den Bruder – nicht davon aus, zu dem von ihr gewählten härteren Mittel greifen zu dürfen. Auch einem Erlaubnisirrtrum mit Blick auf § 34 StGB unterlag sie nicht, so dass ihre Schuld nicht nach § 17 S. 1 StGB entfällt.

#### e) Putativnothilfeexzess

Die Schuld könnte aber nach der Figur des Putativnothilfeexzesses<sup>18</sup> entfallen sein; das setzt voraus, dass A irrtümlich Umstände annahm, die eine Nothilfeflage darstellten, und die Grenzen der (vermeintlichen) Nothilfe aus einem asthenischen Affekts heraus überschritt (vgl. § 33 StGB).<sup>19</sup> Wie festgestellt, nahm A irrtümlich an, dass M das Leben des J als notwehrfähiges Gut angriff. Dabei überschritt sie aus Angst um J, also aus einem asthenischen Affekt heraus, bei ihrer Verteidigungshandlung die Erforderlichkeitsgrenze. Mithin realisierte sie einen Putativnotwehrexzess. Fraglich sind dessen Rechtsfolgen.

*Hinweis:* Unter den Begriff „Putativnotwehrexzess“ wird teilweise auch der Doppelirrtrum (Zusammentreffen eines Erlaubnisirrtrums mit einem Erlaubnistatumstandsirrtrum) gefasst. Einem solchen Doppelirrtrum unterlag A aber nicht, und der Begriff wird hier auch nicht so verstanden.

---

<sup>15</sup> Rengier (Fn. 2), § 30 Rn. 1.

<sup>16</sup> Rengier (Fn. 2), § 18 Rn. 36.

---

<sup>17</sup> Vgl. Krey/Esser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, § 22 Rn. 769.

<sup>18</sup> Im Folgenden, der üblichen Terminologie folgend „Putativnotwehrexzess“.

<sup>19</sup> Vgl. Kühl (Fn. 1), § 12 Rn. 155.

*aa) Analoganwendung des § 33 StGB*

Ein Entfallen der Schuld zugunsten der A würde sich aus einer generell für alle Fälle des Putativnotwehrexzesses vorzunehmenden Analoganwendung des § 33 StGB ergeben. Für diese Sicht spricht, dass auch durch den nur vorgestellten Angriff beim Täter ein asthenischer Affekt ausgelöst wird, so dass er sich hier in der gleichen psychologischen Situation befindet wie der beim tatsächlichen Angriff exzedierende Täter.<sup>20</sup> Dieser Auffassung ist aber nicht zu folgen, denn die Straflosigkeit nach § 33 StGB beruht nicht nur auf der psychischen Sondersituation des Täters, sondern auch auf der objektiven Unrechtsminderung, die darauf beruht, dass mit dem – tatsächlichen – Angreifer eine Person geschädigt wird, die sich zuerst ins Unrecht gesetzt hat.<sup>21</sup> Beim Putativnotwehrexzess richtet sich demgegenüber die Verteidigungshandlung des Täters potentiell gegen einen Unbeteiligten. Auch wäre es widersprüchlich, dass ein Täter, wenn er einem vermeidbaren Erlaubnistatumsirrtum bezogen auf § 32 StGB unterliegt und die Grenze des (nach seiner Sachverhaltsvorstellung) Erforderlichen *nicht* überschreitet, strafbar sein kann (je nach Einordnung des Erlaubnistatumsirrtums gemäß § 17 S. 2 StGB oder gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog wegen fahrlässiger Begehung), hingegen nach § 33 StGB analog entschuldigt wird, wenn er in dieser Situation überreagiert.<sup>22</sup>

Erwägenswert ist deshalb, die Analoganwendung des § 33 StGB nur zuzulassen, wenn der Irrtum des Täters über die sachlichen Voraussetzungen der Notwehrlage unvermeidbar war; denn auch der einem unvermeidbaren Erlaubnistatumsirrtum unterliegende Täter bleibt (nach allen zu diesem Irrtumstyp vertretenen Meinungen) straflos. Auch kann man das Handlungsunrecht des unvermeidbar in Putativnotwehr befindlichen Exzedierenden aufgrund des Irrtums als ebenso herabgesetzt ansehen wie bei tatsächlich gegebenem Angriff.<sup>23</sup> Jedoch war der Irrtum für die A, die sehr leicht hätte erkennen können, dass M den J nicht angriff, vermeidbar, so dass nach dieser Ansicht ihre Entschuldigung nach § 33 StGB analog ohnehin ausscheidet.

Man kann auch (zusätzlich zur geforderten Irrtumsunvermeidbarkeit<sup>24</sup> oder als einzige Voraussetzung<sup>25</sup>) die Analoganwendung des § 33 StGB nur zulassen für Fälle, in denen das Opfer eine (Mit-)Verantwortung für den Irrtum des Putativnotwehrexzesstäters trägt. Hier wiederum kann man

verlangen, dass das Opfer absichtlich den Irrtum beim Täter herbeiführt, also einen Angriff simuliert,<sup>26</sup> oder zumindest fahrlässig den Irrtum verschuldet.<sup>27</sup> Auch hiernach bleibt § 33 StGB aber unanwendbar im konkreten Fall, da M den Irrtum der A weder absichtlich noch fahrlässig verursachte.

*bb) Analoganwendung des § 35 Abs. 2 StGB*

Zu erwägen ist eine Analoganwendung des § 35 Abs. 2 StGB mit der Folge eines Entfallens der Schuld bei Unvermeidbarkeit des Irrtums. Dafür spricht, dass § 35 Abs. 2 StGB die Rechtsfolgen eines Sachverhaltsirrtums auf der Ebene eines Entschuldigungsgrundes – wie er beim Putativnotwehrexzess gegeben ist – regelt und daher dieser letzteren Konstellation sachlich näher steht als § 33 StGB, der gerade keine Irrtumsregelung enthält.<sup>28</sup> Zudem ist die Analoganwendung des § 35 Abs. 2 StGB bezogen auf andere Entschuldigungsgründe, z.B. den übergesetzlichen Notstand, anerkannt.<sup>29</sup> Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit § 33 StGB kann man eine fahrlässige Verursachung des Irrtums seitens des Opfers fordern.<sup>30</sup> Weder aber war für A der Irrtum unvermeidbar, noch trug M für ihren Irrtum Verantwortung, so dass auch nach diesen Sichtweisen A nicht entschuldigt ist. Im Ergebnis bewirkt der Putativnotwehrexzess in der vorliegenden Konstellation also kein Entfallen der Schuld zugunsten der A.

*Hinweis:* Solch ausführliche Darlegungen zum Putativnotwehrexzess wurden nur von hervorragenden Bearbeitungen erwartet. Allgemein konnte aber erwartet werden, dass sich das Gutachten mit den in Betracht kommenden Vorschriften (§§ 33, 35, 17) ausführlich auseinandersetzt und insbesondere die Analoganwendung des § 33 StGB näher diskutierte.

*f) Zwischenergebnis*

Mangels der geprüften und sonstiger Gegengründe handelte A schuldhaft.

*6. Ergebnis*

A hat sich gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**II. Strafbarkeit des J nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB**

J könnte sich gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er der A auffordernd zunichte und seinen Blick auf die Flasche richtete.

<sup>20</sup> So noch *Schröder*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 1974, § 53 Rn. 36.

<sup>21</sup> *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 33 Rn. 16; *Perron* (Fn. 5), § 33 Rn. 8.

<sup>22</sup> *Kühl* (Fn. 1), § 12 Rn. 157; *Rudolphi*, JuS 1969, 461 (464); *Roxin*, in Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 105 (119).

<sup>23</sup> *Perron* (Fn. 5), § 33 Rn. 8; vgl. auch *Rudolphi*, JuS 1969, 461 (463 f.); *Walther*, JZ 2003, 52 (56).

<sup>24</sup> *Roxin* (Fn. 8), § 22 Rn. 96; *Zieschang* (Fn. 10), § 33 Rn. 29.

<sup>25</sup> *Otto*, Jura 1987, 604 (607).

<sup>26</sup> *Roxin* (Fn. 22), S. 120.

<sup>27</sup> *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 18.

<sup>28</sup> *Bachmann*, JA 2009, 510 (512); *Sauren*, Jura 1988, 567 (572).

<sup>29</sup> *Kühl* (Fn. 1), § 13 Rn. 84.

<sup>30</sup> *Hardtung*, ZStW 108 (1996), 26 (60).

### 1. Objektiver Tatbestand

Den Taterfolg (Tod des M) führte die A als potentielle Tatmittlerin durch ihre Handlung (Schlag mit der Glasflasche) kausal herbei. Fraglich ist, ob dem J die Tathandlung der A gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet werden kann. Ein kausaler Tatbeitrag, als erste Zurechnungsvoraussetzung, liegt im auffordernden Nicken des J und seinem Blick auf die Glasflasche.

Des Weiteren müsste grundsätzlich ein Strafbarkeitsmangel beim Werkzeug, also in der Person der A, vorgelegen haben. Diese handelte jedoch schuldhaft und ist strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB. Fraglich ist somit, ob mittelbare Täterschaft ausscheidet und nur noch Anstiftung oder Beihilfe in Betracht kommen; in eng umgrenzten Ausnahmefällen wird trotz fehlenden Strafbarkeitsmangels eine mittelbare Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB für möglich gehalten. Fraglich ist, ob diese Figur des „Täters hinter dem Täter“ bezogen auf die hiesige Irrtumskonstellation sachgerecht ist.

Vorgetragen wird, dass der im vermeidbaren Irrtum, also tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft Handelnde frei in seinem Handeln und somit für sein Tun selbst verantwortlich ist, also nicht, wie ein schuldlos Handelnder, Werkzeug eines Hintermannes sein könne.<sup>31</sup> Nach dieser Ansicht entfällt also eine mittelbare Täterschaft des J.

Für die Annahme einer solchen in der hiesigen Konstellation spricht aber, dass auch bei dem im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Vordermann der Hintermann diesen kraft Täuschung oder überlegenen Wissens zu seinen Zwecken steuern, also Tatherrschaft innehaben kann. Der BGH plädiert hier für eine individualisierende Wertung des Einzelfalles, wobei die Art und Tragweite des Irrtums beziehungsweise die Intensität der Einwirkung des Hintermannes entscheidend sind.<sup>32</sup> Zwar leistet der Maßstab der erstgenannten Ansicht ein höheres Maß an Rechtssicherheit,<sup>33</sup> aber die Linie des BGH gelangt im Einzelfall zu angemesseneren Ergebnissen und ist daher vorzugswürdig. Demnach ist entscheidend, dass A aufgrund ihres (wenn auch ihre eigene Strafbarkeit nicht mindernden) Irrtums über die tatsächlichen Umstände den sozialen Sinngehalt des Geschehens nicht erfasste und dass J diesen Irrtum auslöste und zur Manipulierung der A ausnutzte, so dass A, obwohl sie schuldhaft handelte, als sein Werkzeug anzusehen ist. J handelte also als „Täter hinter dem Täter“ und erfüllte den objektiven Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

*Hinweis:* Wer – gut vertretbar – das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB verneint, gelangt ohne weitere Probleme zur Strafbarkeit wegen Anstiftung.

### 2. Subjektiver Tatbestand

J müsste auch den subjektiven Tatbestand realisiert, also Vorsatz hinsichtlich der Tötung sowie der Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB gehabt haben. Er wollte, dass die A den M tödlich traf, wollte durch seine Tathandlung dies auslösen und zugleich die A in ihrer Situationseinschätzung manipulieren. Er erfüllte also den subjektiven Tatbestand.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 4. Ergebnis

J hat sich gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

## III. Gesamtergebnis

A ist strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB, J ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

---

<sup>31</sup> Krey/Esser (Fn. 17), § 27 Rn. 927; Herzberg, JuS 1974, 374.

<sup>32</sup> Vgl. den sogenannten Katzenkönig-Fall, BGHSt 35, 347; zustimmend Kühl (Fn. 1), § 20 Rn. 78.

<sup>33</sup> Krey/Esser (Fn. 17), § 27 Rn. 930.

# Fortgeschrittenenklausur: Strohfeuer

Von Staatsanwalt Dr. Florian Schumann, Konstanz\*

Die auf drei Stunden angelegte Klausur hat ihren Schwerpunkt im Bereich der Brandstiftungsdelikte und damit zusammenhängender Fragen des Allgemeinen Teils des StGB, behandelt aber auch klausurrelevante Probleme aus dem Gebiet der Eigentumsdelikte und der Straftaten gegen die Rechtspflege.

Die Klausur wurde im Wintersemester 2014/2015 im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht gestellt. 46 der insgesamt 139 Bearbeitungen erreichten die Note Ausreichend, 30 die Note Befriedigend, 17 die Note Vollbefriedigend, 4 die Note Gut. Die Note Sehr Gut wurde einmal vergeben. Die Durchfallquote lag bei 29,5 %, die Durchschnittsnote betrug 5,73 Punkten.

## Sachverhalt

A ist Alleineigentümer eines älteren, zweigeschossigen Einfamilienhauses in Hemmenhofen. Dieses bewohnt er mit seiner Ehefrau F. Im Erdgeschoss befinden sich die Küche, das Bad, sowie ein Wohn- und ein Schlafzimmer. In dem darüber liegenden, teilausgebauten Dachgeschoss befinden sich noch ein Schlafzimmer, ein Arbeitszimmer und ein Speicher. Da A kein Geld für eine dringend notwendige Modernisierung des Hauses hat, beschließt er an einem Freitagabend, es „abzufackeln“ und den Schaden seiner Brandversicherung zu melden. Mit der erwarteten Versicherungssumme will er ein neues Haus errichten. A weicht seiner Frau nicht in sein Vorhaben ein, da diese ihm eine solche Tat niemals verzeihen würde. Er überredet sie vielmehr, am nächsten Tag gleich morgens nach Konstanz zum Einkaufen zu fahren. Er verspricht ihr, sie dort zum Mittagessen zu treffen. Bis dahin wolle er im Garten arbeiten. Kurz nachdem F am nächsten Morgen aufgebrochen ist, schleicht A sich auf die neben seinem Grundstück gelegene Weide des Bauern N, die von einem ca. einen Meter hohen, aus zwei gespannten Drähten bestehenden Viehzaun umschlossen ist. N lagert dort mehrere Strohballen. A ergreift einen der Strohballen und trägt ihn in den Eingangsflur seines Hauses. Dort legt er ihn auf den Fliesenboden, übergießt ihn mit Benzin und zündet ihn an. Der Strohballen brennt sofort unter starker Rauchentwicklung. A, der annimmt, dass das Feuer nun schnell auf das gesamte Haus übergreifen werde, eilt zum Bahnhof, um seiner Frau nachzureisen. Die Eingangstür lässt er offen, damit das Feuer mehr Sauerstoff bekommt.

Kurz nachdem sich A davon gemacht hat, fährt N mit seinem Traktor an dem Haus vorbei. Er ist auf dem Weg von seinem Hof zu der Weide, um die Strohballen abzuholen. Aus der Tür des Hauses des A sieht er dicken Rauch quellen. Sofort schnappt er sich den Handfeuerlöscher seines Traktors, stürmt ins Haus und bekämpft den Brand. Er befürchtet, dass sich A und F noch im Haus aufhalten und in Lebensgefahr schweben. Es gelingt N, den Strohballen zu löschen,

bevor sich das Feuer auf Einrichtungsgegenstände oder Teile des Hauses ausbreiten kann.

Wegen des feuerbedingten Rußniederschlags müssen alle Erdgeschossräume saniert werden. Während der sechs Wochen dauernden Renovierungsarbeiten können diese nicht genutzt werden. Ein Brandermittler meint, dass es nur dem raschen Eingreifen des N zu verdanken sei, dass das Haus kein Feuer fing. Das Leben des N war zwar zu keinem Zeitpunkt in Gefahr, er erlitt aber erhebliche Verbrennungen an beiden Händen. Während der viermonatigen Heilungszeit kann er keine körperlichen Arbeiten verrichten und muss einen Knecht auf seinem Hof einstellen. Eine Verletzung oder auch nur eine Gefährdung von N oder anderen Menschen hatte A nicht gewollt.

Aus Angst vor Entdeckung meldet A den Schaden seiner Versicherung nicht. Um den Verdacht von sich abzulenken, sendet er einige Tage später einen anonymen Brief an den Polizeiposten Gaienhofen. Darin schreibt er, dass „drei jugendliche Rowdys mit schwarzen Bomberjacken“ einen Strohballen in das Haus getragen und dort angezündet hätten. A weiß nicht, dass bereits mehrere Nachbarn der Polizei meldeten, beobachtet zu haben, wie A zur Tatzeit einen Strohballen in sein Haus trug und dieses kurz darauf eilig verließ, als bereits dicker Rauch aus der Haustüre quoll. Die Polizei erkennt daher die Finte des A und nimmt keine Ermittlungen gegen unbekannte jugendliche Straftäter auf.

## Bearbeitervermerk

Strafbarkeit des A nach dem StGB? Die §§ 303, 304, 305 StGB sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

## Lösung

### Handlungsabschnitt 1: Das Entwenden des Strohballens

#### I. § 242 Abs. 1 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

Indem A den Strohballen von der Weide entwendete, könnte er sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

Der entwendete Strohballen stellt eine fremde bewegliche Sache dar.

A müsste den Strohballen weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>1</sup> Zu klären ist zunächst, ob N Gewahrsam an dem Strohballen hatte. Gewahrsam meint die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache.<sup>2</sup> Für die Frage, ob Gewahrsam besteht, ist die Verkehrs-

\* Der Verf. ist derzeit als abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz tätig.

<sup>1</sup> RGSt 48, 58 (59 f.); BGH NSStZ 1988, 270 (271).

<sup>2</sup> RGSt 50, 183 f.; Samson, JA 1980, 285 (287); Rönnau, JuS 2009, 1088.

anschauung mit ihren Wertungen entscheidend.<sup>3</sup> Einigkeit besteht darüber, dass Gewahrsam auch im Falle einer nur vorübergehenden räumlichen Trennung fortbesteht, wenn hierdurch die Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht behindert wird,<sup>4</sup> so dass N auch an den von seinem Hof entfernt auf einer Weide gelagerten Strohballen Gewahrsam hatte. Diesen müsste A gebrochen und zugleich neuen eigenen Gewahrsam begründet haben. Fremder Gewahrsam wird gebrochen und neuer Gewahrsam begründet, wenn der Täter ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser wiederum nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die neue Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen.<sup>5</sup> Indem A den Strohballen von der Weide in sein Haus trug, entzog er ihm dem Zugriff des N ohne dessen Willen und überführte ihn in seinen eigenen Herrschaftsbereich. Er brach damit fremden Gewahrsam und begründete neuen eigenen. Eine Wegnahme liegt damit vor.

#### b) Subjektiver Tatbestand

A handelte sowohl vorsätzlich als auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung. Er entwendete den Strohballen, um diesen als Zündstoff zu verbrauchen. Er beabsichtigte also, diesen seinem Vermögen einzuverleiben und damit anzueignen. Hierbei billigte er es, dass N der Strohballen für immer entzogen und dieser damit enteignet wurde.<sup>6</sup>

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen ebenfalls vor.

#### 3. Strafzumessung

Zu überlegen ist, ob A ein Regelbeispiel nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB verwirklichte. Dies wäre dann der Fall, wenn es sich bei der umzäunten Weide, von der er den Strohballen entwendete, um einen umschlossenen Raum handelte. Hierunter versteht man jedes künstliche Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit mindestens teilweise künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr eines Eindringens unbefugter Personen versehen ist.<sup>7</sup> Auch umzäunte Weiden werden hierzu gezählt.<sup>8</sup> Berücksichtigt man aber, dass das in dem erhöhten Strafmaß des § 243

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 1961, 2226; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2016, § 2 Rn. 23; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 12 ff.

<sup>4</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 9; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 27; Rengier (Fn. 3), § 2 Rn. 27.

<sup>5</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 242 Rn. 15; BGH NStZ 2011, 158 (159); BGH NStZ 2008, 624 (625); OLG Dresden NStZ 2015, 211 m. Anm. Hecker, JuS 2015, 847.

<sup>6</sup> Zur Zueignungsabsicht vgl. nur Rengier (Fn. 3), § 2 Rn. 86 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> BGH NJW 1954, 1897 (1898).

<sup>8</sup> OLG Köln MDR 1969, 237.

Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB zum Ausdruck kommende Unrecht gerade in der Beseitigung eines der Wegnahme entgegenstehenden Hindernisses besteht, kann dies nur dann gelten, wenn ein Weidezaun nicht nur ein Entlaufen von Vieh, sondern auch ein Betreten von Unbefugten verhindern soll.<sup>9</sup> Unter Berücksichtigung der Angaben im Sachverhalt kann dem Zaun ein solcher Zweck nicht beigemessen werden. § 243 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB greift damit nicht. Da der Strohballen keinesfalls mehr als 25,00 € Wert ist, steht der Annahme eines besonders schweren Falls darüber hinaus auch § 243 Abs. 2 StGB entgegen.<sup>10</sup>

#### 4. Ergebnis

A hat sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Wegen des geringen Werts des Strohballens bedarf es gem. § 248a StGB eines Strafantrags.<sup>11</sup> Dieser wurde laut Bearbeitervermerk gestellt.

#### II. § 123 Abs. 1 StGB

Indem A die Weide des N betrat, könnte er sich auch eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste es sich bei der Weide des N um ein befriedetes Besitztum handeln. Befriedetes Besitztum ist ein Grundstück, das durch den Berechtigten in äußerlich erkennbarer Weise durch zusammenhängende, nicht notwendig lückenlose Schutzwehren gegen das beliebige Betreten Dritter gesichert ist.<sup>12</sup> Da nicht anzunehmen ist, dass die Umzäunung der Weide neben dem Ausbrechen von Vieh auch das Betreten Dritter verhindern soll, hat sich A nicht nach § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.<sup>13</sup>

#### Handlungsabschnitt 2: Das Entzünden des Strohballens

##### I. § 306 Abs. 1 StGB in Bezug auf den Strohballen

Indem A den Strohballen anzündete, könnte er sich einer Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 strafbar gemacht haben.

Bei dem Haus des A handelt es sich um einen dem Aufenthalt von Menschen dienenden Raum und damit um ein Gebäude im Sinne des § 306 Abs. 1 StGB.<sup>14</sup> Gleichwohl kommt es als taugliches Tatobjekt einer Brandstiftung durch A nicht in Frage, da es in seinem Eigentum steht und für ihn somit nicht fremd ist.

Demgegenüber ist der Strohballen für A fremd. Dieser könnte Tatobjekt sein, wenn er als landwirtschaftliches Erzeugnis im Sinne des § 306 Abs. 1 Nr. 6 StGB anzusehen

<sup>9</sup> BGH NStZ 1983, 168; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 243 Rn.13.

<sup>10</sup> Schmitz (Fn. 9), § 243 Rn. 67.

<sup>11</sup> Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 248a Rn. 3a.

<sup>12</sup> Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 123 Rn. 3 m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl. Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 123 Rn. 14 m.w.N.

<sup>14</sup> Vgl. BGH 1, 158 (163).

wäre. Darunter versteht man solche aus der Landwirtschaft stammende Rohprodukte, die noch nicht weiterverarbeitet wurden.<sup>15</sup> Dieses Kriterium erfüllt ein Strohballen grundsätzlich. Mit Blick auf das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Gebot des schuldangemessenen Strafens ist es jedoch geboten, den Verbrechenstatbestand des § 306 Abs. 1 StGB mit seiner hohen Strafordrohung restriktiv auszulegen.

Die h.M. bezieht daher nur solche Objekte in den Schutzbereich des § 306 Abs. 1 StGB ein, die eine größere Menge verkörpern oder einen nicht unerheblichen Wert – vielfach werden hier 1.000 € genannt – haben.<sup>16</sup> Ein geringwertiger Strohballen fiel danach nicht unter § 306 Abs. 1 Nr. 6 StGB.

Die Gegenansicht betont, dass es sich bei der Brandstiftung nicht allein um ein spezielles Sachbeschädigungs-, sondern auch um ein gemeingefährliches Delikt handelt, und wendet daher § 306 Abs. 1 StGB nur an, wenn die Tat generell geeignet ist, über das Eigentum am Tatobjekt hinaus auch sonstige fremde Rechtsgüter zu verletzen.<sup>17</sup> Danach wäre der Strohballen taugliches Tatobjekt, da dem Entzünden eines Strohballens im Innern eines Wohnhauses ein hohes generelles Gefahrenpotential innewohnt.

Dieser Lösungsweg erscheint mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG problematisch, da er zur Bestimmung der Tatobjekte des § 306 Abs. 1 StGB nicht auf abstrakte Kriterien, sondern auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls abstellt. Überdies würde die einfache Brandstiftung bei einer solchen Auslegung zu sehr dem konkreten Gefährdungsdelikt des § 306a Abs. 2 StGB angenähert.<sup>18</sup> Eine quantitative Eingrenzung des § 306 Abs. 1 StGB erscheint daher als der bessere Ansatz. Der Strohballen ist demzufolge kein taugliches Tatobjekt im Sinne des § 306 Abs. 1 StGB.

## II. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Indem A den Strohballen anzündete, könnte er sich aber einer schweren Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

#### a) Objektiver Tatbestand

Das Haus des A dient als räumlicher Lebensmittelpunkt von A und F und ist somit ein Gebäude im Sinne des § 306 Abs. 1

Nr. 1 StGB, das der Wohnung von Menschen dient.<sup>19</sup> Unerheblich ist hierbei, dass A Alleineigentümer ist. Bei § 306a Abs. 1 StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das die Allgemeinheit vor unberechenbaren Brandgefahren schützen soll. Die Eigentumsverhältnisse des Tatobjekts sind nicht von Belang.<sup>20</sup> Das Haus hat seine Wohnungseigenschaft auch nicht nachträglich durch Entwidmung verloren. Eine solche Aufhebung der Wohnungseigenschaft setzt voraus, dass alle Bewohner zumindest stillschweigend einen entsprechenden Willen zum Ausdruck bringen.<sup>21</sup> Durch das Entzünden des Strohballens hat A konkludent seinen Willen zur Entwidmung ausgedrückt. Diese Willensäußerung wirkt aber nicht für seine Ehefrau F, die seinen Tatplan nicht kennt.<sup>22</sup>

Durch das Entzünden des Strohballens müsste A eine der beiden Tathandlungsmodalitäten des § 306a Abs. 1 StGB verwirklicht haben. Inbrandgesetzt ist ein Tatobjekt, wenn wenigstens ein wesentlicher Teil von ihm derart vom Brand erfasst ist, dass es unabhängig vom Brandmittel selbstständig weiterbrennen kann.<sup>23</sup> Daran fehlt es hier. Das Feuer hatte noch nicht von dem Strohballen auf Teile des Hauses übergegriffen.<sup>24</sup>

A könnte sein Haus aber „durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört“ haben.<sup>25</sup> Unter Brandlegung ist jede Handlung zu verstehen, die auf das Verursachen eines Brandes zielt,<sup>26</sup> und somit auch das Entzünden des Strohballens durch A. Durch diese Brandlegung müsste das Haus ganz oder teilweise zerstört worden sein. Der Begriff der Zerstörung ist an die gleichlautenden Formulierungen in § 305 StGB angelehnt. Danach wird ein Tatobjekt durch Brandlegung ganz zerstört, wenn es völlig vernichtet wird oder seine bestimmungsgemäße Brauchbarkeit ganz verliert. Ein teilweises Zerstören könnte mit Blick auf § 305 StGB demgegenüber dann angenommen werden, wenn wesentliche Teile eines

<sup>19</sup> Vgl. Rengier (Fn. 16), § 40 Rn. 19.

<sup>20</sup> Heine/Bosch (Fn. 15), § 306a Rn. 2.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2008, 99 (100); BGHSt 16, 394 (395).

<sup>22</sup> Vgl. BGH NStZ 1988, 71.

<sup>23</sup> Radtke (Fn. 17), § 306 Rn. 53.

<sup>24</sup> Der insbesondere von der Rspr. z.T. vertretene sog. „erweiterte Brandstiftungsbegriff“, wonach ein Inbrandsetzen schon dann vollendet ist, wenn nur unwesentliche Gebäudeteile selbstständig brennen, das Feuer aber auf wesentliche Gebäudeteile übergreifen kann, ist hier ohne Belang. Das Feuer hat überhaupt noch nicht auf Teile des Hauses übergegriffen. Vgl. zum erweiterten Brandstiftungsbegriff BGH NJW 1963, 1557 (155); BGH NJW 1987, 140; BGH NJW 2003, 302. Kritisch Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 39. Aufl. 2015, Rn. 957.

<sup>25</sup> Mit dieser Tatbestandsmodalität will der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung tragen, dass infolge der heutzutage vermehrt verbauten feuerfesten Stoffe Gebäudeteile häufig gar nicht mehr in Brand geraten, infolge der von einem Feuer ausgehenden Ruß-, Rauch- oder Hitzeentwicklung aber gleichwohl Sachwerte und Menschen gefährdet werden, vgl. Wessels/Hettinger (Fn. 24), Rn. 958.

<sup>26</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 306 Rn. 4.

<sup>15</sup> Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 29. Aufl. 2014, § 306 Rn. 10.

<sup>16</sup> Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2014; Rn. 1011; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2016, § 40 Rn. 6; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 306 Rn. 2.

<sup>17</sup> Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 306 Rn. 20 ff.; Herzog/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 306 Rn. 16.

<sup>18</sup> Zur systematischen Einordnung von § 306 Abs. 1 StGB vgl. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 306 Rn. 1 m.w.N.

Tatobjekts unbrauchbar geworden sind.<sup>27</sup> In Anbetracht der hohen Strafandrohung der §§ 306 ff. StGB lässt der BGH jedoch nur teilweise Zerstörungen von einigem Gewicht genügen.<sup>28</sup> Eine solche sieht er bei Gebäuden als gegeben an, wenn wesentliche Teile, die zu einem selbständigen Gebrauch bestimmt sind, vernichtet werden, ein für die Nutzung des gesamten Objekts zwecknötiger Teil unbrauchbar wird oder das Objekt für einzelne seiner bestimmungsgemäßen Nutzungen während eines beträchtlichen, zumindest länger als einen Tag dauernden Zeitraums unbrauchbar wird.<sup>29</sup> Bei Mehrfamilienhäusern ist nach der Rechtsprechung des BGH hiervon dann auszugehen, wenn mindestens eine der Wohnungen des Hauses, also eine zum Wohnen bestimmte funktionell selbständige „Untereinheit“, während eines beträchtlichen Zeitraums unbewohnbar wird.<sup>30</sup> Bei einem Einfamilienhaus wird demgegenüber schon die Unbrauchbarkeit einzelner Räume während eines solchen beträchtlichen Zeitraums als ausreichend angesehen, soweit hierdurch – gemessen an den Vorstellungen eines verständigen Wohnungsinhabers – die Nutzbarkeit des gesamten Hauses zu einem seiner zentralen Zwecke wie Aufenthalt, Nahrungsaufnahme oder Schlafen aufgehoben oder unzumutbar beeinträchtigt wird.<sup>31</sup> Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so kann zwar keine vollständige Zerstörung des Hauses durch A, wohl aber eine Teilerstörung von einigem Gewicht angenommen werden. Aufgrund der Verruung können während der sechswöchigen Renovierungsarbeiten die Küche, das Bad, das Wohnzimmer und ein Schlafzimmer nicht genutzt werden, so dass das gesamte Haus während dieses Zeitraums vernünftigerweise weder zur Nahrungsaufnahme noch zum Aufenthalt und damit letztlich nicht als Wohnung zur Verfügung steht.

#### b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Zwar wollte er das Haus insgesamt in Brand setzen und nicht lediglich teilweise zerstören. Ein solcher Irrtum über die Art und Weise der Auswirkung der Tat handlung auf das Tatobjekt ist aber unbeachtlich. Er stellt nur eine unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf dar, die den Vorsatz nicht berührt.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Rengier (Fn. 16), § 40 Rn. 13.

<sup>28</sup> Vgl. BGH NJW 2012, 693 (694); BGH NJW 2014, 1123 (1124); BGH NJW 2003, 302 (303) m. zust. Anm. Radtke, BGH NStZ 2003, 432 (433); Paul, ZJS 2013, 94 (96).

<sup>29</sup> BGH NJW 2003, 302 (303); BGH NStZ 2014, 647 (649); Heine/Bosch (Fn. 15), § 306 Rn. 16. Kritisch hierzu Heghmanns, ZJS 2012, 553 (556 f.), der zu Recht darauf hinweist, dass die Unterschiede zwischen einer nicht tatbestandsmäßigen Beschädigung und einer teilweisen Zerstörung eingeebnet werden, wenn für Letztere nicht nur dauerhafte Beeinträchtigungen, sondern bereits vorübergehende Teilunbrauchbar-machungen als ausreichend angesehen werden.

<sup>30</sup> BGH NJW 2003, 302 (303); BGH NStZ 2010, 151 (152); Herzog/Kargl (Fn. 17), § 306 Rn. 25.

<sup>31</sup> BGH NStZ 2014, 404 (405) m. zust. Anm. Nestler.

<sup>32</sup> Vgl. Fischer (Fn. 11), § 306 Rn. 19.

#### 2. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

#### III. § 306a Abs. 2 StGB

A könnte sich auch einer schweren Brandstiftung gem. § 306a Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Bei dieser Vorschrift handelt es sich um ein konkretes Gefährungsdelikt,<sup>33</sup> bei der die Gemeingefährlichkeit der Tathandlung im Vordergrund steht. Daher verweist § 306a Abs. 2 StGB nach h.M. nur auf die Tatobjekte des § 306 Abs. 1 StGB, nicht aber auf das Merkmal „fremd“.<sup>34</sup> Auf die Eigentumslage des Tatobjekts kommt es damit nicht an. A könnte daher auch durch die Brandlegung an seinem eigenen Haus den Tatbestand des § 306a Abs. 2 StGB verwirklicht haben, wenn er hierdurch vorsätzlich einen anderen Menschen in die konkrete Gefahr einer Gesundheitsschädigung gebracht hätte. Beim Löschen des Brandes erlitt N erhebliche Verbrennungen an seinen Händen. Als Durchgangsstadium zu dieser Schädigung war er auch einer entsprechenden konkreten Gefahr ausgesetzt. Ob A die Verletzungen des N zugerechnet werden können, bedarf an dieser Stelle jedoch noch keiner Klärung, da eine Strafbarkeit des A nach § 306a Abs. 2 StGB jedenfalls am fehlenden Vorsatz scheitert. A wollte weder einen anderen verletzen, noch gefährden.

#### IV. § 306b Abs. 1 StGB

A könnte sich aber einer besonders schweren Brandstiftung gem. § 306b Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestand

###### a) Tatbestand des Grunddelikts

A verwirklichte den Tatbestand einer schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 StGB (siehe oben).

###### b) Kausale Herbeiführung einer schweren Folge

Bei § 306b Abs. 1 StGB handelt es sich um ein erfolgsqualifiziertes Delikt.<sup>35</sup> Taterschwerend müsste A als Folge seiner Brandlegung eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer

<sup>33</sup> Vgl. BGH NStZ 1999, 32 (33).

<sup>34</sup> BGH NStZ 1999, 32 (33); BGH NStZ-RR 2000, 209. Die abzulehnende Gegenauffassung versteht § 306a Abs. 2 StGB als Qualifikation des § 306 StGB und wendet diese Regelung insofern nur auf fremde Objekte an, vgl. Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 306 Rn. 25 ff. m.w.N. Dies ist jedoch insofern widersprüchlich, als im Falle einer vorsätzlichen Verursachung der Strafraumen des nach dieser Ansicht als Qualifikationsnorm eingestuften § 306a Abs. 2 StGB gegenüber § 306 Abs. 1 StGB zwar erweitert, im Falle einer fahrlässigen Verursachung gem. § 306d Abs. 1 Var. 3 StGB jedoch demgegenüber deutlich abgesenkt würde. Kritisch daher Fischer (Fn. 11), § 306a Rn. 10a m.w.N.

<sup>35</sup> Fischer (Fn. 11), § 306b Rn. 2.

großen Zahl von Menschen verursacht haben. Bei der Brandverletzung des N könnte es sich um eine Gesundheitsschädigung handeln. Unter dem Begriff der schweren Gesundheitsschädigung, der sich in zahlreichen Vorschriften des StGB wiederfindet,<sup>36</sup> sind nicht nur schwere Körperverletzungen im Sinn des § 226 StGB zu verstehen, sondern auch vergleichbar einschneidende und nachhaltige Beeinträchtigungen der Gesundheit wie langwierige und ernsthafte Krankheiten oder erhebliche Beeinträchtigungen der Arbeitskraft für längere Zeit.<sup>37</sup> Der Sachverhalt lässt offen, ob die von N erlittenen Verbrennungen dauerhaft entstellend im Sinne einer schweren Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB wirken. Bei seinen Verbrennungen handelt es sich aber jedenfalls um eine nur langsam heilende, tiefgreifende Beeinträchtigung der Gesundheit, die eine viermonatige und damit langandauernde Arbeitsunfähigkeit bedingt. Sie stellen also eine schwere Gesundheitsschädigung dar.

*c) Fahrlässigkeit hinsichtlich der schweren Folge*

Nach § 18 StGB müsste A hinsichtlich der Verbrennungen des N wenigstens fahrlässig gehandelt haben. Er müsste in Bezug auf diese schwere Folge also zumindest objektiv sorgfaltswidrig gehandelt haben. Ferner müsste deren Verursachung objektiv vorhersehbar gewesen sein.<sup>38</sup> Beides ist vorliegend der Fall. Allein dadurch, dass A den Tatbestand des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklichte, handelte er pflichtwidrig.<sup>39</sup> Dass sich Dritte beim Löschen des von A gelegten Brandes schwer verletzen, lag auch bei weitem nicht so sehr außerhalb der Lebenserfahrung, dass dies nicht mehr objektiv vorhersehbar gewesen wäre.<sup>40</sup>

*d) Tatbestandsspezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge*

In der schweren Gesundheitsschädigung des N müsste sich schließlich eine in der Brandlegung des A typischerweise angelegte Gefahr realisiert haben.<sup>41</sup> Dies ist hier problematisch, da N das Haus aus eigenem Anlass und in voller Kenntnis des Brandes und seiner Gefahren betrat, um zu helfen.

Die ganz h.M. greift zur Klärung der Frage, wann in solchen so genannten „Retterfällen“ ein tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang gegeben ist, auf allgemeine Zurechnungsgrundsätze zurück und verneint diesen bei Vorliegen einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung oder -schädigung<sup>42</sup> des Retters. Uneinigkeit besteht allerdings darüber, wann ein Retter sich freiverantwortlich in Gefahr begibt.

Die Rspr. und mit ihr ein Teil der Literatur gehen von einer umfassenden Verantwortung des Brandstifters aus. Verneint wird ein Zurechnungszusammenhang nur dann, wenn der Retter kein einsichtiges Motiv für die Vornahme von Rettungshandlungen hat, was nach dieser Ansicht lediglich bei von vornherein sinnlosen oder mit unverhältnismäßig hohen Risiken verbundenen Rettungsversuchen der Fall ist.<sup>43</sup> Der Wille des N, mit der Löschaktion A und F zu retten, stellt ein einsichtiges Motiv zum Einschreiten dar, so dass N nach dieser Ansicht nicht freiverantwortlich gehandelt hat.

Im Ergebnis ähnlich wird zur Bestimmung der Freiverantwortlichkeit teilweise auf die Kriterien abgestellt, die im Falle einer Fremdschädigung für die Freiwilligkeit einer rechtfertigenden Einwilligung in eine Rechtsgutsverletzung gelten, und Freiverantwortlichkeit immer dann verneint, wenn sich ein Retter gefährdet, weil er sich ethisch zu nicht grob unvernünftigen Rettungsmaßnahmen gehalten sieht.<sup>44</sup> Das beherzte Vorgehen des N unter Verwendung des von ihm mitgeführten Feuerlöschers kann nicht als grob unvernünftig angesehen werden, so dass er auch nach dieser Ansicht nicht freiverantwortlich handelte.

Andere wiederum unterscheiden danach, ob Rechtspflichten zum Einschreiten aus § 323c StGB, aus einer Garantstellung gem. § 13 StGB oder aus außerstrafrechtlichen Berufspflichten greifen. Beim Bestehen solcher Pflichten liegt nach dieser Ansicht keine Freiverantwortlichkeit vor, da dann kein autonomer Entscheidungsspielraum besteht. Fehlen solche Pflichten hingegen – insbesondere weil Hilfsmaßnahmen aufgrund drohender Eigengefährdung nicht zumutbar<sup>45</sup> sind – lehnen die Vertreter dieser Ansicht in Anlehnung an die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands Freiverantwortlichkeit nur bei Maßnahmen zur Rettung von besonders nahestehenden Personen ab.<sup>46</sup> Nach dieser Ansicht hat N nicht freiverantwortlich gehandelt. Zum einen war es ihm als nicht berufsmäßigem Helfer nicht zuzumuten, das Haus zum Löschen des Feuers zu betreten und sich so in große Gefahr zu begeben. Zum anderen stand er A und F nicht nahe, so dass er sich auch nicht in einer § 35 Abs. 1 StGB vergleichbaren Konfliktsituation befand. Diese Ansicht überzeugt nicht. Ein so enges Verständnis des Kriteriums der Freiverantwortlichkeit trägt dem Gesichtspunkt des Opferschutzes nicht genügend Rechnung. Retter, die – sozial durchaus er-

<sup>36</sup> Z.B. §§ 113 Abs. 2 Nr. 2, 221 Abs. 1, 225 Abs. 3 Nr. 1, 239 Abs. 3 Nr. 2, 315 Abs. 3 Nr. 2, 315b Abs. 3 StGB.

<sup>37</sup> Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 28; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 306b Rn. 3, § 330 Rn. 9a.

<sup>38</sup> Vgl. Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 15 Rn. 123 ff.

<sup>39</sup> Vgl. BGHSt 24, 213 (215) m. zust. Anm. Meisenberg, NJW 1972, 694.

<sup>40</sup> Zum Erfordernis der objektiven Voraussehbarkeit vgl. Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 38), § 15 Rn. 125, 180 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Radtke (Fn. 17), 306b Rn. 11, Murmann, Jura 2001, 258 (260). Nicht erforderlich ist hierbei allerdings, dass die Wirkung der Tathandlung am Objekt die Erfolgsqualifikation bedingt. Vielmehr fallen auch solche schweren Folgen unter diese Norm, die an die Vornahme der Tathandlung selbst anknüpfen, z.B. wenn der Zündstoff explodiert, während sich der Täter bemüht, diesen zu entzünden.

<sup>42</sup> Näher hierzu Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 259 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Wessels/Hettinger (Fn. 24), Rn. 973a; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 23 Rn. 87 ff.

<sup>44</sup> Vgl. Amelung, NSStZ 1994, 338; Sowada, JZ 1994, 663.

<sup>45</sup> Hierzu Lackner/Kühl (Fn. 4), § 323c Rn. 7.

<sup>46</sup> Vgl. Rengier (Fn. 16), § 40 Rn. 43 ff.; Radtke (Fn. 17), § 306c Rn. 19 ff.

wünscht – helfen, obwohl ihnen ein Einschreiten wegen drohender Eigengefahren nicht zuzumuten ist, wären andernfalls strafrechtlich nicht ausreichend geschützt.<sup>47</sup> Mit den übrigen Ansichten sollte damit eine freiverantwortliche Selbstschädigung des N und damit ein Gefahrverwirklichungszusammenhang bejaht werden.<sup>48</sup>

**2. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis**

A handelte rechtswidrig. Neben den allgemeinen Schuldmerkmalen müsste er hinsichtlich der schweren Gesundheitsschädigung des A überdies mit Fahrlässigkeitsschuld gehandelt haben, d.h. diese müsste für ihn subjektiv vorhersehbar und vermeidbar gewesen sein. Angesichts seiner vorsätzlichen Brandlegung ist dies ohne weiteres zu bejahen. A hat sich damit auch der besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**V. § 306d Abs. 1 Var. 3 StGB**

Bejaht man einen spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen der Brandlegung des A und den Verbrennungen des N bzw. der diesen entsprechend vorgelagerten Verletzungsgefahr, ist auch von einer Strafbarkeit des A wegen fahrlässiger Brandstiftung in der Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination des § 306d Abs. 1 Var. 3 StGB auszugehen.

**VI. § 229 StGB**

Dementsprechend hat A sich auch einer fahrlässigen Körperverletzung nach § 229 StGB zu Lasten des N strafbar gemacht. Ein gem. § 230 Abs. 1 StGB erforderlicher Strafantrag wurde gestellt.

**VII. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 5, 22, 23 StGB**

Eine Strafbarkeit des A wegen eines versuchten (Dreiecks-) Betruges zu Lasten seiner Brandversicherung liegt nicht vor. Zwar hatte A einen entsprechenden Tatentschluss. Er sah aber von einer Schadensmeldung ab. Mangels Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines Versicherungsmitarbeiters fehlt es damit am unmittelbaren Ansetzen gem. § 22 StGB.<sup>49</sup>

**VIII. § 265 Abs. 1 StGB**

**1. Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld**

A hat sein gegen Brandschäden versichertes Haus durch die Brandlegung beschädigt und in seiner Brauchbarkeit beeinträchtigt, um Versicherungsleistungen zu erhalten und somit den Tatbestand des § 265 Abs. 1 StGB vollendet. Hierbei handelte er rechtswidrig und schuldhaft.

**2. Tätige Reue**

Letztendlich hat A aber entgegen seines ursprünglichen Plans davon abgesehen, den Brandschaden seiner Versicherung zu melden, und diese wurde nicht geschädigt. Man könnte insofern überlegen, ob A nicht in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die tätige Reue<sup>50</sup> Straffreiheit erlangen könnte. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung des StGB mit dem 6. StrRG 1998 bei § 265 StGB jedoch bewusst von einer solchen Regelung abgesehen, so dass es an einer planwidrigen Regelungslücke und damit an der Möglichkeit fehlt, die Vorschriften zur tätigen Reue entsprechend anzuwenden.<sup>51</sup> Aber auch wenn man ungeachtet dessen eine Analogie zulässt,<sup>52</sup> kann dies nur in solchen Fällen gelten, in denen der Täter nach Vollendung des § 265 Abs. 1 StGB eine Schädigung der Versicherung durch aktives Tun verhindert. Ließe man demgegenüber schon allein das Absehen von einer Schadensanzeige genügen, so liefe § 265 StGB weitgehend leer. Bis zur Schadensmeldung könnte sich der Täter dann stets darauf berufen, seinen Plan, Versicherungsleistungen zu erschleichen, aufgegeben zu haben. Nach erfolgter Schadensmeldung ist das Stadium des versuchten Betrugs ohnehin erreicht und § 265 StGB wird im Wege der formellen Subsidiarität verdrängt.<sup>53</sup> Danach konnte A durch das Unterlassen der Schadensmeldung keine Straffreiheit erlangen.

**3. Ergebnis**

Demzufolge hat sich A nach § 265 Abs. 1 StGB wegen Versicherungsmissbrauchs strafbar gemacht.

**IX. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB**

Indem A den Strohhallen anzündete, konnte er sich zudem einer besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.<sup>54</sup>

**1. Tatbestand des Grunddelikts**

A verwirklichte den Tatbestand des § 306a Abs. 1 StGB (siehe oben).

**2. Ermöglichungsabsicht nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB**

A legte den Brand, um einen Versicherungsbetrug vorzubereiten. Er könnte daher in der Absicht gehandelt haben, eine „andere Straftat“ zu ermöglichen. Anerkannt ist, dass der sich in der Brandstiftung eines Hauses erschöpfende Versicherungsmissbrauch nach § 265 StGB keine andere Straftat darstellt, da seine Tathandlung mit der Brandstiftungshandlung

<sup>47</sup> In diesem Sinne schon *Murmann*, Jura 2001, 258 (260); *Frisch*, NStZ 1992, 62 (65).

<sup>48</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt man auch, wenn man mit einer Mindermeinung (vgl. *Geppert*, Jura 1998, 602) „Retterschäden“ stets als tatbestandstypische und damit zurechenbare Folgen einer Brandstiftung ansieht.

<sup>49</sup> Zum unmittelbaren Ansetzen beim Betrug vgl. BGH NStZ 2011, 400 (401).

<sup>50</sup> Z.B. §§ 264 Abs. 5, 264a Abs. 3, 265b Abs. 2, 306e StGB.

<sup>51</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 660; *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 8 f.

<sup>52</sup> So *Geppert*, Jura 1998, 382 (384 f.); *Wohlens/Mühlbauer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 17), § 265 Rn. 32.

<sup>53</sup> Ebenso *Schild/Kretschmer*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 17), § 265 Rn. 42.

<sup>54</sup> Um Inzidenzprüfungen zu vermeiden, bietet es sich an, § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB erst nach den §§ 263, 265 StGB zu prüfen.

zusammenfällt.<sup>55</sup> Umstritten ist aber, ob ein Versicherungsbetrag im Sinne des §§ 263 Abs. 1, 3 S. 2 Nr. 5 StGB eine andere Straftat in diesem Sinne darstellt.

Wegen seiner ganz außerordentlichen Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren wird § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB in der Literatur vielfach restriktiv ausgelegt. Der Täter müsse nach seinen Vorstellungen die Brandsituation mit ihren Gemeingefahren wie z.B. starke Rauchentwicklung oder Massenpanik im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu einer weiteren Straftat ausnutzen.<sup>56</sup> Bei einem Versicherungsbetrag spielt die besondere Gemeingefährlichkeit eines Brandes keine Rolle, so dass er nach dieser Ansicht nicht als andere Straftat im Sinne des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB in Betracht käme.

Dieser Forderung tritt der BGH mit Zustimmung des BVerfG und eines anderen Teils der Literatur entgegen. Unter Berufung auf den Wortlaut der Norm und ihrer Entstehungsgeschichte setzt § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nach dieser Ansicht kein Ausnutzen einer Gemeingefährlichkeit voraus. Schon die rücksichtslose Bereitschaft des Täters, eine Brandstiftung funktional mit der Erreichung weiterer krimineller Ziele zu verknüpfen, begründet danach eine gesteigerte Verwerflichkeit der Tat, die das erhöhte Strafmaß dieser Qualifikation rechtfertigt.<sup>57</sup> Folgt man dieser Ansicht, wäre die Bestrebung des A, seine Versicherung zu betrügen, als Motiv für § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB ausreichend.

Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot und das Gebot schuldangemessenen Strafens erscheint es vorzugswürdig, den einer Brandstiftungen sehr häufig zu Grunde liegenden Versicherungsbetrag vom Anwendungsbereich des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB auszunehmen und das exorbitante Strafmaß des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht nur – wie vom BVerfG angedacht<sup>58</sup> – in besonders gelagerten Ausnahmefällen gem. der sog. „Rechtsfolgenlösung“ schuldangemessen abzusenken. Der offene Wortlaut der Qualifikation lässt Raum für eine solche Auslegung. Auch die vom BGH bemühte Entstehungsgeschichte der Norm steht bei näherer Betrachtung einer Restriktion nicht zwingend entgegen. Zwar knüpfte der im Zuge des 6. StrRG 1998 geänderte § 307 Nr. 2 StGB a.F. noch an einen abschließenden Katalog von Straftaten an, zu denen der Versicherungsbetrag nicht gehörte. Dafür aber, dass der Gesetzgeber mit seiner Gesetzesänderung dementsprechend das besondere Unrecht des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB bereits beim Hinzutreten einer betrügerischen Absicht verwirklicht sehen wollte und in diesen Fällen eine Verfünfachung der Mindeststrafe des § 306a StGB für angemessen erachtete, fehlen jedoch greifbare Anhaltspunkte

in den Gesetzgebungsmaterialien.<sup>59</sup> Die ebenfalls im Rahmen des 6. StrRG erfolgte Absenkung des Strafrahmens der §§ 263 Abs. 1, 3 S. 2 Nr. 5, 265 StGB gegenüber dem abgelösten Verbrechenstatbestand des § 265 StGB a.F. legt es vielmehr nahe, dass der Gesetzgeber solche Betrugskonstellationen gerade nicht härter sanktionieren wollte.<sup>60</sup> Ein geplanter Versicherungsbetrag sollte daher den Anwendungsbereich des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht eröffnen.

### 3. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des A nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB scheidet danach aus.

## Handlungsabschnitt 3: Der Brief

### I. § 164 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch das Versenden des anonymen Briefs an die Polizei wegen falscher Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Dann müsste er einen „anderen“ verdächtigt haben. Der Tatbestand des § 164 StGB schützt nicht nur die inländische Strafrechtspflege, sondern auch den Einzelnen vor einer ungerechtfertigten strafrechtlichen Inanspruchnahme.<sup>61</sup> Eine tatbestandsmäßige Verdächtigung kann daher nur dann angenommen werden, wenn ein Verdacht auf eine bestimmte andere Person gelenkt oder ein gegen diese bereits bestehender Verdacht verstärkt wird.<sup>62</sup> Bestimmt ist eine andere Person zwar nicht nur dann, wenn sie namentlich bezeichnet wird. Erforderlich ist aber zumindest, dass sie identifizierbar gemacht wird.<sup>63</sup> Die Verdächtigung nicht individualisierbarer „jugendlicher Rowdys mit schwarzen Bomberjacken“ erfüllt daher den Tatbestand des § 164 StGB nicht.

### II. §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB

Ebenso wenig hat sich A durch das Versenden des Briefes einer versuchten Strafvereitelung strafbar gemacht. A handelte nicht zu Gunsten eines anderen. Er wollte nur seine eigene Vortat verschleiern. Eine solche Selbstbegünstigung wird nicht von § 258 StGB erfasst.<sup>64</sup>

### III. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB

Indem A in seinem an den Polizeiposten Gaienhofen, also einer nach § 158 Abs. 1 StPO zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle, gerichteten Brief Unbekannte der Straftaten im Zusammenhang mit dem Brand in seinem Haus bezichtigte, könnte er sich aber wegen des Vortäuschens

<sup>55</sup> Vgl. nur BGH NStZ 2007, 640 (641) m. zust. Anm. Radtke; Herzog/Kargl (Fn. 17), § 306b Rn. 7 m.w.N.

<sup>56</sup> Rengier (Fn. 16), § 40 Rn. 52; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 306b Rn. 4; Heine/Bosch (Fn. 15), § 306b Rn. 10; Eisele (Fn. 16), Rn. 1072.

<sup>57</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 226 (228); BGH NStZ 2008, 571; BVerfG, Beschl. v. 16.11.2010 – 2 BvL 12/09, Rn. 79; Radtke (Fn. 17), § 306b Rn. 20.

<sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.11.2010 – 2 BvL 12/09, Rn. 109.

<sup>59</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.11.2010 – 2 BvL 12/09, Rn. 106 mit detaillierten Belegen.

<sup>60</sup> Rengier (Fn. 16), § 40 Rn. 50.

<sup>61</sup> Wessels/Hettinger (Fn. 24), Rn. 686; Bosch, Jura 2015, 880.

<sup>62</sup> BGH NJW 1959, 2172 (2173); BGHSt 14, 240 (246).

<sup>63</sup> Geilen, Jura 1984, 300 (304); Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 164 Rn. 22; Vormbaum, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 164 Rn. 40.

<sup>64</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 258 Rn. 6.

einer Straftat gem. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

#### a) Objektiver Tatbestand

Dann müsste A mit dem Brief über den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer) an einer tatsächlich<sup>65</sup> begangenen, rechtswidrigen Tat zu täuschen gesucht haben.

Der Annahme einer Täuschungshandlung könnte entgegenstehen, dass A die Straftaten Unbekannten anlastete. Hält man sich das Schutzgut des § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB vor Augen, das darin besteht, den Ermittlungsbehörden unnötigen Aufwand und somit eine sinnlose Vergeudung ihrer Ressourcen zu ersparen sowie sie vor unberechtigter Inanspruchnahme zu bewahren,<sup>66</sup> kann es anders als bei § 164 StGB nicht darauf ankommen, dass die Person, auf die der Verdacht der Beteiligung an einer Straftat gelenkt wird, auch identifizierbar ist. Vielmehr ist auch die Bezeichnung eines Unbekannten tatbestandsmäßig, wenn im Zusammenhang mit der Begehung einer Straftat nicht nur allgemein auf den „großen Unbekannten“ verwiesen wird, sondern konkrete Tatumstände geschildert werden, die die Ermittlungsorgane auf eine falsche Spur locken und zu grundlosen Ermittlungsmaßnahmen veranlassen können.<sup>67</sup> Indem A Angaben zu Alter und Bekleidung der von ihm bezeichneten unbekanntem Täter machte, schilderte er konkrete Umstände, die geeignet waren, die Ermittlungen der Polizei in Richtung einer tatsächlich nicht beteiligten Tätergruppe zu lenken. A täuschte dementsprechend über den Beteiligten an einer Straftat. Unerheblich ist hierbei, dass die Polizei den Angaben des A keinen Glauben schenkte. Bei § 145d StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Wie schon der Wortlaut („zu täuschen sucht“) deutlich macht, ist es nicht erforderlich, dass eine Täuschung erfolgreich ist und unnötige Ermittlungsmaßnahmen bedingt.<sup>68</sup>

Der Strafbarkeit des A könnte aber letztlich entgegenstehen, dass er mit dem Brief lediglich den Verdacht von sich ablenken, also nur sich selbst begünstigen wollte. Teilweise wird die Täuschung eines Vortatbeteiligten als straflos angesehen, wenn sie allein der Selbstbegünstigung dient.<sup>69</sup> Mit Blick auf den Normzweck des § 145d StGB muss diese Vorschrift jedoch auch greifen, wenn ein Vortatbeteiligter die Strafverfolgungsorgane zum Selbstschutz irreführt.<sup>70</sup> Anders als in § 258 Abs. 1, Abs. 5 StGB hat der Gesetzgeber gerade davon abgesehen, für § 145d StGB ein Selbstbegünstigungs-

privileg zu regeln.<sup>71</sup> Wie § 145d Abs. 3 StGB zeigt, hält er eine selbstbegünstigende Täuschung nicht für strafmildernd oder -befreiend, sondern sogar für grundsätzlich unrechtserschwerend.

#### b) Subjektiver Tatbestand

A wusste, dass die Angaben über die Tatbeteiligten nicht stimmen, er täuschte damit wider besseres Wissens. Auch handelte er hinsichtlich der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen vorsätzlich.

### 2. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich damit des Vortäuschens einer Straftat gem. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### Konkurrenzen und Gesamtergebnis

A hat sich damit in Tateinheit, § 52 StGB, gem. den §§ 306b Abs. 1, 265 StGB und in Tatmehrheit, § 53 StGB, hierzu gem. § 242 Abs. 1 StGB sowie gem. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafbarkeit nach den §§ 306a Abs. 1, 306d Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, 229 StGB tritt hinter der Strafbarkeit nach § 306b Abs. 1 im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.

<sup>65</sup> Vgl. Rengier (Fn. 16), § 51 Rn. 8.

<sup>66</sup> BGHSt 6, 251 (255); BGH NStZ 2015, 514.

<sup>67</sup> BGHSt 6, 251 (255); Rengier (Fn. 16), § 51 Rn. 16; Sternberg/Lieben (Fn. 38), § 145d Rn. 14. A.A. Geppert, Jura 2000, 383 (387).

<sup>68</sup> Hecker, JuS 2011, 81 (82).

<sup>69</sup> Sternberg/Lieben (Fn. 38), § 145d Rn. 15; Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, S. 298 ff.

<sup>70</sup> Vgl. BayObLG NJW 1978, 2563 m. zust. Anm. Rudolphi, JuS 1979, 859; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 145d Rn. 7.

<sup>71</sup> So in Bezug auf § 164 StGB jüngst erst BGH StraFo 2015, 215.

# Anfängerhausarbeit: Eine Frage der Ehre

Von Wiss. Mitarbeiter **Christopher Penkuhn**, Göttingen\*

*Die Hausarbeit weist ein erhöhtes Schwierigkeitsniveau auf und wurde im Wintersemester 2015/2016 im Anschluss an die Vorlesung Strafrecht I an der Georg-August-Universität Göttingen zur Bearbeitung ausgegeben. Als Schwerpunkte sind das unmittelbare Ansetzen in Konstellationen der Fallentstellung sowie die Behandlung der actio libera in causa zu nennen. Zudem sind die Fragen zu behandeln, wie sich das Fehlgehen der Tat i.w.S. im Fall der mittelbaren Opferindividualisierung auf den Vorsatz des Täters und eine absichtliche Notwehrprovokation auf die Rechtswidrigkeit auswirken. Schließlich gilt es §§ 1a Abs. 2 und 46 WStG zu berücksichtigen. Im Durchschnitt erzielten die Kandidaten 6,48 Punkte. Die Misserfolgsquote betrug 21,43 %.*

## Sachverhalt

Die Eheleute Meyer und Schulz pflegen einen intensiven Nachbarschaftsstreit. Mittlerweile schrecken die Ehemänner Dieter Schulz (D) und Hugo Meyer (H) auch nicht mehr davor zurück, dabei ihre Erfahrungen als Berufssoldaten einzusetzen. Als Molly Meyer (M) wieder Opfer der wüsten Beleidigungen der Angelika Schulz (A) geworden ist, beschließt H, den Schulzes eine Lektion zu erteilen und als erster in dem Konflikt zur Waffe zu greifen. Am Abend begibt sich H mit seinem Jagdgewehr zum Gartentor, das ausschließlich als Verbindung der beiden angrenzenden Grundstücke dient. Dort befestigt er die geladene und entsicherte Waffe auf einer Vorrichtung und positioniert diese auf dem Gartenweg. Dabei verbindet er einen Draht vom Abzug des Gewehrs über eine Kordel mit dem Griff des Tors. Die Waffe ist so auf das Tor gerichtet, dass bei dessen Öffnen der Draht gespannt und der Abzug betätigt wird. H beabsichtigt damit, denjenigen der Schulzes, der zuerst sein Grundstück betritt, tödlich zu treffen. Wann genau jemand der Schulzes wieder sein Grundstück betreten wird, weiß H nicht. Den Rest des Abends verbringt H in seinem Haus. Später besinnt sich H jedoch eines besseren und entfernt noch in derselben Nacht die Selbstschussanlage, da er das Vorhaben für feige hält.

Enttäuscht davon, dass ihr Mann mit der Selbstschussanlage erfolglos geblieben ist, sieht sich M am nächsten Tag zum Handeln berufen. Sie weiß, dass sie im alkoholisierten Zustand zu Gewaltausbrüchen neigt und ist bereits mehrfach deswegen verurteilt worden. Als sie die A im Nachbargarten sieht, erkennt sie, dass sie ihr gegenüber im alkoholisierten Zustand gewalttätig werden könnte. Daher fasst M den Entschluss, sich zu betrinken und die A im betrunkenen Zustand zu verprügeln. Nach reichlich Likör läuft M laut pöbelnd in den Garten der Schulzes. A erkennt die M und will ins Haus flüchten. M hat A jedoch schnell eingeholt und schlägt mit ihren Fäusten auf sie ein. Erst als diese zu Boden geht, lässt M von ihr ab. A erleidet zahlreiche Hämatome. Eine Prüfung

der Steuerungsfähigkeit ergab, dass M zur Zeit der Tat alkoholbedingt schuldunfähig war.

In der Folgewoche will sich A für die Prügelattacke der M rächen und diese töten. Zu diesem Zweck schleicht sie nachts durch das Gartentor und befestigt eine Handgranate unter dem in der Einfahrt geparkten Wagen der M. Dabei verbindet sie den Zünder der Granate mit einem Faden an der linken Vorderachse des Wagens, sodass dieser beim Lenkvorgang in die rechte Richtung herausgezogen und die Granate gezündet wird. Am Morgen besteigt wider Erwarten die Haushälterin der Meyers Emma (E) den Wagen. Als sie den Wagen zurücksetzt und in der Ausfahrt einschlägt, explodiert die Granate. Passanten und Verkehrsteilnehmer im Umkreis werden durch Zufall nicht verletzt. E verstirbt. Der Wagen ist restlos zerstört.

Einige Wochen später werden D und H auf der Fregatte „Karlsruhe“ eingesetzt. Als sich beide an Bord treffen, beschließt H, den D solange zu provozieren, bis dieser ihn tätlich angreift, um ihn in Selbstverteidigung töten zu können. Als D am ersten Abend zur Wache eingeteilt ist, begibt sich H an Deck, wo D patrouilliert. H baut sich vor D auf und sagt diesem ins Gesicht, dass seine Frau zu schwach wäre, um sich zu verteidigen und M die A am besten gleich hätte töten sollen. Dem D ist das zu bunt. Mit den Worten „Jetzt mach ich dich kalt!“, legt er sein Sturmgewehr auf den H an. Bevor D abdrücken kann, schafft es H, sein Kampfmesser aus der Uniform zu ziehen und es dem D in den Hals zu rammen. D wird tödlich getroffen. Das Schiff befindet sich zur Tatzeit auf Hoher See.

## Bearbeitervermerk

Prüfen Sie die Strafbarkeit der Beteiligten! § 308 StGB sowie Vorschriften des Waffengesetzes (WaffG), des Kriegswaffenkontrollgesetzes (KrWaffKG) und des Sprenggesetzes (SprengG) bleiben außer Betracht! Ggf. erforderliche Strafanträge gelten als gestellt! Die Fregatte „Karlsruhe“ ist im Schiffsregister der deutschen Marine registriert. Auf die Anordnung des Bundespräsidenten über die Dienstflagge der Seestreitkräfte der Bundeswehr vom 25.5.1956 (BPräsFlaggenAnO) wird hingewiesen.

## A. Erster Tatkomplex – Die Selbstschussanlage

### I. Strafbarkeit des H gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

H könnte sich durch den Bau der Selbstschussanlage gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Vorprüfung

Ein Schuss wurde nicht abgefeuert und der tatbestandliche Erfolg ist ausgeblieben. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich gem. § 23 Abs. 1 StGB aus der Natur des Delikts als Verbrechen oder bei Vergehen aus deren gesetzlicher Anordnung. Der Mord ist gem. § 211 Abs. 1 StGB mit lebenslanger Frei-

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Strafrecht (RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos) an der Georg-August-Universität Göttingen.

heitsstrafe bedroht, somit ein Verbrechen im Sinne des § 12 Abs. 1 StGB und der Versuch strafbar.

## 2. Tatentschluss

### a) Tötungstatbestand

Der Tatentschluss umfasst den Vorsatz zur Verwirklichung des objektiven Unrechtstatbestandes sowie ggf. erforderliche zusätzliche subjektive Tatbestandsmerkmale.<sup>1</sup> Vorsatz ist nach h.M. der Wille zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.<sup>2</sup> Der Vorsatz muss sich dabei auf ein nach wesentlichen Merkmalen umschriebenes Tatobjekt beziehen.<sup>3</sup> H wollte denjenigen der Nachbarn töten, der zuerst das Grundstück betritt. Der Tötungsvorsatz richtete sich auf die Tötung eines Menschen und ist hinreichend konkretisiert.

### b) Mordmerkmal der Heimtücke

Der Tatentschluss könnte auch das Mordmerkmal der Heimtücke erfassen. Heimtückisch tötet, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.<sup>4</sup> Arglosigkeit liegt vor, wenn sich das Opfer keines Angriffs auf sein Leben im Zeitpunkt der ersten mit Tötungsvorsatz geführten Handlung versieht.<sup>5</sup> Unter Wehrlosigkeit ist die auf die Arglosigkeit zurückzuführende eingeschränkte bzw. aufgehobene Verteidigungsfähigkeit zu verstehen.<sup>6</sup> H beabsichtigte, das sein Grundstück betretende Opfer mit der Selbstschussanlage zu überraschen, sodass er gerade die Arg- und infolge dessen die Wehrlosigkeit des Opfers beabsichtigte und bewusst zur Tötung ausnutzen wollte. Der Umstand, dass sich die Parteien in einem intensiven Nachbarschaftsstreit befinden, könnte die Arglosigkeit entfallen lassen. Jedoch genügen hierfür weder ein generelles Misstrauen noch vorangegangene tätliche Übergriffe, wenn das Opfer gerade im Tatzeitpunkt nicht mit einem Angriff rechnet.<sup>7</sup> Dass H mit einem Argwohn der

Nachbarn im Zeitpunkt des Betretens des Grundstücks rechnete, ist nicht ersichtlich. Sein Tatentschluss erfasste hiernach das Merkmal der Heimtücke.

Angesicht der absoluten Strafdrohung wird jedoch verschiedentlich<sup>8</sup> eine einschränkende Auslegung des Heimtückemerkmals diskutiert. Zum Teil wird verlangt, dass in der Tötung ein verwerflicher Vertrauensbruch zum Ausdruck kommen müsse.<sup>9</sup> Danach müsse der Täter „sozial-positive Vertrauensmuster“<sup>10</sup> missbrauchen. Ein solches ergebe sich aus tradierten Vertrauensmustern, die jedoch im Einzelfall auf das Vorliegen eines konkreten Vertrauensgehalts geprüft werden müssten.<sup>11</sup> Ein faktisches Vertrauensverhältnis ist jedenfalls vor dem Hintergrund des anhaltenden Nachbarschaftsstreits zu verneinen. Ein anderer Ansatz verlangt ein Handeln in feindlicher Willensrichtung.<sup>12</sup> Dieses sei der Tötung unter bewusstem Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers immanent und nur abzulehnen, wenn der Täter zum vermeintlich Besten des Opfers oder aus Mitleid handelt.<sup>13</sup> Da H einen der verhassten Nachbarn töten will und dabei nicht zu dessen vermeintlich Besten handeln würde, erfasst der Tatentschluss auch eine Tötung in feindlicher Willensrichtung. Auf Grundlage der Lehre der Tätertypenkorrektur wird eine Strafbarkeit wegen Mordes anhand einer Gesamtwürdigung beurteilt. Eine Tötung sei nur dann als Mord zu qualifizieren, wenn nach einer Gesamtbetrachtung die Tat als besonders verwerflich eingestuft werden könne.<sup>14</sup> Die Lehre von der Tätertypenkorrektur führt zu keiner anderen Bewertung des Heimtückemordes, da die Tatumstände (Hinterhalt) für eine Bewertung als verwerfliche Tötung sprechen.

Somit spricht gegen eine materielle Bewertung der Tat als heimtückisch allein das Fehlen eines verwerflichen Vertrauensbruchs. Den Vertretern dieser Auffassung ist jedoch der Einwand der Ungenauigkeit entgegen zu halten, da der Begriff des Vertrauens konturenlos und einer einheitlichen De-

<sup>1</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 851; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 34 Rn. 7.

<sup>2</sup> BGHSt 19, 295 (298); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 24 Rn. 7.

<sup>3</sup> BGHSt 21, 381 (382); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 347; *Esser/Röhling*, Jura 2009, 866 (868).

<sup>4</sup> BGHSt 39, 353 (368); 50, 16 (28); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2016, § 4 Rn. 23; *Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 211 Rn. 37; *Puppe*, NStZ 2009, 208 f.

<sup>5</sup> BGHSt 39, 353 (368); *Fischer*, Strafrecht, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 211 Rn. 35; *Safferling*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafrecht, Kommentar, 2013, § 211 Rn. 42.

<sup>6</sup> BGH GA 1971, 113; *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 42.

<sup>7</sup> BGH NStZ 1991, 233 f.; *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 26; siehe auch zur normativen Interpretation der Arglosigkeit bei *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 154 ff.

<sup>8</sup> Siehe hierzu die Darstellungen bei *Schneider* (Fn. 7), § 211 Rn. 33 ff., 196 ff.; *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 46 ff.; *Rengier* (Fn. 4), § 4 Rn. 33 ff. Siehe auch *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 64, die von einem die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit präzisierenden Kriterium sprechen.

<sup>9</sup> *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrecht, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 211 Rn. 26 f.; *Schmidhäuser*, JR 1978, 265 (270).

<sup>10</sup> *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 211 Rn. 26; *Momsen* (Fn. 4), § 211 Rn. 65.

<sup>11</sup> *Joecks*, Strafrecht, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 211 Rn. 41; *Momsen* (Fn. 4), § 211 Rn. 65.

<sup>12</sup> BGHSt (GrS) 9, 385; 30, 105 (119); *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2015, Rn. 32; *Rössner/Wenkel*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 211 StGB Rn. 19.

<sup>13</sup> BGHSt (GrS) 9, 385 (390); BGH NJW 1978, 709; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 326; *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 44.

<sup>14</sup> *Rössner/Wenkel* (Fn. 12), § 211 StGB Rn. 17; *Küper/Zopfs* (Fn. 13), Rn. 326; *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 48 f.

finition nicht zugänglich ist. Zudem erfasst sie nicht diejenigen Konstellationen, in denen der Täter sein Opfer nicht kennt oder gar hinterhältig tötet,<sup>15</sup> was eine unangemessene Beschränkung des Anwendungsbereichs der Heimtücke bedeuten würde. Das Kriterium des verwerflichen Vertrauensbruchs überzeugt somit als Restriktionsansatz nicht.

### 3. Unmittelbares Ansetzen

Die Versuchsstrafbarkeit verlangt in objektiver Hinsicht<sup>16</sup> ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§ 22 StGB). Der Täter setzt unmittelbar zur Tat an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschreitet und in objektiver Hinsicht Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandsausführung einmünden.<sup>17</sup> H hat die Selbstschussanlage einsatzbereit errichtet, sodass ein weiteres Handeln nicht erforderlich war. Es bedurfte zum Erfolgseintritt jedoch eines Mitwirkens des Opfers in Form des Auslösens der Selbstschussanlage. Wann in Konstellationen der Fallenstellung ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen ist, ist streitig.

Eine Ansicht knüpft für das unmittelbare Ansetzen an das Eintreten des Opfers in den Wirkungsbereich des Tatmittels an.<sup>18</sup> Die Auffassung stellt die unmittelbare Gefährdung des Opfers teils objektiv, teils auf Grundlage der Tätervorstellung in den Mittelpunkt der Überlegungen.<sup>19</sup> Da sich keiner der Nachbarn dem Wirkungsbereich der Selbstschussanlage genähert hat, läge kein unmittelbares Ansetzen vor.

Die h.A.<sup>20</sup> – zum Teil unter Berufung auf die Nähe zur mittelbaren Täterschaft<sup>21</sup> – bejaht das unmittelbare Ansetzen, sobald der Täter entweder den Geschehensablauf aus der Hand oder das betroffene Rechtsgut einer unmittelbaren Gefährdung Preis gegeben hat. Mit der fehlenden Kontrolle über das Geschehen gehe eine hinreichende tatbestandliche

Realisierungsgefahr einher. D hat die Selbstschussanlage unbeaufsichtigt gelassen und damit die Kontrolle über die Falle aus der Hand gegeben, womit ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen wäre.

Eine weitere Auffassung stellt auf das Beenden des Täterhandelns ab.<sup>22</sup> Zur Zeit der letzten Handlung habe der Täter alles Notwendige zur Tatbestandsverwirklichung getan. Demnach wäre die Fertigstellung der Selbstschussanlage der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens.

Im Fall der „Passauer Giftfalle“ hat der BGH danach differenziert, ob auf subjektiver Beurteilungsgrundlage des Täters die Gefährdung des Opfers durch Eintritt in den Wirkungsbereich des Tatmittels wahrscheinlich sei.<sup>23</sup> In späteren Entscheidungen hat der BGH das unmittelbare Ansetzen angenommen, wenn für die Täter feststand, dass die Opfer in die Falle tappen würden.<sup>24</sup> Ein über das wahrscheinliche Eintreffen des Opfers hinausgehendes Abgrenzungskriterium zur straflosen Vorbereitung lässt sich der Rspr. bislang nicht entnehmen. D hat das Eintreffen der Nachbarn weder als wahrscheinlich noch als sicher erachtet. Demnach wäre ein unmittelbares Ansetzen abzulehnen.

Für die erste Ansicht lässt sich anführen, dass erst ab dem Zeitpunkt, in dem das Opfer den Wirkungsbereich des Tatmittels erreicht, dessen Rechtsgüter gefährdet sind; jedoch wird damit das unmittelbare Ansetzen des Täters entgegen dem Gesetzeswortlaut (§ 22 StGB) in ein unmittelbares Ansetzen des Opfers verkehrt.<sup>25</sup> Der Gegeneinwand, dass das Opfer als Werkzeug des Täters zur Tat ansetze,<sup>26</sup> kann deshalb nicht überzeugen, weil der Täter für das vermeintlich unmittelbare Ansetzen durch das Opfer nicht kausal geworden ist.<sup>27</sup> Das Opfer muss gegen sich selbst tätig werden, wird es jedoch nicht durch Einwirken des Täters. Zum anderen würde der Anwendungsbereich des unmittelbaren Ansetzens zu weit beschränkt, wenn dieses nur auf Fälle begrenzt bliebe, in denen das Opfer bereits im Wirkungsbereich des Tatmittels eingetroffen ist, obwohl der Täter bereits lange vorher aus seiner Sicht alles Erforderliche getan hat. Erkennt das Opfer die Falle, wäre eine Versuchsstrafbarkeit stets ausgeschlossen. Zudem ist zu bemerken, dass das Kriterium der tatsächlichen Opfergefährdung mit § 22 StGB kollidiert, wonach für die Beurteilung der Gefährdung gerade die subjektive Täter-

<sup>15</sup> BGHSt (GrS) 30, 105 (115); *Rössner/Wenkel* (Fn. 12), § 211 StGB Rn. 16; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 39. Aufl. 2015, Rn. 108; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 2 Rn. 30.

<sup>16</sup> *Ambos*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Fn. 12), § 22 StGB Rn. 16; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 721, jeweils m.w.N.; *Krey/Esser*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1214.

<sup>17</sup> So die gemischt subjektiv-objektive Theorie der h.M. Siehe hierzu statt vieler BGH wistra 2008, 105 f.; *Rönnau*, JuS 2013, 879.

<sup>18</sup> *Gössel*, JR 1976, 249 (250); *Hillenkamp*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 140 f.; *Ambos* (Fn. 16), § 22 StGB Rn. 28.

<sup>19</sup> *Hillenkamp* (Fn. 18), § 22 Rn. 140 f.; vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 34 Rn. 51.

<sup>20</sup> *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 9 Rn. 73; *Rengier* (Fn. 1), § 34 Rn. 51; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 196 ff.; *Engländer*, JuS 2003, 330 (334 ff.).

<sup>21</sup> BGHSt 43, 177 (180); *Kudlich/Schuh*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 4), § 22 Rn. 59, 61; *Ambos*, Jura 2004, 492 (494); *Kudlich*, JuS 1998, 596 (599 ff.).

<sup>22</sup> *Tröndle*, in: *Tröndle/Fischer*, Strafrecht, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 49. Aufl. 2000, § 22 Rn. 19; *Meyer*, ZStW 87 (1975), 598 (609); vgl. *Roxin* (Fn. 20), § 29 Rn. 194.

<sup>23</sup> BGHSt 43, 177 (181); zust. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 106.

<sup>24</sup> BGH NStZ 2001, 475 f.; BGH NStZ 1998, 294 f.

<sup>25</sup> *Roxin* (Fn. 20), § 29 Rn. 197; siehe auch BGHSt 43, 177 (181), der dies explizit als Frage der Unmittelbarkeit kategorisiert.

<sup>26</sup> *Ambos* (Fn. 16), § 22 StGB Rn. 28; *Otto*, NStZ 1998, 243; *Hillenkamp* (Fn. 18), § 22 Rn. 140 f.

<sup>27</sup> *Roxin* (Fn. 20), § 29 Rn. 198.

vorstellung maßgeblich ist.<sup>28</sup> Die Ansicht der Rechtsprechung kann bereits deshalb nicht überzeugen, weil sie den Versuchsbeginn in Abhängigkeit vom Vorsatzgrad des Täters bestimmt. § 22 StGB bietet jedoch keine Stütze für eine nach der Vorsatzart zu differenzierende Behandlung des unmittelbaren Ansetzens.<sup>29</sup>

Insgesamt überzeugt die Bewertung der h.A., die die Parallele zum unmittelbaren Ansetzen in Fällen mittelbarer Täterschaft zieht.<sup>30</sup> Dass es hierbei entgegen den der mittelbaren Täterschaft im Regelfall zugrunde liegenden Drei-Personen-Konstellationen um ein Verhältnis zwischen nur zwei Beteiligten geht, ist unerheblich. Denn entscheidend für die Beurteilung des unmittelbaren Ansetzens ist die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen mittelbarem Täter und Werkzeug. Der Täter, der eine Falle aufstellt und sich vom Tatort wegbewegt, lässt dem weiteren Geschehen seinen Lauf, ohne es kontrollieren zu können und gibt die Rechtsgüter des Opfers einer Gefährdung preis.<sup>31</sup> Ein wahrscheinliches oder fernliegendes Eintreffen des Opfers ist für diese Beurteilung irrelevant. Dem Einwand, es fehle dabei am erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhang,<sup>32</sup> kann entgegengehalten werden, dass es keinen Unterschied machen kann, ob der Täter davon ausgeht, dass das Opfer unmittelbar nach Fallenstellung eintreffen werde oder eine Stunde danach. Dies würde dazu führen, dass der Täter, der nicht weiß, wann oder ob überhaupt sein Opfer in die Falle tappen wird, nicht unmittelbar ansetzen kann. Damit würde kein Anwendungsbereich der Versuchsstrafbarkeit in Fällen der Fallenstellung verbleiben.

H hat durch Verlassen des Tatorts den weiteren Verlauf aus der Hand gegeben. Ein möglicher Erfolgseintritt hing nach seiner Vorstellung lediglich vom Öffnen des Tors durch eines der potentiellen Opfer ab. H hat somit unmittelbar angesetzt.

#### 4. Rechtswidrigkeit

H könnte hier durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Dazu müsste sich H eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs erwehrt haben.

##### a) Notwehrlage

Ein Angriff ist jede menschliche auf die Verletzung von Rechtsgütern gerichtete Handlung.<sup>33</sup> Als geschütztes Rechtsgut kommt hier das befriedete Besitztum (§ 123 Abs. 1

StGB) in Betracht, das als eingegrenztes, nach außen als solches erkennbares und gegen ungewollten Zugang geschütztes Grundstück definiert ist.<sup>34</sup> Ein etwaiges Betreten seines Grundstücks wäre ein menschliches Verhalten und damit ein Angriff.

Gegenwärtig ist er, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.<sup>35</sup> Maßgeblich ist die objektive Sachlage zur Tatzeit.<sup>36</sup> Die Selbstschussanlage wurde bereits vor Betreten des Grundstücks installiert. Fraglich ist, ob eine im Vorfeld ergriffene Verteidigungsmaßnahme gem. § 32 StGB gerechtfertigt werden kann. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen Fällen der antizipierten und der Präventivnotwehr. Während bei letzterer der vermeintlich Notwehr Übende einem künftigen, noch nicht unmittelbar bevorstehenden Angriff entgegen wirkt,<sup>37</sup> erfasst die antizipierte Notwehr den Täter, der vor dem Angriff Verteidigungsmaßnahmen ergreift, der Verteidigungserfolg selbst aber erst im Zeitpunkt des Angriffs eintritt.<sup>38</sup> Die Gegenwärtigkeit des Angriffs wird hierbei bejaht,<sup>39</sup> da die Verteidigungsanlage erst durch den Angriff selbst ausgelöst wird, und dieser zumindest unmittelbar bevorsteht. Durch die Selbstschussanlage wird die Verteidigungshandlung erst im Zeitpunkt des Angriffs ausgeführt. Im Ergebnis wäre der Angriff im Zeitpunkt des Betretens des Grundstücks damit gegenwärtig.

Der Angriff ist rechtswidrig, wenn er in objektivem Widerspruch zur Rechtsordnung steht.<sup>40</sup> Eine Rechtfertigung ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass H mit dem Betreten des Grundstücks einverstanden war, um die Selbstschussanlage auszulösen. Das Einverständnis i.R.d § 123 Abs. 1

<sup>34</sup> RGSt 36, 395 (397); *Fahl*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 4), § 123 Rn. 4; *Wessels/Hettinger* (Fn. 15), Rn. 582.

<sup>35</sup> BGH JZ 2003, 50 (51); *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 32 Rn. 104.

<sup>36</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 492; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 80.

<sup>37</sup> *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 81; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 22. Konstellationen der Präventivnotwehr sind nach h.M. einer Rechtfertigung gem. § 32 StGB nicht zugänglich: *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Fn. 12), § 32 StGB Rn. 14; *Fischer* (Fn. 5), § 32 Rn. 19; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 489; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 81; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 349; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 4), § 32 Rn. 15; a.A. *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 12/27; *Krey*, *ZStW* 90 (1978), 173 (188 f.).

<sup>38</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 490; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 81; zu Selbstschussanlagen *Heinrich*, *ZIS* 2010, 183 (185 ff.).

<sup>39</sup> *Duttge* (Fn. 37), § 32 StGB Rn. 36; *Rosenau* (Fn. 37), § 32 Rn. 15; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 81; *Fischer* (Fn. 5), § 32 Rn. 20; *Müssig*, *ZStW* 115 (2003), 224 (240 f.); *Heinrich*, *ZIS* 2010, 183 (185 f.); a.A. *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 15.

<sup>40</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 28.

<sup>28</sup> *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, Rn. 85d; *Roxin* (Fn. 20), § 29 Rn. 199; vgl. auch *Jäger* (Fn. 12), Rn. 305; a.A. *Rengier* (Fn. 1), § 34 Rn. 50.

<sup>29</sup> *Roxin* (Fn. 20), § 29 Rn. 219; krit. auch *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 22 Rn. 42.

<sup>30</sup> A.A. *Heckler*, *NStZ* 1999, 79.

<sup>31</sup> So auch *Gropp* (Fn. 20), § 9 Rn. 73; *Murmann* (Fn. 2), § 28 Rn. 76; *Eser/Bosch* (Fn. 29), § 22 Rn. 42.

<sup>32</sup> BGHSt 43, 177 (181); *Ambos* (Fn. 16), § 22 StGB Rn. 28; siehe auch *ders.*, *Jura* 2004, 492 (494).

<sup>33</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 6; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 483.

StGB wirkt tatbestandsausschließend<sup>41</sup> und führt zu einem versuchten Hausfriedensbruch,<sup>42</sup> der trotz fehlender Versuchsstrafbarkeit einen objektiven Widerspruch zur Rechtsordnung darstellt, da die Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht seine Strafbarkeit voraussetzt.<sup>43</sup>

#### b) Notwehrhandlung

Der Schuss aus der Selbstschussanlage müsste geeignet, erforderlich und geboten sein. Ein Schuss hätte den Täter verletzt oder gar getötet und somit den Angriff zumindest erschwert. Die Erforderlichkeit verlangt die Verwendung des mildesten zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittels,<sup>44</sup> und scheitert hier zum einen daran, dass gegen ein unbefugtes Betreten des Grundstücks mildere Mittel (Verweis) als der sofortige Schusswaffeneinsatz zur Verfügung stehen. Zum anderen ist zu beachten, dass der Einsatz lebensgefährdender Waffen nach der Rspr. restriktiven Anforderungen unterliegt: Im Rahmen des Möglichen ist danach ein dreistufiges Vorgehen zu verlangen (Androhung, Verletzung weniger sensibler Körperpartien und schlussendlich die Tötung).<sup>45</sup> Da sofort ein verletzender, womöglich tödlicher Schuss abgegeben würde, sind diese Anforderungen nicht beachtet worden. H kann sich nicht auf Notwehr berufen.

#### 5. Schuld

Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe greifen nicht ein.

#### 6. Rücktritt

H könnte jedoch strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein, indem er die Selbstschussanlage entfernte. Hierfür dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter in der konkreten Tatsituation erkennt, dass er den gewünschten Erfolg nicht mehr mit den ihm zur Tatzeit zur Verfügung stehenden Mitteln und nicht ohne zeitliche Zäsur herbeiführen kann.<sup>46</sup> Das Auslösen der Anlage war bis zum Eintreffen eines Opfers weiterhin möglich. Der Versuch ist nicht fehlgeschlagen.

Die Rücktrittsbedingungen richten sich gem. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB danach, ob der Versuch beendet oder unbeendet ist. Der Versuch ist beendet, wenn der Täter nach seiner Vorstellung alles getan hat, um den Tatbestandserfolg eintreten zu lassen.<sup>47</sup> H hat eine schussbereite Waffe in Posi-

tion gebracht, die nur noch vom Opfer ausgelöst werden musste. Aus Sicht des H war alles Erforderliche getan um den Erfolg eintreten zu lassen und der Versuch beendet. Die Rücktrittsbedingungen ergeben sich insoweit aus § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB. Danach müsste H den Erfolg aktiv verhindert haben. H hat hier die Selbstschussanlage entfernt, damit aktiv in den Kausalverlauf eingegriffen und so den Erfolgseintritt verhindert.

Die Freiwilligkeit ist nach der normativen Theorie unter Beachtung der ratio des § 24 StGB zu bestimmen und verlangen, dass der Täter entgegen seines ursprünglichen Tatplans in die Legalität zurückkehre.<sup>48</sup> Die unter anderem in der Rspr. vertretene psychologische Theorie verlangt, dass die Entscheidung zur Tataufgabe frei von äußerer Beeinflussung sein müsse und der Täter weiter „Herr seiner Entschlüsse“ bleibe.<sup>49</sup> H hat die Entscheidung, die Selbstschussanlage zu entfernen, in eigener Entscheidungsfreiheit gewonnen und sich dazu entschieden, die Tat entgegen seines Vorhabens abubrechen. Damit liegt nach beiden Ansichten eine freiwillige Tataufgabe vor.

#### 7. Ergebnis

H hat sich nicht gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### II. Strafbarkeit des H gem. §§ 223 Abs. 1, 2, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 5, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Die Versuchsstrafbarkeit folgt aus §§ 223 Abs. 2, 224 Abs. 2 StGB. Der Schuss auf einen Menschen ist eine Behandlung mit nicht nur unerheblich beeinträchtigenden Folgen und ruft einen pathologischen Zustand hervor. Bei dem Jagdgewehr handelt es sich um eine Waffe im technischen Sinne, auf deren Verwendung der Tatentschluss ebenso wie auf die Herbeiführung der Verletzung mittels einer konkret lebensgefährlichen Behandlung gerichtet war. Jedoch ist H auch hier strafbefreiend zurück getreten.

#### B. Zweiter Tatkomplex – Prügelei im Garten

##### I. Strafbarkeit der M gem. § 223 Abs. 1 StGB

M könnte sich durch die Schläge zulasten der A der Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Die Verletzungen der A sind auf eine kausale Handlung der M in Form der Schläge zurückzuführen. Dieser Erfolg ist der M auch objektiv zuzurechnen. M wollte die A verletzen und handelte somit absichtlich. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

##### 1. Schuldunfähigkeit

M war zum Zeitpunkt der Tat (§ 17 S. 1 StGB) alkoholbedingt schuldunfähig. Eine Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 scheidet zunächst aus. Dass M den Tatplan bereits vor dem

<sup>41</sup> *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 118; *Rengier* (Fn. 1), § 23 Rn. 40 ff.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 451.

<sup>43</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 493; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 30.

<sup>44</sup> *Krey/Esser* (Fn. 16), § 14 Rn. 503; *Kühl* (Fn. 28), § 7 Rn. 91; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 36.

<sup>45</sup> BGH NStZ 2014, 147 (148 f.).

<sup>46</sup> BGH StraFo 2015, 291; BGH NStZ 2010, 690 (691); *Ambos* (Fn. 16), § 24 StGB Rn. 5.

<sup>47</sup> BGH NStZ 2015, 509; *Ambos* (Fn. 16), § 24 StGB Rn. 11; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 32 Rn. 8.

<sup>48</sup> *Ambos* (Fn. 16), § 24 StGB Rn. 5; *Roxin* (Fn. 20), § 30 Rn. 355, 379 ff.; vgl. *Gropp* (Fn. 20), § 9 Rn. 157.

<sup>49</sup> BGH Kriminalistik 2015, 299; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 51 III. 2.; *Heger*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 5), § 24 Rn. 23.

Eintritt ihrer Schuldunfähigkeit gefasst hatte, ändert daran nichts, da die Schuldfähigkeit im Zeitpunkt der Tatbegehung maßgeblich ist (Koinzidenzprinzip; § 20 StGB).

## 2. Actio libera in causa

Bei Taten, die im Zustand alkoholbedingter Schuldunfähigkeit begangen werden, begründet § 323a StGB eine Bestrafung wegen Vollrauschs. Aufgrund des z.T. gravierenden Unterschieds zwischen dem Strafmaß von § 323a StGB zu dem der potentiellen Rauschtat (ggf. §§ 212 Abs. 1, 211 StGB) erfährt die Lösung über eine Bestrafung aus § 323a StGB Kritik.<sup>50</sup> Nach den Grundsätzen der actio libera in causa (a.l.i.c.) eröffnet sich die Möglichkeit einer Bestrafung aus vorsätzlichem oder fahrlässigem Delikt, dessen Anwendung grundsätzlich wegen Schuldunfähigkeit gesperrt ist. Hierbei wird an das in schuldfähigem Zustand erfolgte Herbeiführen des Defektzustandes angeknüpft, und eine Strafbarkeit für dasjenige Verhalten begründet, dass in seinem Ursprung frei von Schuldmängeln ist.<sup>51</sup> Zu differenzieren ist zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger a.l.i.c., je nachdem, ob der Täter sich vorsätzlich oder fahrlässig in den Rausch versetzt.<sup>52</sup> M hatte im Zustand der Schuldunfähigkeit einen Vorsatz sowohl hinsichtlich der Herbeiführung des Defektzustandes als auch der Begehung der Rauschtat (Doppelvorsatz). Somit liegt die Konstellation vorsätzlicher a.l.i.c. vor. Über die Begründung der Rechtsfigur der a.l.i.c. besteht nach wie vor Streit.

### a) Tatbestandsmodelle

Eine in Rspr. und Literatur herrschende Ansicht bezieht i.R.e. tatbestandlichen Lösung das Herbeiführen des Defektzustandes in die tatbestandsmäßige Verletzungshandlung ein.<sup>53</sup> Dabei lassen sich verschiedene Begründungsansätze ausmachen. In Form der Vorverlagerungstheorie wird die Tatbestandshandlung bereits in der Vornahme des die Schuldunfähigkeit begründenden Zustands gesehen (actio praecedens).<sup>54</sup> Ver-

einzel wird zur Begründung auch die Konstruktion mittelbarer Täterschaft herangezogen, wonach der Täter im schuldunfähigen Zustand als sein eigenes Werkzeug im schuldfähigen Zustand zu betrachten sei.<sup>55</sup> Nach den Tatbestandsmodellen wäre das sich Betrinken Teil der tatbestandlichen Ausführungshandlung der Körperverletzung. Da M im Zeitpunkt des sich Betrinkens schuldfähig war, wäre eine Bestrafung aus § 223 Abs. 1 StGB hier möglich.

### b) Ausdehnungstheorie

Eine weitere Auffassung fokussiert auf den Terminus „bei Begehung der Tat“ in § 20 StGB. Dieser Begriff sei in einem weiten Sinne zu verstehen, der ebenfalls schuldrelevantes Vorverhalten erfasse.<sup>56</sup> Der Unterschied zu den Tatbestandsmodellen ist eine andere Interpretation des Begriffs der Tat des § 20 StGB. Hier besteht zwischen der Rauschtat und dem sich in den Rausch Versetzen eine schuldrelevante Einheit, ohne dass das Ansetzen zum Versetzen in den Rausch ein Ansetzen zur Rauschtat begründen würde.<sup>57</sup> Auch hier wäre das sich Betrinken als schuldrelevantes Vorverhalten vom Tatbegriff des § 20 StGB erfasst und eine Bestrafung aus § 223 Abs. 1 StGB eröffnet.

### c) Unrechtstheorie

Eine weitere Position geht von einer Gesamtbetrachtung des verwirklichten Unrechts aus. Hierbei wird die Herbeiführung des Defektzustandes in die materielle Unrechtsbetrachtung der Rauschtat einbezogen.<sup>58</sup> Nach dieser Ansicht ist das sich Betrinken Teil des Unrechtsgehalts des § 223 Abs. 1 StGB und würde die Möglichkeit einer Bestrafung aus der Rauschtat bieten.

### d) Ausnahmmodell

Einer weiteren Auffassung zufolge stelle die a.l.i.c. eine gewohnheitsrechtliche Ausnahme zur in § 20 StGB niedergeschriebenen Koinzidenz von Tatbegehung und Schuld dar.<sup>59</sup> Der Gesetzgeber habe diese Ausnahme ohne ausdrückliche Begründung akzeptiert.<sup>60</sup> Dem Täter, der den Defektzustand zu vertreten hat, sei seine Berufung auf die Schuldunfähigkeit

<sup>50</sup> So bspw. *Kühl* (Fn. 28), § 11 Rn. 8; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 598 f. Siehe auch *Fischer* (Fn. 5), § 20 Rn. 55 („erhebliches praktisch-normatives Bedürfnis“).

<sup>51</sup> *Ambos*, NJW 1997, 2296; *Kühl* (Fn. 28), § 11 Rn. 6; *Jäger* (Fn. 12), Rn. 177.

<sup>52</sup> *Murmann* (Fn. 2), § 26 Rn. 11; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 18/24; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 599; *Kaspar*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 4), § 20 Rn. 105 ff.

<sup>53</sup> BGHSt 17, 333 (335); 34, 29 (33); *Timpe*, JA 2010, 514 (515); *Rengier* (Fn. 1), § 25 Rn. 15; *Frister* (Fn. 52), 18/24; *Rudolphi*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 20 Rn. 28d ff.; im Grundsatz zugleich unter Verwerfung der Ausnahme- und Ausdehnungstheorie auch BGHSt 42, 235 (239 ff.).

<sup>54</sup> BGHSt 17, 333 (335); 21, 381 (382); *Freund*, GA 2014, 137 (138 ff.); *Fischer* (Fn. 5), § 20 Rn. 52; *Perron/Weißer*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 20 Rn. 35b. Der BGH hat jedoch entschieden, dass die a.l.i.c. im Fall von eigenhändi-

gen und Tätigkeitsdelikten nicht eingreife und es zudem der Konstruktion fahrlässiger a.l.i.c. nicht bedürfe (BGHSt 42, 235 [236 f., 240]; 40, 341 [343]).

<sup>55</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 20 Rn. 61; *Joecks* (Fn. 11), § 323a Rn. 33; *Dold*, GA 2008, 427; *Satzger*, Jura 2006, 513.

<sup>56</sup> *Safferling* (Fn. 5), § 20 Rn. 79; *ders.*, JA 2007, 183 (185); *Krell*, ZJS 2010, 640 (644); *Streng*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 35), § 20 Rn. 128 f.; *ders.*, JZ 2000, 20 (22 f.).

<sup>57</sup> Vgl. *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 604.

<sup>58</sup> *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa, 1992, S. 27 ff.; ähnlich *Freund*, GA 2014, 137.

<sup>59</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 49), § 40 VI. 1.; *Kühl* (Fn. 28), § 11 Rn. 10; vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 634; *Fischer* (Fn. 5), § 20 Rn. 55 („keine durchgreifenden Bedenken“).

<sup>60</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 634; *Schöch*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 18), § 20 Rn. 199.

zur Tatzeit unter Verweis auf das Rechtsmissbrauchsprinzip verwehrt.<sup>61</sup> Nach dieser Ansicht ist M die Körperverletzung trotz Schuldunfähigkeit vorzuwerfen.

#### e) Unvereinbarkeitstheorie

Eine weitere Auffassung sieht in der a.l.i.c. als Strafbarkeitsbegründung ohne gesetzliche Grundlage einen Verfassungsverstoß.<sup>62</sup> Kriminalpolitische Erwägungen vermögen den Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und das Schuldprinzip nicht zu rechtfertigen, sondern forderten ein Tätigwerden des Gesetzgebers.<sup>63</sup> Demnach wäre eine Bestrafung aus § 223 Abs. 1 StGB gesperrt.

#### f) Stellungnahme

Die tatbestandliche Voranknüpfung an das Herbeiführen des Defektzustandes gerät zwar nicht mit § 20 StGB in Konflikt, müsste jedoch in der Konsequenz den Täter, der sich betrunken hat, bereits wegen Versuchs bestrafen, selbst wenn dieser von der eigentlichen Verletzungshandlung absieht.<sup>64</sup> Auch vermag der Ansatz nicht zu überzeugen, wonach der Täter als eigenes Werkzeug im schuldfähigen Zustand handle. Das Gesetz geht in § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB davon aus, dass mittelbarer Täter und unmittelbar tatusführendes Werkzeug personenverschieden sind. Dies ist aber bei der Konstruktion des Tatbestandsmodells gerade nicht der Fall. Die Ausdehnungstheorie überdehnt den Wortlaut des Tatbegriffs in § 20 StGB. Wenn der Versuchsbeginn zu Recht auf das unmittelbare Ansetzen der eigentlichen Rauschtat beschränkt wird, dann muss auch das Bewirken des Defektzustandes als straflose Vorbereitung aus dem Tatbegriff ausgeschlossen werden.<sup>65</sup> Das Vorbringen, die a.l.i.c. sei als eine Ausnahme zum Koinzidenzprinzip gem. § 20 StGB („bei Begehung der Tat“) anzusehen, verfängt in Anbetracht der fehlenden gesetzlichen Grundlage nicht. Eine gewohnheitsrechtliche Begründung der Strafbarkeit – von der schon, wie *Rengier* richtig ausführt,<sup>66</sup> angesichts der aktuellen Diskussion ohnehin nicht ausgegangen werden kann – überzeugt vor dem Hintergrund des nach

h.M. auch im allgemeinen Teil anwendbaren<sup>67</sup> Art. 103 Abs. 2 GG nicht.<sup>68</sup> Da es sich bei dem Koinzidenzprinzip um einen „fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsatz der Verbrechenlehre“ handelt,<sup>69</sup> bedarf es für eine Abweichung einer gesetzlichen Grundlage, wie im Fall des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB.<sup>70</sup> Eine solche explizite Ausnahme kennt § 20 StGB jedoch nicht, weshalb eine Anerkennung ohne gesetzliche Grundlage einen Verfassungsverstoß begründet.<sup>71</sup> Zwar ist in Hinblick auf den Strafrahmen des § 323a StGB einzugestehen, dass – selbst wenn die objektive Bedingung der Strafbarkeit das Unrecht mit kennzeichnet<sup>72</sup> – durch eine Bestrafung wegen Vollrauschs der Unrechtsgehalt der Rauschtat nicht in gleichem Maße wie bei einer Verurteilung aus dem Rauschtatbestand selbst zum Tragen kommt.<sup>73</sup> Doch kann der Einwand ebenso wenig wie das Vorbringen überzeugen, dass bei Ablehnung der a.l.i.c. Strafbarkeitslücken drohten.<sup>74</sup> Denn § 323a StGB erfasst gerade die Konstellationen, in denen der Täter den Defektzustand verantwortlich herbeiführt. Die Kritik betrifft allein den bisweilen als unzureichend bezeichneten Strafrahmen. Doch können kriminalpolitische Erwägungen die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht ausräumen. Es lassen sich somit keine überzeugenden Argumente vorbringen, die eine Ausnahme vom Koinzidenzprinzip rechtfertigen. Kriminalpolitisch unbefriedigende Ergebnisse sind hinzunehmen. M hat sich nicht gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. Strafbarkeit der M gem. § 323a StGB

M könnte sich durch das sich Betrinken des Vollrauschs gem. § 323a StGB schuldig gemacht haben. Tathandlung des § 323a StGB ist das vorsätzliche sich Versetzen in einen Rausch. Ein Rausch ist ein durch Intoxikationsmittel hervor-

<sup>61</sup> *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 13 Rn. 26; *ders.*, in: Freund (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 609; *Kühl* (Fn. 28), § 11 Rn. 9; *Kindhäuser* (Fn. 47), § 23 Rn. 6; vgl. *Kölbel*, GA 2005, 36 (40 f.).

<sup>62</sup> *Rönnau*, JuS 2010, 300 (302); *Kaspar* (Fn. 52), § 20 Rn. 102; *Conen*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 20 Rn. 104; *Kindhäuser* (Fn. 47), § 23 Rn. 10.

<sup>63</sup> *Ambos*, NJW 1997, 2296 (2298) mit Verweis auf ausländische Rechtsordnungen; *Kindhäuser* (Fn. 47), § 23 Rn. 21; *Fischer* (Fn. 5), § 20 Rn. 55; *Paeffgen*, in: Egg/Geisler (Hrsg.), Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, 2000, S. 49.

<sup>64</sup> Vgl. *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 602.

<sup>65</sup> *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 604. Konsequenterweise sieht *Roxin* das unmittelbare Ansetzen im Herbeiführen des Rauschzustands (*Roxin* [Fn. 55], § 20 Rn. 61).

<sup>66</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 25 Rn. 9.

<sup>67</sup> Dafür *Rössner*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Fn. 12), § 1 StGB Rn. 2; *Joecks* (Fn. 11), § 1 Rn. 8; für die hier einschlägige Frage der Erstreckung auf § 20 auch *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 35), § 1 Rn. 13; *Basak*, in: *Matt/Reznikowski* (Fn. 5), § 1 Rn. 6; dagegen *Tiedemann*, in: *Arzt* (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992, S. 10; *Hardwig*, ZStW 78 (1966), 1 (8 f.).

<sup>68</sup> *Schöch* (Fn. 60), § 20 Rn. 199; *Rengier* (Fn. 1), § 25 Rn. 9; *Murmann* (Fn. 2), § 11 Rn. 29; krit. auch *Kühl* (Fn. 28), § 11 Rn. 11.

<sup>69</sup> *Kindhäuser* (Fn. 47), § 23 Rn. 10.

<sup>70</sup> Siehe jedoch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 634, die lediglich eine gesetzliche Klarstellung fordern.

<sup>71</sup> So auch BGHSt 42, 235 (241); *Kindhäuser* (Fn. 47), § 23 Rn. 10; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 606; *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Aufl. 2008, Rn. 514.

<sup>72</sup> Dafür *Kindhäuser* (Fn. 47), § 6 Rn. 13; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 133; dagegen *Murmann* (Fn. 2), § 14 Rn. 9; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 206, 208; wohl auch *Krey/Esser* (Fn. 16), § 11 Rn. 372.

<sup>73</sup> *Murmann* (Fn. 2), § 11 Rn. 28; *Hirsch*, NSTz 1997, 230 (231); *Kühl* (Fn. 28), § 11 Rn. 8, 18; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 607.

<sup>74</sup> *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 607.

gerufener Zustand, der zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit führt und zumindest das Maß eingeschränkter Schuldunfähigkeit im Sinne des § 21 StGB erreicht.<sup>75</sup> M hat absichtlich Alkohol getrunken und den Zustand der Schuldunfähigkeit erreicht und sich damit vorsätzlich in einen Rausch versetzt. Die Rauschstat stellt eine objektive Bedingung der Strafbarkeit dar,<sup>76</sup> und verlangt die rechtswidrige Erfüllung eines Straftatbestandes (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB). M hat den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB zulasten der A vorsätzlich und rechtswidrig erfüllt. Eine Rauschstat liegt vor. M hat sich gem. § 323a StGB strafbar gemacht.

### C. Dritter Tatkomplex – Die Handgranate

#### I. Strafbarkeit der A gem. §§ 211, 212 Abs. 1 StGB

A könnte sich des Mordes gem. §§ 211, 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie die Granate unter dem Wagen der M platzierte.

##### 1. Tatbestand

###### a) Objektiver Tatbestand

A hat mit Anbringen der Granate eine zum Todeserfolg führende Kausalkette in Gang gesetzt. Der Tod der E ist A zudem objektiv zurechenbar. E hatte beim Zurücksetzen des Wagens keine Kenntnis von der Granate und war zur Zeit der Detonation arglos. Aufgrund ihrer Arglosigkeit sah sie sich zur Verteidigung nicht veranlasst und war demnach auch wehrlos. Diesen Umstand hat A bewusst zur Tötung ausgenutzt und handelte auch in feindlicher Willensrichtung. Sie hat somit das Mordmerkmal der Heimtücke erfüllt.

Darüber hinaus könnte A die E mit gemeingefährlichen Mitteln getötet haben. Die Gemeingefährlichkeit eines Tatmittels ergibt sich nach h.M. aus seiner generellen Eignung zur Gefährdung mehrerer Unbeteiligter an Leib oder Leben in der konkreten Tatsituation und der fehlenden Beherrschbarkeit des Tatmittels durch den Täter.<sup>77</sup> Eine abstrakte Gefährlichkeit des Tatmittels genügt hingegen nicht.<sup>78</sup> A hat die Sprengwirkung der Granate in der Auffahrt und damit in der Nähe zum öffentlichen Verkehrsraum herbeigeführt, wobei die tödliche Verletzung unbeteiligter Personen im Raum stand, die sie nicht kontrollieren konnte. Sie hat somit objektiv mit gemeingefährlichen Mitteln getötet.

<sup>75</sup> BGH NStZ-RR 2000, 80 (81); BGHSt 32, 48; *Küper/Zopfs* (Fn. 13), Rn. 413; *Kindhäuser* (Fn. 15), § 71 Rn. 16; *Geppert*, Jura 2009, 40 (42). Zur Abkehr von den sog. „Promillegrenzen“ *Fahl*, JuS 2005, 1076 (1077).

<sup>76</sup> *Rengier* (Fn. 4), § 41 Rn. 13; *Joecks* (Fn. 11), § 323a Rn. 17; *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 8), Rn. 1144; ausführlich dazu *Geppert*, Jura 2009, 40 (43 ff.).

<sup>77</sup> BGHSt 34, 13 f.; 38, 353 f.; *Fischer* (Fn. 5), § 211 Rn. 59; *Kindhäuser* (Fn. 15), § 2 Rn. 33.

<sup>78</sup> *Momsen* (Fn. 4), § 211 Rn. 63; *Rengier* (Fn. 4), § 4 Rn. 46; *Safferling* (Fn. 5), § 211 Rn. 59; a.A. *Sinn*, in: *Wolter* (Fn. 53), § 211 Rn. 61.

###### b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich bleibt, wie sich der Umstand auswirkt, dass bei der Detonation der Granate E, und nicht wie beabsichtigt, M zu Tode kam. Es handelt sich um eine Konstellation sogenannter mittelbarer Individualisierung des Tatopfers. Der Vorsatz könnte aufgrund eines Irrtums über das Tatobjekt in Person des getroffenen Opfers gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeschlossen sein. Hiernach handelt der Täter ohne Vorsatz, wenn er zur Zeit der Tat Umstände nicht kennt, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Die Objektverwechslung ließe sich als ein Irrtum über die Identität des Tatobjekts betrachten (*error in persona*). In der Konsequenz wäre dieser aufgrund der Gleichwertigkeit von erstrebtem und getroffener Opfer unerheblich und ein von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht erfasster Motivirrtum, der den Vorsatz unberührt lässt.<sup>79</sup> Es ließe sich jedoch auch argumentieren, dass A mit der Bombe das anvisierte Ziel verfehlt hat, der Angriff fehlgeschlagen war und damit eine *aberratio ictus* vorliegt. Nach dieser Ansicht könnte das objektive Tatgeschehen nicht mehr vom Vorsatz erfasst sein.

*Hinweis:* An dieser Stelle bedarf es nicht der „klassischen“ Abgrenzung der *aberratio ictus* zum *error in persona*. Es handelt sich hier um eine Konstellation mittelbarer Opferindividualisierung, bei der es insbesondere zu berücksichtigen gilt, dass der Täter sein Opfer nur mittelbar anvisieren kann („Distanzangriff“). Vor diesem Hintergrund ist die rechtliche Behandlung dieser Fallkonstellationen eine von der Abgrenzung der *aberratio ictus* zum *error in persona* zu differenzierende.<sup>80</sup> Maßgebliche Bedeutung kommt insoweit der Frage nach dem Bezugspunkt der Vorsatzkonkretisierung zu.

A hat hier beabsichtigt, den Fahrer, der zuerst das Fahrzeug nutzt und damit losfährt, mit der Granate zu töten. Es gilt somit klären, ob eine hinreichende Vorsatzkonkretisierung eingetreten ist, und bejahendenfalls, ob der Fall als unbeachtlicher Motivirrtum oder als beachtliche *aberratio ictus* zu bewerten ist.

Die h.M.<sup>81</sup> behandelt Irrtümer bei der Individualisierung des Tatopfers im räumlich-zeitlichen Distanzverhältnis als einen unbeachtlichen Motivirrtum. Insbesondere der BGH begründet dies mit dem Argument, der Täter visiere sein Opfer mittelbar mittels des Tatwerkzeugs (bspw. einer Auto-

<sup>79</sup> So die mittlerweile allg. Meinung: BGHSt 37, 214 (216); *Kühl* (Fn. 28), § 13 Rn. 20; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 362; *Frister* (Fn. 52), 11/55; *Rengier* (Fn. 1), § 15 Rn. 22.

<sup>80</sup> Ausf. dazu etwa *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 18), § 16 Rn. 86 f.; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 485 ff.

<sup>81</sup> BGH NStZ 1998, 294 (295); *Vogel* (Fn. 80), § 16 Rn. 87; *Momsen* (Fn. 4), §§ 15, 16 Rn. 103; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 371; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63; *Kühl* (Fn. 28), § 13 Rn. 27; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 23), § 8 Rn. 96; *Roxin* (Fn. 55), § 12 Rn. 198.

bombe) an, weshalb sich das getroffene Opfer innerhalb des Tatplans bewege.<sup>82</sup> Entscheidend ist für diese Auffassung, anhand welcher Bezugspunkte eine Vorsatzkonkretisierung eintritt. Einerseits wird vom wohl überwiegenden Teil dieser Auffassung zur Voraussetzung erhoben, dass sich das Tatgeschehen in räumlich-zeitlicher Hinsicht so abspiele, wie vom Täter erwartet.<sup>83</sup> Folgt man dieser Ansicht, käme man zu dem Ergebnis, dass eine Vorsatzkonkretisierung eingetreten ist, da A die Tat mittels der fernwirkenden Granate begehen wollte und davon ausging, dass ihr anvisiertes Opfer den Wagen benutzen und dabei den Tod finden würde. Das Tatgeschehen hat sich sodann auch so verwirklicht, wobei sich lediglich die Identität des vorgestellten von der des getroffenen Opfers unterscheidet. Ähnlich argumentiert *Roxin*, wenn er auf die Vorstellung des Täters von Tatort und -zeit abstellt.<sup>84</sup> Das Tatgeschehen deckt sich hinsichtlich vorgestellter Tatzeit und geplantem Tatort mit der Vorstellung der A, sodass auch nach dieser Auffassung eine Vorsatzkonkretisierung zu bejahen ist. Andererseits knüpft *Puppe* an den tatbestandsmäßigen Objektbegriff an.<sup>85</sup> Anvisiertes und getroffenes Opfer unterfallen beide der vom Tatbestand abstrakt beschriebenen Objektrolle, sodass auch insoweit eine Vorsatzkonkretisierung eingetreten ist. Eine weitere Ansicht verweist für eine Vorsatzkonkretisierung auf das konkret vorgestellte Tatobjekt.<sup>86</sup> Da das konkret vorgestellte und das tatsächlich getroffene Objekt nicht identisch sind, scheidet eine Vorsatzkonkretisierung in Bezug auf E nach dieser Ansicht aus. Zuletzt wird eine Konkretisierung nur in Bezug auf das bei Tatausführung visuell wahrnehmbare Opfer befürwortet.<sup>87</sup> Da das getroffene Opfer hier zur Zeit der Tatbegehung nicht visuell wahrnehmbar war, gelangt auch diese Ansicht nicht zur Konkretisierung des Vorsatzes. Die beiden letztgenannten Ansichten gelangen zu dem Ergebnis, dass der Vorsatz nicht hinreichend konkretisiert ist. Insoweit ist jedoch bereits zu bemängeln, dass die Ansicht, die auf das konkret vorgestellte Tatobjekt abstellt, die tatbestandlichen Anforderungen über ihren Wortlaut hinaus unzulässig beschränkt, da § 16 Abs. 1 S. 1 StGB lediglich vom allgemein gefassten gesetzlichen Tatbestand spricht, jedoch nicht auf das konkret vorgestellte Tatopfer abstellt. Zudem würde – und dieser Kritikpunkt ist auch gegen die letztgenannte Ansicht vorzubringen – der Anwendungsbereich des fehlgehenden Angriffs auf die Fälle begrenzt, in denen der Täter sein Opfer unmittelbar wahrnimmt. Der Täter, der sein Opfer i.R.e. sogenannten Distanz-

angriffs überrascht und damit gefährlicher ist, würde unangemessen privilegiert. Im Ergebnis vermögen die letztgenannten Ansichten nicht zu überzeugen. Nach den vorzuzugewürdigten Auffassungen hinsichtlich der Anforderungen an die Konkretisierung des Vorsatzes bezieht sich dieser auch auf den Tod der E.

Die Gegenansicht<sup>88</sup> behandelt die Fälle mittelbarer Opferindividualisierung nach den Grundsätzen der aberratio ictus. Zur Begründung wird angeführt, dass die Vorsatzkonkretisierung durch die mittelbare Individualisierung zu weit vorverlagert sei.<sup>89</sup> Nach *Herzberg* trete an die Stelle der visuellen Erfassung des Opfers die „geistige Identitätsvorstellung“<sup>90</sup>. Demnach würde sich E außerhalb der Tätervorstellung bewegen, was zum Vorsatzausschluss führen würde.

Im Ergebnis verdient die h.M. und mit ihr die Bewertung der Konstellation mittelbarer Opferindividualisierung als Fall des error in persona den Vorzug. Zunächst ist die Argumentation vorzuzugewürdig, die auf die Vorstellung des Täters hinsichtlich des weiteren Geschehensablaufs abstellt. Denn wenn die Identität des Opfers bei dessen visueller Wahrnehmbarkeit irrelevant ist, leuchtet nicht ein, warum es dem Täter zugutekommen soll, wenn sich das Geschehen seiner Vorstellung entsprechend abspielt und nur in Bezug auf die Opferidentität von dieser abweicht.<sup>91</sup> Wie *Jakobs* festgestellt hat, handelt es sich insoweit um eine irrelevante „Zusatzindividualisierung“<sup>92</sup>. Insofern gebietet sich bereits eine Gleichbehandlung mit der Konstellation des error in persona, wenn sich Täter und Opfer gegenüber stehen. Ergänzend lässt sich darauf verweisen, dass derjenige, dem durch die Wahl seines Tatmittels eine unmittelbare Konkretisierung unmöglich ist, das Individualisierungsrisiko zu tragen hat,<sup>93</sup> weshalb auch das Gegenvorbringen, der Täter habe die Gefahrrealisierung in einer dritten Person verkannt, nicht überzeugt. Zudem verfängt das Argument zu weit vorverlagerter Vorsatzkonkretisierung nicht. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB spricht vom Vorsatz zur Zeit der Tat. Bei der Tathandlung mittels fernwirkenden Tatmittels (also etwa Anbringen der Granate) hat der Täter durch die Errichtung der Falle bereits unmittelbar zu Tat angesetzt. Demnach liegt ein unbeachtlicher Motivirrtum vor, der den Vorsatz unberührt lässt.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, sowie Schuldausschlussgründe liegen nicht vor.

<sup>82</sup> BGHSt 37, 214 (218 f.); BGH NStZ 1998, 294 (295); *Duttge* (Fn. 37), § 16 StGB Rn. 8; *Ambos*, Jura 2004, 492 (493).

<sup>83</sup> *Vogel* (Fn. 80), § 16 Rn. 87 m.w.N.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 371 („Programmvorgaben“); *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 23), § 8 Rn. 96.

<sup>84</sup> *Roxin* (Fn. 55), § 12 Rn. 196 ff.

<sup>85</sup> *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 52.

<sup>86</sup> *Toelpel*, JA 1996, 886 (892 f.).

<sup>87</sup> *Prittitz*, GA 1983, 110 (127 f.); *Freund*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 211 (224).

<sup>88</sup> *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 1112; *Esser/Röhling*, Jura 2009, 866 (868); *Merkel*, ZJS 2011, 376 (378).

<sup>89</sup> *Erb*, in: Freund (Fn. 61), S. 393; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 1112; *Herzberg*, JA 1981, 470 (473); *ders.*, NStZ 1999, 221.

<sup>90</sup> *Herzberg*, JA 1981, 470 (473); vgl. *ders.*, NStZ 1999, 221; *Kuhlen* (Fn. 80), S. 486 ff.

<sup>91</sup> *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63.

<sup>92</sup> *Jakobs* (Fn. 37), 8/81.

<sup>93</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 15 Rn. 47.

3. Ergebnis

A hat sich des Mordes gem. §§ 211, 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

**II. Strafbarkeit der A gem. § 303 Abs. 1 StGB**

A könnte sich durch das Anbringen der Handgranate gem. § 303 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Der Wagen ist ein körperlicher Gegenstand und damit eine Sache im Sinne des § 90 BGB. Die Fremdheit bestimmt sich nach zivilrechtlichen Eigentumsverhältnissen (§§ 903 ff. BGB).<sup>94</sup> Der PKW stand im Eigentum der M und war für A fremd. Zerstörung meint die gänzliche Aufhebung der Gebrauchsfähigkeit.<sup>95</sup> Durch die Detonation der Granate wurde die stoffliche Unversehrtheit der Sache und damit ihre Gebrauchsfähigkeit aufgehoben. Die Zerstörung erfolgte absichtlich, rechtswidrig und schuldhaft. Der gem. § 303c StGB erforderliche Strafantrag liegt vor. A hat sich gem. § 303 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

**III. Strafbarkeit der A gem. § 123 Abs. 1 StGB**

Zuletzt könnte sich A durch das Betreten des Grundstücks des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Das Grundstück ist vom Schutzbereich erfasst. Unter dem Begriff des Eindringens ist das Betreten gegen oder ohne den Willen des Berechtigten zu verstehen.<sup>96</sup> Die Umgrenzung des Grundstücks lässt einen generellen Willen des Berechtigten vermuten, den Zugang zu seinem Grundstück zu kontrollieren und bestimmten Personen zu verweigern.<sup>97</sup> A hat ohne den Willen der Nachbarn das durch das Gartentor abgegrenzte Grundstück betreten und damit den Hausfrieden gebrochen. Sie handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag liegt vor. A hat sich gem. § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

**D. Vierter Tatkomplex – Auf der Fregatte „Karlsruhe“**

*Hinweis:* Zu beachten ist, dass D im Verlauf des Geschehens verstirbt und eine Prüfung seiner Strafbarkeit nicht vorgenommen werden darf.

**I. Strafbarkeit des H gem. § 212 Abs. 1 StGB**

H könnte sich durch das Niederstechen des D des Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts*

Die Tat fand hier auf hoher See und somit in einem Gebiet statt, das keiner Staatsgewalt unterliegt (Art. 86 ff. SRÜ<sup>98</sup>). Die Begründung deutscher Strafgewalt könnte hier aus § 4 StGB folgen. Nach dem völkerrechtlich anerkannten<sup>99</sup> Flaggengrundsatz unterliegen Taten auf deutschen Schiffen, die berechtigt sind, die deutsche Bundesflagge zu führen, deutscher Strafgewalt. Die Fregatte „Karlsruhe“ ist als nicht dauerhaft mit dem Meeresboden verbundenes Wasserfahrzeug ein Schiff<sup>100</sup> und müsste als solches zur Führung der Bundesflagge berechtigt sein. Marineschiffe der Bundeswehr leiten ihre Berechtigung zur Führung der deutschen Bundesflagge aus der Anordnung des Bundespräsidenten über die Dienstflagge der Seestreitkräfte der Bundeswehr vom 25.5.1956 her.<sup>101</sup> Die Taten an Bord der Fregatte unterliegen deutscher Strafgewalt.

Darüber hinaus könnte sich die Anwendung deutschen Strafrechts aus § 1a Abs. 2 WStG ergeben. Danach müsste H als Soldat während eines dienstlichen Aufenthalts oder in Beziehung auf den Dienst gehandelt haben. Der Begriff des Auslands erstreckt sich auf alle Gebiete, die nicht Inland im Sinne von § 3 StGB sind.<sup>102</sup> Die Hohe See unterliegt keiner Hoheitsgewalt und stellt aus strafrechtlicher Sicht Ausland dar. Ein Soldat befindet sich dann dienstlich im Ausland, wenn der Auslandsaufenthalt durch einen Einsatzbefehl bedingt ist.<sup>103</sup> H ist als Soldat auf einer Fregatte eingesetzt und damit dienstlich im Ausland. Deutsches Strafrecht ist gem. § 1a Abs. 2 WStG anwendbar.

*Hinweis:* Detaillierte Ausführungen zum völkerrechtlichen Hintergrund werden von den Studierenden nicht erwartet. Es genügt, wenn die Bearbeiter erkennen, dass die Tat nicht auf deutschem Hoheitsgebiet begangen wurde und § 4 StGB sowie – für eine überaus gelungene Bearbeitung – § 1a Abs. 2 WStG einen Anknüpfungspunkt zur

<sup>94</sup> Altenhain, in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 303 Rn. 4; Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 303 Rn. 6.

<sup>95</sup> RGSt 55, 169 f.; Weiler, in: Dölling/Duttge/Rössner (Fn. 12), § 303 StGB Rn. 4; Küper/Zopfs (Fn. 13), Rn. 420.

<sup>96</sup> Fahl (Fn. 34), § 123 Rn. 6; Fischer (Fn. 5), § 123 Rn. 14; siehe auch Kargl, JZ 1999, 930, der auf den Willen des Berechtigten gänzlich verzichtet.

<sup>97</sup> Vgl. Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 123 Rn. 29; Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 123 Rn. 27; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 123 Rn. 5.

<sup>98</sup> Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10.12.1982 = BGBl. II 1994, S. 1798; BGBl. II 1995, S. 602.

<sup>99</sup> Ambos, in: Joecks/Miebach (Fn. 35), § 4 Rn. 1.

<sup>100</sup> Ambos (Fn. 99), § 4 Rn. 6; ders., Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 30; jeweils mit Verweis auf Art. 1 des Übereinkommens zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt (SeeschÜbk.) v. 10.3.1998 = BGBl. II 1990, S. 494; BGBl. II 1992, S. 526.

<sup>101</sup> BGBl. I 1956, S. 447. Vgl. dazu auch BGH NStZ 2009, 464 f.

<sup>102</sup> Ambos (Fn. 99), § 5 Rn. 8; Fischer (Fn. 5), Vor §§ 3-7 Rn. 20.

<sup>103</sup> Dau, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 1a WStG Rn. 10; Lingens/Korte, Wehrstrafgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 1a Rn. 7.

Strafgewalterstreckung bieten, unter denen das Geschehen zu subsumieren ist.

## 2. Tatbestand

Der Todeserfolg ist in kausaler und dem H zurechenbarer Weise eingetreten, wobei H absichtlich, mithin vorsätzlich gehandelt hat.

## 3. Rechtswidrigkeit

*Hinweis:* Zwar darf eine Prüfung der Strafbarkeit des D nicht vorgenommen werden (siehe oben). Dies entbindet jedoch nicht von der Inzidenzprüfung dessen Verhaltens hinsichtlich des gegen H gerichteten Angriffs, da dieses insoweit Voraussetzung zur Beurteilung der Notwehrlage des H ist.

H wurde hier in Tötungsabsicht durch D angegriffen, sodass eine Rechtfertigung durch Notwehr gem. § 32 StGB in Betracht kommt.

### a) Notwehrlage

Das Anlegen des Sturmgewehrs war auf eine Tötung des H gerichtet und verkörpert somit einen Angriff auf dessen Leben. Da der Schuss unmittelbar bevor stand, war der Angriff auch gegenwärtig. Eine Verteidigung der Ehre der A (§ 185 StGB) in Nothilfe scheidet zumindest am nicht erforderlichen sofortigen Schusswaffeneinsatz, sodass der Angriff mit dem Gewehr auch rechtswidrig war.

### b) Notwehrhandlung

Der Messerstich müsste geeignet, erforderlich und geboten sein. Geeignet ist diejenige Handlung, die den Angriff beendet oder zumindest erschwert.<sup>104</sup> Durch den Stich wurde D getötet und somit an der Fortführung des Angriffs gehindert. Erforderlichkeit verlangt, dass kein gleich geeignetes und zugleich weniger einschneidendes Mittel zur Abwehr zur Verfügung steht.<sup>105</sup> Weniger gravierende Verteidigungsmittel sind nicht ersichtlich.

Zuletzt müsste der Stich auch geboten sein. Die Notwehr unterliegt als stärkstes Verteidigungsrecht keiner Verhältnismäßigkeit. Beschränkungen erfolgen jedoch auf einer sozial-ethischen Beurteilungsgrundlage.<sup>106</sup> Eine Einschränkung könnte das Notwehrrecht des H dadurch erfahren, dass er seinerseits den D verbal provoziert und somit die Notwehrlage hervorgerufen hat. Hierbei ist zwischen der Absichtsprovokation und des sonstigen vorwerfbareren Herbeiführens einer Notwehrlage zu differenzieren.<sup>107</sup> H zielt willentlich auf die Schaffung einer Verteidigungslage ab, um sich des An-

griffs erwehren zu können. Er hat die Notwehrlage damit absichtlich provoziert. Die Beurteilung dieser Konstellation ist streitig.

Die h.M.<sup>108</sup> beruft sich auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs und versagt dem Notwehr Übenden das Verteidigungsrecht. Der in Notwehr Handelnde sei als der wahre Angreifer zu betrachten und verdiene den Schutz der Rechtsordnung nicht.<sup>109</sup> Zudem greife der Rechtsbewährungsgedanke des Notwehrrechts nicht ein, da der Provokateur nicht die Rechtsordnung verteidige, sondern die Situation zur eigen-nützigen Schädigung ausnutze.<sup>110</sup> Auch wird zur Begründung angeführt, der Provozierende willige in die im Rahmen der hervorgerufenen Angriffslage erlittenen Verletzungen ein.<sup>111</sup> Demnach könnte sich H nicht auf § 32 StGB berufen.

Eine Gegenansicht<sup>112</sup> gesteht auch demjenigen, der die Verteidigungslage absichtlich hervorruft, das Notwehrrecht zu. Die Versagung des Notwehrrechts trage dem Individualschutz nicht genügend Rechnung, da sie schützenswerte Positionen des Angreifers, die trotz Provokation einem rechtswidrigen Angriff ausgesetzt sind, preisgebe. Ebenfalls wird angeführt, dass die Rechtsordnung von dem Provozierten verlange, der Provokation standzuhalten.<sup>113</sup> Der Provozierte handle ungeachtet der Provokation rechtswidrig und führe die Notwehrlage eigenverantwortlich herbei. Die Provokation seitens des H steht so einer Rechtfertigung aus § 32 StGB nicht entgegen.

Eine vermittelnde Ansicht<sup>114</sup> erkennt ebenfalls das Notwehrrecht des Provokateurs an. Sie verweist ihn jedoch unter Berücksichtigung des Rechtsbewährungsprinzips auf eine Einschränkung des Verteidigungsrechts dahingehend, dass vor der Trutzwehr zunächst Schutzwehr geübt werden müsse.<sup>115</sup> Auch beanspruche das Notwehrrecht in seiner schützenden und rechtsbewährenden Funktion für den Fall weiter Geltung, in dem der Provozierte einen über das seitens des Provokateurs Erwartete hinausgehenden Angriff führe.<sup>116</sup> Der Provokateur, der mit Faustschlägen rechne, dürfe sich eines

<sup>108</sup> BGH NStZ-RR 2011, 305; BGH NJW 2001, 1075 (1076 f.); *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 373 ff.; *Roxin* (Fn. 55), § 15 Rn. 65 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 522; *Duttge* (Fn. 37), § 32 StGB Rn. 31.

<sup>109</sup> BGH NJW 1983, 2267; BGH NStZ 2001, 143; *Mitsch*, JuS 2001, 751 (753).

<sup>110</sup> *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 117.

<sup>111</sup> *Maurach/Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 26 Rn. 43.

<sup>112</sup> *Erb* (Fn. 35), § 32 Rn. 226 f.; *Perron* (Fn. 105), § 32 Rn. 55 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 49), § 32 III. 3. a); *Bockelmann*, in: *Schwartz* (Hrsg.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, 3. Januar 1970, 1970, S. 31.

<sup>113</sup> *Mitsch* (Fn. 39), § 17 Rn. 38; *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 112, 303.

<sup>114</sup> *Kindhäuser* (Fn. 110), § 32 Rn. 120; *Perron* (Fn. 105), § 32 Rn. 57; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 88.

<sup>115</sup> BGHSt 24, 356 (358 f.); 26, 256 f.

<sup>116</sup> *Krey/Esser* (Fn. 16), Rn. 554 ff.

<sup>104</sup> *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 5), § 32 Rn. 25.

<sup>105</sup> *Krey/Esser* (Fn. 16), Rn. 503; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 32 Rn. 34.

<sup>106</sup> BGHSt 39, 374 (378); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 509.

<sup>107</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 522; *Krey/Esser* (Fn. 16), Rn. 553 ff.; *Gropp* (Fn. 20), § 5 Rn. 78 ff.

tödlichen Angriffs erwehren. Nur in ausweglosen Fällen dürfe sich der Provokateur umgehend der Trutzwehr bedienen.<sup>117</sup> Da D sein Gewehr auf H richtet, stand ein tödlicher Schuss unmittelbar bevor. Dieser Angriffssituation hätte sich H sogleich mit tödlicher Gewalt erwehren dürfen und wäre gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

Eine gänzliche Versagung des Notwehrrechts kann aufgrund unerträglicher Ergebnisse nicht überzeugen. Besondere Bedeutung erlangt die Frage in Fällen, in denen der Provozierte den Provozierenden im Rahmen seines Angriffs zu töten versucht. Verwehrt man dem Provokateur das Notwehrrecht gänzlich, würde man diesen im Extremfall zum Sterben zwingen. So spricht *Perron* zutreffend von einer „Kapitulation vor dem Unrecht“<sup>118</sup>. Dieses Ergebnis ist nicht mit § 32 StGB in Einklang zu bringen. Eine Beschränkung auf nicht provozierte Angriffe lässt sich der Norm nicht entnehmen und würde zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsbeschränkung führen. Zudem lässt sich anführen, dass die Entscheidung über den Angriff weiterhin Sache des Provozierten ist. Auch wenn der Provozierende die Notwehrlage verursacht, erwehrt er sich dennoch eines rechtswidrigen Angriffs, der auf der Entschlussfreiheit des Provozierten beruht. Somit ist eine gänzliche Versagung des Notwehrrechts abzulehnen. Die anderen Auffassungen gewähren dem H ein Notwehrrecht, sodass eine weitere Auseinandersetzung entbehrlich ist. Der Stich war somit auch geboten.

*c) Subjektives Rechtfertigungselement*

H handelte in Verteidigungsabsicht. Der Stich war gerechtfertigt.

*4. Ergebnis*

H hat sich nicht gem. § 212 Abs.1 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Unter Berufung auf die Rechtsfigur der actio illicita in causa gelangen einige Stimmen trotz Rechtfertigung des Provokateurs zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Delikts durch Abstellen auf das provozierende Verhalten (die im Ursprung unerlaubte Handlung).<sup>119</sup> Somit ist an dieser Stelle eine Strafbarkeit des H wegen Totschlags zulasten des D gem. § 212 Abs. 1 StGB durch das Provozieren der Notwehrlage zu prüfen.

**II. Strafbarkeit des H gem. § 212 Abs. 1 StGB**

H könnte sich durch das Provozieren des D des Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Durch die Äußerungen des H hat dieser den Angriff des D provoziert. Nach der Rechtsfigur der actio illicita in causa stellt dies den Beginn der gerechtfertigten (siehe oben) tatbestandlichen

<sup>117</sup> *Kindhäuser* (Fn. 110), § 32 Rn. 121.

<sup>118</sup> *Perron* (Fn. 105), § 32 Rn. 57 m.w.N.

<sup>119</sup> *Baumann*, MDR 1962, 349; *Lindemann/Reichling*, JuS 2009, 496 (498 ff.); *Frister* (Fn. 52), 16/30; *Perron* (Fn. 105), § 32 Rn. 61.

Handlung dar.<sup>120</sup> Gegen diese Konstruktion werden jedoch zu Recht durchgreifende Bedenken erhoben.<sup>121</sup> Zum einen unterbricht der freiverantwortliche Angriff des Provozierten den Zurechnungszusammenhang zwischen Provokation und Verteidigungshandlung.<sup>122</sup> Zum anderen würde dadurch dasselbe Verhalten als von einem Erlaubnissatz gedeckt und zugleich rechtlich missbilligt beurteilt werden.<sup>123</sup> Auch vermag nicht zu überzeugen, wie in der Provokation das tatbestandsmäßige Verhalten des gerechtfertigt erfüllten Tatbestandes gesehen werden kann.<sup>124</sup> Im Ergebnis ist die Rechtsfigur der actio illicita in causa somit abzulehnen. Eine Strafbarkeit des H gem. § 212 Abs. 1 StGB durch das Provozieren scheidet aus.

**III. Strafbarkeit des H gem. § 46 WStG**

Zuletzt könnte sich H durch das Anlegen des Gewehrs des rechtswidrigen Waffengebrauchs gem. § 46 WStG schuldig gemacht haben. Der Begriff der Waffe erfasst jedes für einen Soldaten zur Verteidigung oder zum Angriff bestimmte und geeignete Kampfmittel.<sup>125</sup> Das Kampfmesser gehört zur Ausrüstung des Soldaten und unterfällt als dienstliche Stichwaffe diesem Begriff. Von der Waffe müsste H rechtswidrig Gebrauch gemacht haben. Gebrauchmachen meint die Verwendung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel.<sup>126</sup> Dies ist beim Niederstechen des D der Fall. Der Gebrauch ist auch rechtswidrig, da er nicht durch Gesetz oder Befehl gedeckt ist.<sup>127</sup> Die Strafbarkeit scheidet nicht an der Subsidiaritätsklausel, da durch die Rechtfertigung der versuchten Tötung das Unrecht des § 46 WStG nicht aufgehoben wird.

*Hinweis:* Die Prüfung gem. § 46 WStG ist vom Bearbeitervermerk nicht ausgeschlossen und in ihren Prüfungspunkten nicht als überaus anspruchsvoll zu betrachten. Die Herausforderung besteht darin, nachdem der Anknüpfungspunkt des § 1a Abs. 2 WStG gesehen wurde, die Norm des § 46 WStG nicht zu übersehen. Gleichwohl

<sup>120</sup> *Kühl* (Fn. 28), § 7 Rn. 242; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 527; dazu auch BGH NSTZ 2001, 143 (145).

<sup>121</sup> *Otto* (Fn. 61), S. 605; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 107; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 377; *Satzger*, Jura 2006, 513 (518 ff.).

<sup>122</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 527; *Satzger*, Jura 2006, 513 (520); *Eisele*, NSTZ 2001, 416 (417).

<sup>123</sup> *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 107; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 377, der darauf hinweist, dass bei Annahme einer Strafbarkeit wegen des provozierenden Verhaltens konsequenterweise die Notwehr bereits unzulässig sein müsse. *Duttge* allerdings weist daraufhin, „dass der tatbestandliche Erfolg als solcher zweifelsohne ‚rechtlich missbilligt‘ ist.“ (NSTZ 2006, 266 [270]).

<sup>124</sup> *Kühl* (Fn. 28), § 7 Rn. 242; *Heinrich* (Fn. 16), Rn. 377; *Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 155.

<sup>125</sup> Siehe bereits RMG 8, 98; *Dau*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 207. Lfg., Stand: März 2016, § 46 WStG Rn. 4; *Lingens/Korte* (Fn. 103), § 46 Rn. 2.

<sup>126</sup> Vgl. BT-Drs. 2/3040, S. 47.

<sup>127</sup> *Lingens/Korte* (Fn. 103), § 46 Rn. 4; *Dau* (Fn. 103), § 46 Rn. 6.

würde in Aufgaben im Rahmen der Staatsprüfungen ein Hinweis an die Bearbeiter ergehen.

**E. Ergebnis und Konkurrenzen**

M hat sich des Vollrauschs gem. § 323a StGB strafbar gemacht. A ist strafbar des Mordes, in Tateinheit mit Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch, §§ 211, 212 Abs. 1, 303 Abs. 1, 123 Abs. 1, 52 StGB. H ist strafbar gem. § 46 WStG.

## Entscheidungsbesprechung

### Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bei E-Mail-Werbung

**1. Ein von einer natürlichen Person unterhaltenes Postfach ist Teil der Privatsphäre.**

**2. Automatisch generierte Bestätigungs-E-Mails, die sowohl Eingangsbestätigung in Bezug auf zuvor versandte Nachrichten als auch Werbung enthalten, stellen einen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dar, wenn dieser dem Erhalt von Werbung zuvor ausdrücklich widersprochen hat.**

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 823, 1004

BGH, Urt. v. 15.12.2015 – VI ZR 134/15 (LG Stuttgart, AG Stuttgart – Bad Canstatt)<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Die Entscheidung des BGH betrifft die Frage, ob eine E-Mail, die sowohl wichtige Informationen als auch Werbung enthält, das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers verletzt.

##### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Jeder Mensch hat eine Persönlichkeit. Diese ist und muss jedem in seiner Entfaltung und Entwicklung eigen sein. Dafür muss der Mensch einerseits frei und andererseits berechtigt sein, Störungen und Beeinträchtigungen seiner Persönlichkeit abzuwehren.<sup>2</sup> Der Persönlichkeitsschutz vor staatlichen Eingriffen kommt in der Verfassung in spezifischen Ausprägungen (z.B. Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG)<sup>3</sup> wie auch ganz generell und *subsidiär* in Art. 2 GG zum Ausdruck. Auch wenn Art. 2 Abs. 1 GG *expressis verbis* nur die freie Persönlichkeitseinfaltung gewährleistet, erfasst der Schutzbereich nach ganz herrschender Interpretation sämtliche menschliche Verhaltensweisen.<sup>4</sup> Dieses sog. personale Auffanggrundrecht<sup>5</sup> füllt die Lücken aus, die andere Grund-

rechte hinterlassen.<sup>6</sup> Der Schutzbereich ist „gegenständlich nicht beschränkt“<sup>7</sup> und erfasst auch sehr private Angelegenheiten wie das Verfassen eines selbstkritischen Tagebuches mit Einschätzungen der eigenen Persönlichkeit.<sup>8</sup> Gleichermaßen wird aber z.B. auch das Reiten im Walde geschützt.<sup>9</sup> Um eine Beurteilung von derart unterschiedlichen Interessen anhand gleicher Maßstäbe zu vermeiden, wurde das *verfassungsrechtliche* allgemeine Persönlichkeitsrecht entwickelt. Ausgangspunkt war Art. 2 Abs. 1 GG, der neben der „aktiven“ Komponente, die in der allgemeinen Handlungsfreiheit zum Ausdruck kommt, auch eine eher „passive“ Komponente aufweist, die dem Einzelnen Integritätsschutz vor staatlichen Eingriffen gewährleistet.<sup>10</sup> Das BVerfG sah zusätzlich mit den Wertungen des Art. 1 Abs. 1 GG die geeignete Grundlage zur Schaffung eines *unbenannten Freiheitsgrundrechts*; das allgemeine Persönlichkeitsrecht.<sup>11</sup> In dieser Funktion soll Art. 2 Abs. 1 GG, der von Art. 1 Abs. 1 GG<sup>12</sup> „gestützt“<sup>13</sup> bzw. „beeinflusst“<sup>14</sup> wird, einen Abwehrensanspruch vor staatlichen Eingriffen in den Kernbereich der Persönlichkeit garantieren. Dazu gehört – derzeit<sup>15</sup> – z.B. die personale Identität, die Intim- und Privatsphäre, die Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit, der Name und die Ehre sowie die informationelle Selbstbestimmung und neuerdings das sog. Computer-Grundrecht.<sup>16</sup>

Unter der Privatsphäre, die Gegenstand der Entscheidung des BGH ist, versteht man gemeinhin den „Innenbereich der Persönlichkeitseinfaltung“.<sup>17</sup> Das ist die sensible Sphäre der individuellen Lebensgestaltung, in der ein jeder Mensch seine

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 6, 32 (36); 35, 382 (399); 49, 168 (180); 78, 179 (196); 80, 137 (152 ff.).

<sup>7</sup> Vgl. *Murswiek*, in: Sachs, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 52.

<sup>8</sup> *Kunig* (Fn. 4), Art. 2 Rn. 30.

<sup>9</sup> BVerfGE 80, 137 (164 ff.).

<sup>10</sup> *Dreier*, in: *Dreier*, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 22; *Stern* (Fn. 3), § 99 II 1 („defensive Schutzwirkung“).

<sup>11</sup> BVerfGE 54, 148 (153); 72, 155 (170); 79, 256 (268).

<sup>12</sup> Zum Teil wird auch Art. 2 Abs. 1 GG als ausreichende Grundlage angesehen, vgl. *Lorenz*, JZ 2005, 1121 (1125); andere wiederum verorten das allgemeine Persönlichkeitsrecht wohl eher in Art. 1 GG, vgl. *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, Kommentar zum GG, 13. Aufl. 2014, Art. 1 Rn. 62; siehe zur h.M. *Murswiek* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 60 sowie *Kube* (Fn. 3), § 148 Rn. 28 m.w.N.

<sup>13</sup> So *Degenhart*, JuS 1992, 361.

<sup>14</sup> So *Jarass* (Fn. 5), Art. 2 Rn. 36.

<sup>15</sup> Da sich das Schutzgut – die Persönlichkeit – in einem stetigen Entwicklungs- und Reifeprozess befindet, ist auch der Schutzbereich Erweiterungen und Konkretisierungen zugänglich, vgl. *Hubmann* (Fn. 2), S. 82. Siehe hierzu auch BVerfGE 54, 148 (153 f.) sowie *Kube* (Fn. 3), § 148 Rn. 37 („Entwicklungsoffenheit“); *Ipsen*, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2015, Rn. 315 („Generalklausel“).

<sup>16</sup> *Dreier* (Fn. 10), Art. 2 I Rn. 71 ff.; *Martini*, JA 2009, 839 (840 ff. m.w.N.).

<sup>17</sup> Vgl. *Stern* (Fn. 3), § 99 III 2.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&nr=73609&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf> (25.7.2016).

<sup>2</sup> *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967, S. 175.

<sup>3</sup> Näher *Stern*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, § 99 I 3; nach *Kube* (in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII – Freiheitsrechte, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 34) schützen alle Freiheitsgrundrechte konstituierende Elemente der Persönlichkeit.

<sup>4</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 6, 32 (36); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 12; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 13.

<sup>5</sup> *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 3.

Entscheidungen eigenverantwortlich und ohne Eingriff von außen treffen kann.<sup>18</sup> Ein Eingriff des Staates liegt z.B. vor, wenn private Tonbandaufnahmen gerichtlich verwendet werden.<sup>19</sup> Jedem Menschen muss es möglich sein, in einem abgeschirmten Bereich ungestört und selbstbestimmt leben zu können.<sup>20</sup> Dazu gehört auch, dass man sprechen darf, ohne später auf jedes Wort festgelegt zu werden.<sup>21</sup>

## 2. Auswirkungen auf das Privatrecht

Rührt die Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht vom Staat, sondern von einer Privatperson her, stellt sich die Frage nach zivilrechtlichen Abwehrmöglichkeiten. Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ist als solches im Privatrecht nicht vorgesehen.<sup>22</sup> Lediglich vereinzelt finden sich sog. besondere Persönlichkeitsrechte, wie z.B. in § 12 BGB (Namensrecht), §§ 22 ff. KUG (Recht am eigenen Bild) oder §§ 12 ff. UrhG (Urheberrechte).<sup>23</sup> Damit ist aber kein umfassender Schutz vor der Beeinträchtigung rein ideeller Interessen, wie z.B. der Ehre, der Privatsphäre oder der personalen Identität gewährleistet.<sup>24</sup> Die Verfasser des BGB hielten einen derartigen Schutz damals noch für praktisch nicht relevant.<sup>25</sup> Doch erforderte bald der technische und soziale Wandel einen umfangreichen Persönlichkeitsschutz des Einzelnen.<sup>26</sup> Im sog. Schachtbrief-Urteil<sup>27</sup> gewährte der BGH<sup>28</sup> im Wege *richterlicher Rechtsfortbildung* unter Heranziehung von Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG deliktischen Schutz wegen der Verletzung des *zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts* bei unerlaubter Veröffentlichung von Privatschreiben. Durch eine solche Veröffentlichung könnten unerwünschte Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Verfassers gezogen werden.<sup>29</sup> Davor muss der Betroffene geschützt werden.

Die verfassungsrechtlichen Wertungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sollten künftig im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB als „sonstiges Recht“ zur Geltung kommen. Das

zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht erfährt dort als sog. Rahmenrecht Schutz.<sup>30</sup> Es ist aber stets von dem verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu unterscheiden.<sup>31</sup> Denn Letzteres schützt vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Staatsorgane.<sup>32</sup> Wenn sich aber zwei Grundrechtsadressaten gegenüberstehen, können die gegenläufigen Interessen abweichende Wertungen erfordern.<sup>33</sup> Dessen ungeachtet ist die Zivilrechtspraxis an die verfassungsrechtlichen Vorgaben und deren Ausstrahlungswirkung gebunden.<sup>34</sup> Deshalb muss der Mindestschutzgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht zwingend mit dem des Verfassungsrechts kongruent sein.<sup>35</sup>

## 3. Dimensionen im Privatrecht

Tatbestandlich lässt sich das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht grob in zwei Kategorien einordnen, nämlich in Achtung der sozialen Integrität und in Achtung der personalen Integrität.<sup>36</sup> Daraus folgt z.B. der Schutz der Person vor der Verbreitung von Bildnissen, vor Angriffen auf ihre Ehre, vor Entstellung ihrer Identität, vor dem Eindringen in den privaten, selbstbestimmten Bereich und vor unbefugter Nutzung ihrer Persönlichkeit.<sup>37</sup>

Im Rahmen der Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG kann aber auf Grund der Weite und Dynamik des Tatbestandes von dem Vorliegen einer Verletzung noch nicht – wie sonst üblich<sup>38</sup> – auf deren Rechtswidrigkeit geschlossen werden.<sup>39</sup> Weiter darf das

<sup>18</sup> Z.B. BVerfGE 6, 32 (41); 6, 389 (433); 49, 286 (298); 54, 148 (153).

<sup>19</sup> BVerfGE 34, 238 (245 f.).

<sup>20</sup> Siehe nur *Murswiek* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 69; *Klöpfer*, Verfassungsrecht II, 2010, § 56 Rn. 52.

<sup>21</sup> BVerfGE 34, 238 (243).

<sup>22</sup> Siehe nur *Beater*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh IV Rn. 2.

<sup>23</sup> Dazu näher *Neuner*, JuS 2015, 961 (963 ff.).

<sup>24</sup> *Klass*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, Anh § 12 Rn. 16.

<sup>25</sup> *Rixecker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, Anh. zu § 12 Rn. 1; *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1999, § 823 Rn. C 1.

<sup>26</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 80 I 2; *Hubmann* (Fn. 2), S. 1 f.

<sup>27</sup> BGHZ 13, 334 = NJW 1954, 1404.

<sup>28</sup> Entgegen der st. Rspr. des RG, vgl. RGZ 79, 397 (398); 82, 333 (334); 107, 277 (281). Nach *Coing*, JZ 1954, 698 (700) ein „Wendepunkt in der Entwicklung des Privatrechts“; siehe dazu auch *Gottwald*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 1996, S. 14 ff.

<sup>29</sup> BGH NJW 1954, 1404 (1405).

<sup>30</sup> Vgl. nur *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 823 Rn. 84.

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2006, 3409; *Jarass*, NJW 1989, 857 (858); *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 115 ff.

<sup>32</sup> Vgl. nur *Murswiek* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 59.

<sup>33</sup> Siehe dazu *Klass* (Fn. 24), Anh § 12 Rn. 3.

<sup>34</sup> BVerfGE 84, 192 (194 f. m.w.N.).

<sup>35</sup> *Helle* (AfP 2010, 531) unterscheidet für die Zivilrechtspraxis zwei Ebenen: „Auf der höheren, vorrangigen, verfassungsrechtlichen Ebene muss sie in Befolgung der verfassungsgerichtlichen Rspr. die für die konkrete Fallkonstellation einschlägige einschränkende Abwehrfunktion und die fordernde Schutzfunktion eines Grundrechtes feststellen. Auf der unteren, ‚einfach‘-rechtlichen Ebene ist dann das Zivilrecht so zu gestalten, dass es mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben harmoniert. Wie das in der zivilrechtlichen Konstruktion geschieht, gibt das Verfassungsrecht nicht vor.“

<sup>36</sup> *Neuner*, JuS 2015, 961 (963).

<sup>37</sup> Ausführlich *Rixecker* (Fn. 25), Anh. zu § 12 Rn. 58-165.

<sup>38</sup> Lehre vom Erfolgsunrecht, vgl. dazu *Sprau* (Fn. 30), § 823 Rn. 24; *Teichmann*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 823 Rn. 48 ff.

<sup>39</sup> *Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 97 ff.; *Sprau* (Fn. 30), § 823 Rn. 25; *Hager* (Fn. 25), § 823 Rn. C 17; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 1079; *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 2016, Rn. 180; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2015, Rn. 1238; kritisch dazu *Larenz/Canaris* (Fn. 26), § 80 III 2.

grundsätzlich restriktive Haftungssystem des § 823 Abs. 1 BGB durch den Persönlichkeitsschutz nicht unterlaufen werden. Ähnlich zum Verfassungsrecht muss der Eingriff geeignet sein, „die engere Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen.“<sup>40</sup> Eine schrankenlose Durchsetzung eigener Interessen findet nicht statt.<sup>41</sup> Daher erfasst der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nicht jedwede Belästigung oder Unannehmlichkeit.<sup>42</sup> Zur anschließenden Feststellung der Rechtswidrigkeit müssen die Schutzinteressen des Betroffenen die schutzwürdigen Belange des Eingreifenden im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung überwiegen.<sup>43</sup>

#### 4. Rechtsfolgen

Neben dem vornehmlich auf Unterlassung gerichteten Anspruch künftiger Beeinträchtigungen, für den auch Erstbegehungsfahr genügen kann, stehen ein Widerrufsanspruch sowie der medienrechtlich geprägte Gegendarstellungsanspruch als auch Bereicherungsansprüche.<sup>44</sup> Kann dem Betroffenen damit keine Abhilfe geschaffen werden, steht ihm unter Umständen ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz zu.<sup>45</sup>

## II. Sachverhalt

Der Kläger war Kunde bei der beklagten Versicherungsgesellschaft. Am 22.11.2013 sprach er die Kündigung aus. Per E-Mail bat der Kläger am 10.12.2013 um eine Kündigungsbestätigung. Daraufhin erhielt er von der Beklagten unter dem Betreff „Automatische Antwort auf Ihre Mail [...]“ folgendes Schreiben:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für Ihre Nachricht. Wir bestätigen Ihnen hiermit den Eingang Ihres Mails. Sie erhalten baldmöglichst eine Antwort.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre S. Versicherung

Übrigens: Unwetterwarnung per SMS kostenlos auf Ihr Handy. Ein exklusiver Service nur für S. Kunden. Infos und Anmeldung unter [...]

<sup>40</sup> BVerfGE 54, 138 (153) mit Verweis auf BVerfGE 34, 238 (247).

<sup>41</sup> BGHZ 24, 72 (79).

<sup>42</sup> BGHZ 24, 72 (79 f.); *Baston-Vogt* (Fn. 31), S. 163 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 26), § 80 II 7; *Spickhoff*, in: *Soergel, Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 86; *Neuner, JuS* 2015, 961 (962).

<sup>43</sup> Siehe z.B. BGH NJW 2012, 3645 Rn. 15. Dabei werden Mittel und Zweck der Handlung als auch grundrechtlich geschützte Positionen berücksichtigt, vgl. die ausführliche Darstellung bei *Klass* (Fn. 24), Anh § 12 Rn. 228 ff.; Falllösung bei *Schaub*, ZJS 2008, 50.

<sup>44</sup> Siehe zu den einzelnen Ansprüchen die Darstellung bei *Rixecker* (Fn. 25), Anh. zu § 12 Rn. 249 ff.

<sup>45</sup> Das entschied der BGH (BGHZ 26, 349) bereits 1958 seinerzeit entgegen § 847 a.F. BGB. Heute wird der Anspruch nicht aus § 253 Abs. 2 BGB, sondern direkt aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet, vgl. *Neuner, JuS* 2013, 577 (580 m.w.N.) sowie ferner *Hubmann* (Fn. 2), S. 349 ff.

Neu für iPhone Nutzer: Die App S. Haus & Wetter, inkl. Push Benachrichtigungen für Unwetter und vielen weiteren nützlichen Features rund um Wetter und Wohnen: [...]

\*\*\*Diese E-Mail wird automatisch vom System generiert. Bitte antworten Sie nicht darauf.\*\*\*

Am 11.12.2013 teilte der Kläger der Beklagten per E-Mail mit, dass er mit der in der automatisierten Antwort-E-Mail enthaltenen Werbung nicht einverstanden ist. Daraufhin erreichte ihn erneut eine automatische Eingangsbestätigungsmail mit Werbeanhang.

Als der Kläger sich am 19.12.2013 nach dem Sachstand erkundigte, erhielt er abermals die Eingangsbestätigung samt gerügter Werbung.

Der Kläger strebt mit seiner Klage ein Unterlassungsurteil gegen die Beklagte an. Die Kontaktaufnahme zu Werbezwecken ohne Einverständnis des Klägers soll zukünftig zu unterlassen sein.

Nachdem das Amtsgericht der Klage stattgab, wies das Landgericht diese ab. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

## III. Aus den Gründen

Der BGH nimmt an, dass der Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegen die Beklagte besteht. Er stellt dabei auf die dritte E-Mail vom 19.12.2013 ab, bei der „jedenfalls“ eine Verletzung vorliege,<sup>46</sup> weil diese entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen des Klägers versendet wurde. Der Betroffene könne seinen privaten Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung freihalten.<sup>47</sup> Das sei Ausfluss des personalen Selbstbestimmungsrechts.<sup>48</sup>

Auch führe die Tatsache, dass es keine „klassische“ E-Mail-Werbung, sondern Bestätigung und Werbung in einem ist, zu keiner anderen Beurteilung. „Die elektronische Post des Klägers wird von der Beklagten vielmehr in zweifacher Hinsicht – nämlich für die nicht zu beanstandende Eingangsbestätigung und unzulässig für Zwecke der Werbung – genutzt. Für die Annahme, die Nutzung der elektronischen Post des Klägers sei durch die zulässige Bestätigungs-E-Mail insgesamt gerechtfertigt, ist indes kein Raum.“<sup>49</sup> Mit dieser differenzierenden Betrachtung nimmt der BGH eine tatbestandliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts an.

Zur erforderlichen Ermittlung der Rechtswidrigkeit<sup>50</sup> stellte der BGH im Rahmen einer umfassenden Abwägung fest, dass das Recht des Klägers auf Achtung seiner Privatsphäre gegenüber dem Recht der Beklagten zum Zwecke der Werbung mit ihren Kunden in Kontakt zu treten, höher zu gewichten sei. Man müsse zwar berücksichtigen, dass „die Werbung die Interessen des Klägers nur vergleichsweise geringfügig beeinträchtigt, weil er sie unschwer als solche hat erkennen können. Andererseits ist das Hinzufügen von Wer-

<sup>46</sup> BGH NJW 2016, 870 (871 f.).

<sup>47</sup> BGH NJW 2016, 870 (871).

<sup>48</sup> BGH NJW 2016, 870 (871).

<sup>49</sup> BGH NJW 2016, 870 (872) mit Verweis auf das OVG Berlin-Brandenburg K&R 2015, 678 (679).

<sup>50</sup> Dazu die Nachweise oben in Fn. 43.

bung zu einer E-Mail auch keine solche Bagatelle, dass eine Belästigung des Nutzers ausgeschlossen wäre.<sup>51</sup> Gerade aber wegen der automatisierten, günstigen und schnellen Vorgehensweise sei bei Zulässigkeit solcher E-Mails mit einem Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen.<sup>52</sup>

Abschließend betont der BGH noch einmal, dass der Kläger seinen ablehnenden Willen kundgetan und sonst praktisch keine Möglichkeiten habe gegen die Werbung vorzugehen. Dessen Recht auf individuelle Lebensgestaltung – als Teil seiner Privatsphäre – überwiege deshalb die Werbeinteressen der Beklagten.<sup>53</sup>

Die erforderliche Wiederholungsgefahr werde durch das festgestellte rechtsverletzende Verhalten der Beklagten indiziert.<sup>54</sup>

#### IV. Rechtliche Würdigung

Angesichts des technischen Wandels ergeben sich immer neue Werbemöglichkeiten. Ist die Werbung nicht erwünscht, darf der rechtliche Schutz des Betroffenen nicht hinter dem technischen Wandel zurückbleiben. Ob aber die Vorgehensweise des BGH im Zusammenhang mit dem generell restriktiven Haftungssystem des § 823 Abs. 1 BGB im Einklang steht, bedarf genauerer Betrachtung.

##### 1. Grundsätzliches

Die Konfrontation mit Werbung – gleich auf welche Weise – gehört zu den Alltäglichkeiten einer marktwirtschaftlichen Ordnung.<sup>55</sup> Als Erfordernis der Freiheit des kommunikativen Verkehrs steht fest, dass ein in-Kontakt-treten z.B. durch Briefkastenwerbung nicht bereits den Tatbestand einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erfüllt.<sup>56</sup> Will der Betroffene allerdings keine Werbung erhalten, so kann er sich diesem Bereich des kommunikativen Verkehrs entziehen. Dafür muss er aber seinen ablehnenden Willen ausdrücklich (z.B. durch einen Sperrvermerk) kundtun.<sup>57</sup> Das Recht in Ruhe gelassen zu werden, in seiner privaten Lebensgestaltung Konsumententscheidungen ohne Fremddiktat zu treffen, sich also vor allem der Suggestivwirkung der Werbung zu entziehen, ist als Ausfluss des personalen Selbstbestimmungsrechts zu schützen.<sup>58</sup> Ein Handeln zuwider des Sperrvermerks stellt

eine Missachtung der Privatsphäre dar und verletzt den Betroffenen in seinem Persönlichkeitsrecht.<sup>59</sup> Um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts bei E-Mail-Werbung annehmen zu können, wurden die eben angeführten Grundsätze zur Briefkastenwerbung von den Instanzgerichten<sup>60</sup> und dem BGH<sup>61</sup> für Werbung in E-Mail-Postfächern übernommen. Dem Betroffenen wird – bei entgegen stehendem Willen<sup>62</sup> – der Aufwand aufgezwungen die Werbemail zu sichten, von anderen Nachrichten zu trennen und zu löschen. Ebenso ist er der Suggestivwirkung der Werbung ausgesetzt.<sup>63</sup>

Hat der Betroffene seinen ablehnenden Willen<sup>64</sup> hinsichtlich des Werbematerials zum Ausdruck gebracht, führt eine Missachtung seines Willens in der Regel auch zur *Rechtswidrigkeit* des Verhaltens.<sup>65</sup> Die Werbung entartet dann zu reinem Zwang.<sup>66</sup> Um einen Gleichlauf mit dem Wettbewerbsrecht zu erreichen, werden nach h.M. zur Feststellung der Rechtswidrigkeit auch Wertungen aus dem UWG herangezogen.<sup>67</sup>

Dahingegen ist eine Bestätigungsmail keine Äußerung, die das Ziel verfolgt, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.<sup>68</sup> Sie ist folglich keine Werbung.<sup>69</sup> Ihr Inhalt beschränkt sich auf die Mitteilung über den Zugang einer E-Mail und greift damit nicht in die private

<sup>51</sup> BGH NJW 2016, 870 (872).

<sup>52</sup> BGH NJW 2016, 870 (872).

<sup>53</sup> BGH NJW 2016, 870 (872).

<sup>54</sup> BGH NJW 2016, 870 (872).

<sup>55</sup> So wurden allein in den Monaten Januar bis Mai 2016 knapp zwölf Milliarden Euro für Werbemaßnahmen aufgewendet, vgl.

<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/189846/umfrage/werbeaufwendungen-in-deutschland-nach-mediengattungen/> (25.7.2016).

<sup>56</sup> BGH NJW 2011, 1005 (1006); *Klass* (Fn. 24), Anh § 12 Rn. 216; laut *Larenz/Canaris* ([Fn. 26], § 80 II 7 b) fehlt „jeder Ansatz für ein rechtliches Unwerturteil“.

<sup>57</sup> BGH NJW 2011, 1005 (1006); BGHZ 106, 229 (233 f.); *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1339); *Teichmann* (Fn. 38), § 823 Rn. 78.

<sup>58</sup> So der BGH, in: BGHZ 106, 229 (233 f.).

<sup>59</sup> Ganz h.M.: *Baston-Vogt* (Fn. 31), S. 248 ff., 467 f.; *Sprau* (Fn. 30), § 823 Rn. 86; *Hager* (Fn. 25), § 823 Rn. C 232; *Klass* (Fn. 24), Anh § 12 Rn. 216; *Larenz/Canaris* (Fn. 26), § 80 II 7 b; *Medicus* (Fn. 39), Rn. 1077; *Bork* (Fn. 39), Rn. 179; a.A. *Weise*, GRUR 1989, 653 (656).

<sup>60</sup> OLG Bamberg MMR 2006, 481; OLG Hamm NJOZ 2009, 4029.

<sup>61</sup> BGH NJW 2011, 1005 (1006 f.).

<sup>62</sup> Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb soll nach dem BGH bei jeder Werbemail – auch ohne geäußerten Willen – verletzt sein, vgl. BGH GRUR 2009, 980.

<sup>63</sup> BGH NJW 2011, 1005 (1006).

<sup>64</sup> Ein elektronischer Sperrvermerk – analog zum Briefkasten – existiert nicht. Zu den Problemen mit Spam-Filtern und Robinson-Listen siehe *Rothley*, Persönlichkeitsverletzung durch unverlangte kommerzielle Kommunikation, 2002, S. 193 f. sowie *Hoeren*, MMR 2004, 389 (390).

<sup>65</sup> BGHZ 60, 296 (300 f.); 106, 229 (233 f.); OLG Frankfurt NJW 1996, 934 f.; *Rixecker* (Fn. 25), Anh. zu § 12 Rn. 123; *Klass* (Fn. 24), Anh § 12 Rn. 216.

<sup>66</sup> So *Larenz/Canaris* (Fn. 26), § 80 II 7 b.

<sup>67</sup> BGH GRUR 2009, 980 (981 f.); BGH WRP 2013, 1579 (1581); *Köhler*, Kommentar zum UWG, 34. Aufl. 2016, § 7 Rn. 14; *Koch*, in: Ullmann, jurisPraxiskommentar zum UWG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 189; differenzierend *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, Kommentar zum UWG, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 17; a.A. *Beater* (Fn. 22), § 823 Anh IV Rn. 81; *ders.*, Unlauterer Wettbewerb, 2010, Rn. 2655.

<sup>68</sup> Siehe zum Begriff *Beater* (Fn. 67), Rn. 1490 ff.

<sup>69</sup> *Schirnbacher/Schätzle*, WRP 2014, 1143 (1145).

Lebensgestaltung des Betroffenen ein. Bestätigungsmails sind also grundsätzlich zulässig.<sup>70</sup>

## 2. Kritik

Die Besonderheit im zugrunde liegenden Sachverhalt ist die Kombination aus zulässiger Bestätigungsmail und der darin enthaltenen unzulässigen Werbung. Für die Feststellung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betrachtet der VI. Senat des BGH die beiden E-Mail-Inhalte isoliert.<sup>71</sup> Dadurch erhält er gedanklich eine zulässige Bestätigungsmail und eine unzulässige Werbemail. Der BGH kann mit Hilfe dieser differenzierenden Vorgehensweise auf die Grundsätze zur „klassischen“ Werbemail zurückgreifen.<sup>72</sup> Eine solche wird durch die Aufspaltung der Inhalte ja gerade generiert. Dass damit eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts angenommen werden kann, ist unproblematisch.

Darauf folgend muss nur noch die Rechtswidrigkeit der Verletzung festgestellt werden. Wie bereits angedeutet, müssen dafür nach h.M. auch Wertungen aus anderen Rechtsgebieten berücksichtigt werden.<sup>73</sup> Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist das Zusenden von Werbung entgegen dem Willen des Empfängers stets unzulässig. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, soll gerade dieser Maßstab auch zur Ausfüllung der Generalklauseln im BGB herangezogen werden.<sup>74</sup>

Nimmt man also das tatbestandsmäßige Vorliegen einer Verletzung durch E-Mail-Werbung an, ist auf Grund der UWG-Wertungen das Ergebnis geradezu determiniert. Wenn der Empfänger seinen ablehnenden Willen geäußert hat, ist die Werbung unzulässig und die Persönlichkeitsrechtsverletzung damit rechtswidrig. So ist es auch hier, wenn man mit dem BGH annimmt, dass das Postfach des Klägers zweifach in Anspruch genommen wird. Denn dadurch erhält man *neben* der zulässigen Bestätigungsmail eine das Persönlichkeitsrecht verletzende Werbemail.

Tatsächlich aber liegt nur eine E-Mail vor. Und diese eine E-Mail, die in der Betreffzeile mit „Automatische Antwort auf Ihre Mail [...]“ betitelt ist, unterscheidet sich bereits äußerlich von einer Werbemail. Da das Haftungsregime des § 823 Abs. 1 BGB nicht jedwede Belästigung und Unannehmlichkeit erfasst<sup>75</sup>, könnte eine Beurteilung der E-Mail als Ganzes angezeigt sein. Die Frage ist demnach, ob das Postfach des Empfängers tatsächlich zweifach in Anspruch genommen wird. Für diese These stützt sich der BGH auf eine Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg, welches in Sachen Telefonwerbung ähnliche Erwägungen anstellte. Indessen ist Telefonwerbung nach überwiegender Literaturmeinung anders zu behandeln als postalische Werbung.<sup>76</sup>

Denn der Eingriff in die persönliche Sphäre ist von Grund auf höher, da die technische Eigenart des Telefons ein unkontrollierbares Eindringen ermöglicht.<sup>77</sup> Der Betroffene kann nicht entscheiden, ob er den Anruf sofort oder erst in einer Stunde entgegennimmt. Außerdem kann man dem Gespräch oftmals nur um den Preis der Unhöflichkeit wieder entgehen.<sup>78</sup> Da die Frage der Persönlichkeitsrechtsverletzung bei Werbemails auch sonst aus den Grundsätzen zur Briefkastenwerbung abgeleitet wird, ist es naheliegend dies beizubehalten.

Eine vergleichbare Situation liegt einer Entscheidung des OLG Hamm<sup>79</sup> zu Grunde, welche der BGH<sup>80</sup> selbst mit Beschluss bestätigte. Dabei ging es um die Frage, ob ein Sperrvermerk am Briefkasten mit der Aufschrift „Werbung NEIN“ auch Gratiszeitungen mit Werbeeinlagen erfasst. Anders gewendet: Wirkt sich ein mögliches Interesse an dem redaktionellen Teil der Zeitung auf die Beurteilung der Werbeeinlagen aus? Dabei sah der erkennende Senat des OLG Hamm die Gratiszeitung samt Werbeeinlagen als *Einheit* an und differenzierte ausdrücklich zwischen der „reinen Briefkastenwerbung und der Lieferung einer Gratiszeitung mit redaktionellem Inhalt und losen Werbeeinlagen [...]“.<sup>81</sup> Für die weitere Qualifizierung der Gratiszeitung stellte das OLG Hamm auf das „Interesse eines angemessen gut informierten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers“ ab.<sup>82</sup> Enthält der redaktionelle Teil der Zeitung umfangreiche Inhalte bezüglich örtlicher Geschehnisse sowie Veranstaltungs- oder Festtermine, wird das diesbezügliche Interesse auch dann vorhanden sein, wenn dem Empfänger die Werbung missfällt.<sup>83</sup> Nach *Mankowski* könne ein derartiges Interesse an Gratiszeitungen indessen nicht pauschal unterstellt werden.<sup>84</sup> Den Beweis dafür sucht er in dem gleichermaßen unbewiesenen Satz, dass Gratiszeitungen von den Betroffenen regelmäßig achselzuckend weggeworfen würden und diese deshalb keinen geeigneten Bezugspunkt für die Bewertung darstellten.<sup>85</sup> Das OLG Hamm hingegen bezieht sich für seine Annahme – überzeugend – auf die Veränderung der Zeitungslandschaft. Gratiszeitungen seien oft die einzige Bezugsquelle für lokale Geschehnisse und Informationen.<sup>86</sup> Deshalb erfasst der Sperrvermerk die mit Werbung ausgestatteten Gratiszeitungen *nicht*, sofern der Werbung nur eine untergeordnete Rolle zukommt und deshalb von einem Durchschnittsempfänger unter Berücksichtigung seines Inte-

Anh IV Rn. 82; differenzierend *Rixecker* (Fn. 25), Anh. zu § 12 Rn. 124; vgl. weiter auch BGHZ 54, 188 (191 ff.).

<sup>77</sup> So *Kaboth*, ZUM 2003, 342 (343).

<sup>78</sup> So *Beater* (Fn. 22), § 823 Anh IV Rn. 82.

<sup>79</sup> OLG Hamm WRP 2012, 585 mit krit. Anm. *Mankowski*.

<sup>80</sup> BGH GRUR-RS 2012, 13520.

<sup>81</sup> OLG Hamm WRP 2012, 585 (588).

<sup>82</sup> OLG Hamm WRP 2012, 585 (588) mit Verweis auf *Köhler* (Fn. 67), § 7 Rn. 21: Empfinden des Durchschnittsmarktteilnehmers als Maßstab.

<sup>83</sup> OLG Hamm WRP 2012, 585 (588).

<sup>84</sup> *Mankowski*, WRP 2012, 589 (590).

<sup>85</sup> *Mankowski*, WRP 2012, 589 (590): „Indolenz, Bequemlichkeit, Resignation“.

<sup>86</sup> OLG Hamm WRP 2012, 585 (588).

<sup>70</sup> Davon geht auch der BGH in der hier besprochenen Entscheidung aus, vgl. oben im Text vor Fn. 49.

<sup>71</sup> BGH NJW 2016, 870 (872).

<sup>72</sup> Siehe dazu oben im Text nach Fn. 59.

<sup>73</sup> Siehe dazu die Nachw. oben in Fn. 67.

<sup>74</sup> *Köhler* (Fn. 67), § 7 Rn. 14 m.w.N.

<sup>75</sup> Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 42.

<sup>76</sup> *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen, 2011, S. 244 ff.; *Kaboth*, ZUM 2003, 342 (343); *Beater* (Fn. 22), § 823

resses an dem redaktionellen Teil der Zeitung hingenommen wird.

Der BGH bestätigte die Vorgehensweise und forderte keineswegs eine separate Beurteilung der Werbeeinlagen.<sup>87</sup> Dazu steht die hiesige Entscheidung im Widerspruch, wenn der VI. Senat des BGH schlicht und ohne nähere Begründung meint, dass die Bestätigungsmail keinen Einfluss auf die Werbung hätte.<sup>88</sup> Isoliert man die Werbung, ohne die im Vordergrund stehende Bestätigungsmail zu berücksichtigen, läuft man Gefahr, auch bloße Bagatellverletzungen von § 823 Abs. 1 BGB zu erfassen. Sofern aber ein nachvollziehbarer Grund für die Bestätigungsmail besteht und die Werbung sowohl inhaltlich als auch visuell von der Bestätigung getrennt ist, wird dieses Vorgehen auch wettbewerbsrechtlich als zulässig erachtet.<sup>89</sup> Nimmt man hingegen von vornherein an, dass das Postfach des Empfängers doppelt beansprucht wird, können weder ein etwaiges Interesse an der Bestätigung noch die wettbewerbsrechtlichen Wertungen zu derart „gekoppelten“ Fällen berücksichtigt werden. Denn dadurch gerät man automatisch auf die Schiene der klassischen Werbemail, für welche das Resultat bereits feststeht.

### 3. Ergebnis

Die Entscheidung des BGH auf Grundlage einer isolierten Betrachtung der beigefügten Werbung führt dazu, dass dem Empfänger jegliche Auseinandersetzung mit der Werbung genommen wird. Sie führt aber auch dazu, dass die gegenwärtigen Gesamtumstände nicht hinreichend berücksichtigt werden. Durch eine Beurteilung der ganzen E-Mail anhand eines angemessen gut interessierten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsempfängers könnte dem begegnet werden. Die Werbung wäre dann unter Umständen hinzunehmen. Folglich würden geringfügige Belästigungen und bloße Eitelkeiten (je nach Einzelfall) aus dem restriktiven Haftungssystem des § 823 Abs. 1 BGB herausgenommen.<sup>90</sup> Daran ändert auch der Hinweis des BGH, der Betroffene könne sich praktisch nicht zur Wehr setzen,<sup>91</sup> nichts, da eine schrankenlose Durchsetzung eigener Interessen mit den *verfassungsrechtlichen Vorgaben* des Art. 2 Abs. 1 GG ohnehin nicht zu vereinbaren ist.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> BGH GRUR 2012, 938 mit zust. Anm. Köhler.

<sup>88</sup> BGH NJW 2016, 870 (872): „Für die Annahme, die Nutzung der elektronischen Post des Klägers sei durch die zulässige Bestätigungs-E-Mail insgesamt gerechtfertigt, ist indes kein Raum.“ Dabei wählt der BGH (unglücklicherweise) den Terminus „gerechtfertigt“, obgleich die Aussage im Zusammenhang mit der Verletzung auf Tatbestandsebene zu finden ist.

<sup>89</sup> Schirnbacher/Schätzle, WRP 2014, 1143 (1145); Lange, WRP 2002, 786 (788) sowie Ohly (Fn. 67), § 7 Rn. 68 auch mit Nachweisen zur anderen Ansicht.

<sup>90</sup> Vgl. dazu auch Baston-Vogt (Fn. 31), S. 467 f. m.w.N.

<sup>91</sup> BGH NJW 2016, 870 (872).

<sup>92</sup> Vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 42 sowie Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX – Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 118 f. m.w.N.

### V. Fazit

Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz dient nicht zur Abwehr von jedweden Belästigungen. Hat der durchschnittliche Empfänger einer Bestätigungsmail mit Werbeanhang Interesse an der zulässigen Bestätigung, so ist das bei der Feststellung einer Verletzung auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen. Eine Zerlegung der E-Mail-Inhalte in Bestätigung und Werbung ermöglicht kein ausdifferenziertes Ergebnis, sondern determiniert dieses – bei entgegenstehendem Willen – sogleich.

Die visuelle und inhaltliche Ausgestaltung der E-Mail als Ganzes entscheidet über die Annahme einer Verletzung. Drängt sich die Werbung derart in den Vordergrund, dass der Charakter der Bestätigungsmail geradezu in Frage gestellt wird, ist – bei entgegenstehendem Willen – das Persönlichkeitsrecht rechtswidrig verletzt. Hält sie sich aber im Hintergrund, inhaltlich und visuell separiert, ist sie als geringfügige Unannehmlichkeit von dem Empfänger hinzunehmen, sofern für die Nachricht als Ganzes ein nachvollziehbarer Grund besteht. Diese Herangehensweise wird insbesondere dem restriktiven Haftungssystem des § 823 Abs. 1 BGB gerecht.

*Stud. iur. Marvin Straub, Augsburg*

## Entscheidungsbesprechung

### Zum Umfang der Beweislastumkehr nach § 476 BGB

**Zur Beweislastumkehr hinsichtlich eines latenten Mangels beim Verbrauchsgüterkauf (hier: Vorschädigung der Sehnen eines Pferdes als Ursache einer akuten Verletzung).**  
(Amtlicher Leitsatz)

BGB § 476

BGH, Urt. v. 15.1.2014 – VIII ZR 70/13 (OLG Frankfurt/Main, LG Frankfurt/Main)<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Die vorliegende Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH behandelt Probleme des Verbrauchsgüterkaufs. Dabei trifft der BGH Feststellungen zur Beweislastumkehr hinsichtlich eines latenten Mangels beim Verbrauchsgüterkauf. Daneben erörtert der BGH Fragen des Gefahrübergangs und der Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf. Die behandelten Fragestellungen ermöglichen den Studierenden eine Wiederholung und Vertiefung typischer Fragestellungen des Kaufrechts, insbesondere des Verbrauchsgüterkaufs.

#### II. Sachverhalt

Der Beklagte (Käufer) kaufte von der Klägerin (Verkäuferin) ein Dressurpferd unter Ausschluss der Gewährleistung.<sup>2</sup>

Laut Kaufvertrag wurde das Pferd bei Ankauf tierärztlich mit zufriedenstellendem Ergebnis untersucht. Im Kaufvertrag ist unter der Überschrift „Gefahrübergang“ geregelt:

„Kosten und Gefahr gehen auf den Käufer über, sobald das Pferd dem Käufer oder dessen Beauftragten übergeben [wird]. Der Verkäufer übergibt hiermit das Pferd dem Käufer.“

Der Käufer vereinbarte gleichzeitig mit dem Kaufvertrag einen Ausbildungs- und Einstellvertrag, aufgrund dessen das Pferd im bisherigen Stall verblieb.

Zwei Monate nach Abschluss des Kaufvertrages lahmt das Pferd. Tierärzte, zu denen das Pferd gebracht wurde, stellten einen Fesselträgerschenkelschaden fest. Dieser Schaden wurde über mehrere Monate behandelt und war danach ausgeheilt.

Die Verkäuferin hat im Urkundenprozess einen Restkaufpreisanspruch geltend gemacht. Das Landgericht hat den Käufer durch rechtskräftiges Vorbehaltsurteil antragsgemäß verurteilt. Der Käufer beansprucht im Nachverfahren Minderung des Kaufpreises in Höhe eines die Klageforderung über-

steigenden Betrages wegen des Fesselträgerschenkelschadens.

Das Landgericht hat das Vorbehaltsurteil aufrechterhalten, das Oberlandesgericht die Berufung des Käufers zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Käufer mit seiner Revision, mit der er weiterhin Klageabweisung begehrt.

#### III. Entscheidung des BGH

Der BGH hat entschieden, dass der Anspruch des Käufers auf Minderung des Kaufpreises nicht ausgeschlossen werden kann. Es sei nicht auszuschließen, dass eine vertragswidrige Vorschädigung des Pferdes bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlag und ursächlich für den Fesselträgerschenkelschaden war. Eine derartige Vorschädigung sei ausreichend für das Eingreifen der Vermutungswirkung des § 476 BGB. Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und zur Klärung der Frage der Vorschädigung des Pferdes an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

##### 1. Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf

Der BGH übernimmt zunächst die Wertung des Berufungsgerichts, wonach der vereinbarte Haftungsausschluss zwischen Verkäuferin und Käufer in Bezug auf die geltend gemachte Minderung wegen § 475 Abs. 1 BGB unwirksam sei. Denn es handele sich vorliegend um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von § 474 BGB.

##### 2. Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Weiterhin stellt der BGH fest, dass Zeitpunkt des Gefahrübergangs gem. § 446 BGB der Abschluss des Kaufvertrages und nicht wie vom Käufer vorgebracht das Verbringen des Pferdes zum Tierarzt sei. Denn im Kaufvertrag wurde der Abschluss des Kaufvertrages als maßgeblicher Zeitpunkt für den Gefahrübergang vereinbart („Der Verkäufer übergibt hiermit das Pferd dem Käufer.“)

Gegen den Inhalt der Vereinbarung hegt der BGH keine Bedenken. Denn § 446 BGB ist abdingbar; dies gilt auch für den Verbrauchsgüterkauf<sup>3</sup>. Das Berufungsgericht begründete den Gefahrübergang mit der Einräumung des mittelbaren Besitzes durch den Ausbildungs- und Einstellvertrag.

##### 3. Vermutungswirkung des § 476 BGB

###### a) Keine akute Ausprägung der Verletzung bei Gefahrübergang

Der BGH führt aus, dass bei Gefahrübergang keine akute Verletzung des Pferdes vorlag. Zwar wird nach § 476 BGB vermutet, dass ein Mangel, der sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gezeigt hat, bereits bei Gefahrübergang vorhanden war. Der Verkäuferin sei es jedoch nach rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung des Berufungsgerichts gelungen, zu beweisen, dass die akute Verletzung des Pferdes bei Gefahrübergang nicht vorlag.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VIII%20ZR%2070/13&nr=66877> (25.7.2016)

<sup>2</sup> Zur besseren Verständlichkeit werden im Folgenden die Begriffe Verkäuferin und Käufer statt Klägerin und Beklagter verwendet.

<sup>3</sup> OLG Celle NJW-RR 2011, 132 (133); Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 446 Rn. 3.

*b) Vorschädigung ausreichend für Vorliegen der Vermutungswirkung des § 476 BGB*

Im Folgenden stellt der BGH fest, dass eine akute Verletzung für das Vorliegen der Voraussetzung der Beweislastumkehr gem. § 476 BGB jedoch auch nicht erforderlich sei. Es sei vielmehr – anders als vom Berufungsgericht angenommen – ausreichend, wenn eine vertragswidrige Vorschädigung vorlag und diese für den Eintritt der akuten Verletzung mitursächlich war.

Dabei trifft den Käufer die Beweislast dafür, dass der sichtbare – akute – Mangel auf einer Ursache beruht, die ihrerseits einen vertragswidrigen Zustand darstellt.

Gelingt dem Käufer der Beweis, dass der sichtbar gewordene Mangel auf einem – latenten – Mangel beruht, so greift zu Gunsten des Käufers auch insoweit die Vermutung des § 476 BGB ein, dass dieser – latente – Mangel bereits bei Gefahrübergang bestand.

Möglich wäre jedoch, dass sich nicht eindeutig klären lässt, welche Schadensursachen den akut aufgetretenen Mangel verursachen. Ließe sich im vorliegenden Fall nicht abschließend klären, ob die Fesselträgerschenkelverletzung durch ein akutes Unfallgeschehen verursacht wurde, indem das Pferd etwa in ein Loch in den Boden getreten ist, oder ob der Schaden durch eine chronische Überbeanspruchung mit allmählicher Schädigung der Sehnenfasern verursacht wurde, so geht die fehlende Unaufklärbarkeit zu Lasten des Käufers. Denn die eine Ursache – chronische Überlastung – stellt eine vertragswidrige Ursache dar, die andere – Unfall – nicht. Nur wenn beide möglichen Ursachen eine vertragswidrige Beschaffenheit darstellen würden, käme es auf die Unaufklärbarkeit nicht an.

Im vorliegenden Fall müsse daher der Käufer beweisen, dass der Fesselträgerschenkelschaden auf einer Vorschädigung beruht. Gelingt ihm der Nachweis, dass der Mangel auf einer Vorschädigung beruht, so wird vermutet, dass die Vorschädigung bereits bei Gefahrübergang vorlag.

#### 4. Ergebnis

Der BGH hat das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main gem. § 562 Abs. 1 ZPO aufgehoben und wegen der Erforderlichkeit weiterer tatsächlicher Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO).

#### IV. Eigene Wertung

Das Urteil überzeugt im Ergebnis. Vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich am 4.6.2015 ergangenen Urteils des EuGH zu Art. 5 Abs. 3 der RiL 1999/44/EG<sup>4</sup> sind die Aussagen des BGH zur Reichweite der Beweislastumkehr des § 476 BGB jedoch zu hinterfragen.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 4.6.2015 – C-497/13 = NJW 2015, 2237.

<sup>5</sup> Der Beitrag stellt die persönliche Meinung der Autorin dar und steht in keinem Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit.

#### 1. Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf

Zutreffend übernimmt der BGH die Wertung des Berufungsgerichts, wonach der vereinbarte Haftungsausschluss wegen des Vorliegens eines Verbrauchsgüterkaufs gem. § 475 Abs. 1 BGB unwirksam sei.

#### 2. Zeitpunkt des Gefahrübergang

Auch gegen die Festlegung des Gefahrübergangs auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages bestehen keine Bedenken. Zum einen lässt sich der Gefahrübergang mit Abschluss des Kaufvertrages durch die Einräumung des mittelbaren Besitzes an dem Pferd mit Abschluss des Kaufvertrages gem. §§ 929, 930 BGB begründen. Selbst, wenn man im Abschluss des Kaufvertrages keine Einräumung des mittelbaren Besitzes sähe, wäre eine von § 446 abweichende Regelung wirksam. Denn § 446 BGB wird gerade nicht in § 475 BGB als Vorschrift erwähnt, von der beim Verbrauchsgüterkauf nicht zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden darf.

#### 3. Vermutungswirkung des § 476 BGB

Aufschlussreich ist die Begründung zur Vermutungswirkung des § 476 BGB. Schlüsselsatz hierzu lautet: „Beweist der Käufer, dass der sichtbar gewordene Mangel auf einem – latenten – Mangel beruht, so greift zu Gunsten des Käufers auch insoweit die Vermutung des § 476 BGB ein, dass dieser – latente – Mangel bereits bei Gefahrübergang bestand.“ Die Vermutungswirkung des § 476 BGB betrifft also nicht nur den konkret aufgetretenen Mangel, sondern auch die dem Mangel zugrundeliegende Ursache.

Der Käufer muss lediglich beweisen, dass der akute Mangel auf einer vertragswidrigen Vorschädigung beruht, die ihrerseits einen Mangel darstellt.

Gelingt dem Käufer der Beweis der vertragswidrigen Vorschädigung, so greift die Beweislastumkehr des § 476 BGB auch hinsichtlich der vertragswidrigen Vorschädigung ein. Es wird vermutet, dass die vertragswidrige Vorschädigung – im vom BGH entschiedenen Fall war es die chronische Überbeanspruchung der Fessel des Pferdes – bereits bei Gefahrübergang vorlag.

Diese Verteilung der Beweislast ist die Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung des BGH, wonach ein bereits bei Gefahrübergang angelegten aber erst später zu Tage tretender Mangel als beim Gefahrübergang vorhanden gilt.<sup>6</sup>

#### 4. Urteil des EuGH

In seinem Urteil vom 4.6.2015 stellte der EuGH zur Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der RiL 1999/44/EG fest, dass die Vertragswidrigkeit zur Zeitpunkt der Lieferung bereits dann vermutet wird, wenn der Verbraucher beweist, dass das verkaufte Gut binnen sechs Monaten nach Lieferung einen Mangel aufweist. Der Verbraucher muss weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist. Die Vermutungs-

<sup>6</sup> BGH NJW 2006, 2250 (2253).

wirkung tritt nicht ein, wenn der Verkäufer beweist, dass der Grund oder Ursprung der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der nach der Lieferung des Guts eingetreten ist.

#### *5. Auswirkung des Urteils des EuGH auf die Rechtsprechung des BGH*

Der EuGH verweist in seinem Urteil auf die Verpflichtung nationaler Gerichte zu richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts. Damit müsste der BGH seine Rechtsprechung zur der Reichweite der Vermutungswirkung des § 476 BGB entsprechend dem Urteil des EuGH anpassen.

In Fällen wie dem vorliegenden, in dem sich der Mangel des gekauften Gegenstandes innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang zeigt, wäre der Käufer dann nicht mehr verpflichtet zu beweisen, dass der aufgetretene Mangel auf einer vertragswidrigen Vorschädigung beruht. Es wäre ausreichend, wenn der Verbraucher darlegt, dass sich der Mangel innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang zeigt. Der Verkäufer könnte den Gegenbeweis antreten, wenn er beweisen könnte, dass Grund oder Ursprung des Mangels nach Gefahrübergang eingetreten ist.

#### **V. Hinweise für Klausur und Praxis**

Das besprochene Urteil des BGH ermöglicht Studenten die Erarbeitung und Wiederholung zentraler Fragestellungen des Verbrauchsgüterkaufs, sollte jedoch nicht ohne Berücksichtigung des zwischenzeitlich ergangenen Urteils des EuGH zu Art. 5 Abs. 3 der RiL 1999/44/EG studiert werden.

Falls Studenten den besprochenen Fall im Rahmen einer Klausur lösen müssten, wären die Voraussetzungen des Anspruchs auf Minderung des Kaufpreises prüfen. Zunächst wäre das Vorliegen eines Mangels zu bejahen und auf den Vorrang der Nacherfüllung einzugehen. Anschließend müssten die Studenten prüfen, ob der Anspruch auf Minderung nicht durch den vereinbarten Gewährleistungsausschluss ausgeschlossen ist. In diesem Zusammenhang wäre das Vorliegen der Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 BGB zu prüfen und auf § 475 Abs. 1 BGB einzugehen.

Im Anschluss wäre zu prüfen, ob sich der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gezeigt hat, wobei der Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu problematisieren wäre.

Sofern die Voraussetzungen des § 476 BGB bejaht werden, wäre dann die zentrale Frage des Falles, auf welche Tatsachen sich die Beweislastumkehr des § 476 BGB bezieht. Dabei wäre detailliert herauszuarbeiten, dass anders als bisher der Käufer nicht mehr beweisen muss, dass der akute Mangel auf einer vertragswidrigen Beschaffenheit des Kaufgegenstandes beruht. Vielmehr muss der Käufer nach dem Urteil des EuGH lediglich das Auftreten des Mangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang nachweisen. Es ist jetzt am Verkäufer, den Gegenbeweis anzutreten. Der Verkäufer müsste nachweisen, dass der Grund oder Ursprung der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der nach der Lieferung der Vertragsgegenstands eingetreten ist. Beispiel im vorliegenden Fall wäre der Nachweis eines Unfalls nach Gefahrübergang mit daraus folgender Verletzung des Pferdes.

Praktiker in Kanzlei und Unternehmen sollten bei Ihrer Beratung berücksichtigen, dass eine Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Reichweite der Beweislastumkehr des § 476 BGB wahrscheinlich ist. Es ist anzunehmen, dass in Umsetzung des Urteils des EuGH der Nachweis des Auftretens eines Mangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ausreichend ist. Auf das Vorliegen eines latenten Mangels wird es voraussichtlich nicht mehr ankommen.

*Rechtsanwältin Dr. Katrin Hagemann, Minden*

## Entscheidungsanmerkung

### Verknüpfung von Nötigungsmitteln und Wegnahme beim Raub

**Notwendige Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Raubes ist eine finale Verknüpfung zwischen dem Einsatz der qualifizierten Nötigungsmittel und der Wegnahme sowie eines räumlich-zeitlichen Zusammenhangs dergestalt, dass es zu einer nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt gekommen ist.**

(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 249 Abs. 1

BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15 (LG München II)<sup>1</sup>

#### I. Die Verknüpfung von Raubmitteln und Wegnahme

Der Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) ist ein mit Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (den sog. Raubmitteln) durchgesetzter Diebstahl. Wenn diese Raubmittel (so auch im Tenor des *Senats*) als „qualifizierte Nötigungsmittel“ bezeichnet werden oder man gelegentlich gar den Raub als Zusammensetzung von Diebstahl und Nötigung sieht,<sup>2</sup> so ist das freilich ungenau. Der Raubtatbestand setzt, anders als die räuberische Erpressung, keine Opfermitwirkung voraus. Wenn deshalb der Täter beim Raubmord mittels seiner Gewalt das Opfer komplett ausschaltet, wird dieses nicht genötigt, weil es gar nicht mehr „handeln, dulden oder unterlassen“ kann. Bekanntermaßen herrscht nun Streit darüber, welche Verknüpfung zwischen Raubmitteln und Wegnahme besteht. Die offensichtlich einfachste Interpretation von § 249 StGB sieht darin eine Kausalbeziehung: Gewalt oder Drohung müssen die Wegnahme ermöglicht haben.<sup>3</sup> Subjektiv bedarf es im Rahmen des Vor-

satzes selbstverständlich auch einer entsprechenden Vorstellung des Täters, seine Gewalt diene der Wegnahme, also einer Finalbeziehung zwischen Raubmitteln und Wegnahme. Dies ist deswegen zu betonen, weil die Gegenposition sich darauf beschränkt, eben diese Finalbeziehung – mit anderen Worten und zunächst noch etwas vereinfacht: den direkten Vorsatz einer Kausalität – bereits als ausreichende Verknüpfung von Raubmitteln und Wegnahme anzusehen.<sup>4</sup> Die Raubmittel sollen danach der Wegnahme dienen, indes bedarf es keines Nachweises, dass dies auch tatsächlich so war. Auf die wechselseitigen Argumente soll später eingegangen werden (siehe unten IV.). Auch die Rechtsprechung des BGH hatte sich bislang in einzelnen (inzwischen schon etwas älteren) Entscheidungen ausdrücklich mit einer Finalbeziehung begnügt,<sup>5</sup> während zahlreiche weitere Judikate zwar das Finalerfordernis betonen, ohne dabei aber zugleich ausdrücklich auf eine objektive Beziehung zu verzichten.<sup>6</sup> Nach vergleichsweise langer Zeit<sup>7</sup> hatte der *1. Strafsenat* nun erstmals wieder einen Sachverhalt zu entscheiden, bei welchem die Gewalt zwar der Wegnahme dienen sollte, sie tatsächlich dies am Ende aber zumindest nicht mehr so tat, wie es der Angeklagte geplant hatte. Die Entscheidung des *Senats* ist deshalb bemerkenswert, weil sie vordergründig zwar am Verzicht auf die Kausalität festhält, dabei aber tatsächlich zusätzliche objektive Bedingungen aufstellt (welche im zu entscheidenden Fall von der Strafkammer nach Ansicht des *Senats* unzureichend aufgeklärt waren), die im Grunde eben doch eine Kausalbeziehung voraussetzen.

#### II. Der Sachverhalt

Das von der Strafkammer festgestellte Tatgeschehen, in dem sie u.a. einen schweren Raub gesehen hatte, mutet einigerma-

schränkend *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 21; *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 249 Rn. 36 ff.

<sup>4</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 249 Rn. 4; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 249 Rn. 7; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 249 Rn. 12; *Sander*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2006, § 249 Rn. 24 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 271; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 350; *Biletzki*, JA 1997, 385.

<sup>5</sup> BGHSt 4, 210 (211); BGH NSStZ 1993, 79; BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 9.

<sup>6</sup> Vgl. BGH NSStZ 2015, 156; BGH NSStZ-RR 2014, 110; BGH NSStZ 2013, 471 (472); BGH NSStZ-RR 2012, 342; BGH NSStZ 2006, 508; BGH NSStZ 2003, 431 (432); BGH NSStZ-RR 2002, 304; BGH StV 1995, 416; BGH StV 1991, 516; BGH NSStZ-RR 1997, 298; BGH NSStZ 1982, 380; BGH NSStZ 2015, 698.

<sup>7</sup> Soweit ersichtlich, hat BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 9 im Jahre 1996 zuletzt explizit auf die Kausalität zwischen Raubmitteln und Wegnahme verzichtet.

<sup>1</sup> Veröffentlichung NJW 2016, 2129 m. Anm. *Habetha*; ferner abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=13d67e2a06318cb56fc873c03e871594&nr=74776&pos=0&anz=1> (29.6.2016).

<sup>2</sup> *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 1, 6; *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 249 Rn. 1; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 249 Rn. 2 f.

<sup>3</sup> Eingehend *Albrecht*, Die Struktur des Raubtatbestandes (§ 249 Abs. 1 StGB), 2011, S. 75 ff., 84; *Brandts*, Der Zusammenhang von Nötigungsmittel und Wegnahme beim Raub, 1990, S. 141 ff., 155 ff.; ferner *Heinrich* (Fn. 2), § 17 Rn. 11; *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1482 und CD 39-04; *Sinn*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, 120. Lfg., Stand: November 2009, § 249 Rn. 35 f.; *Rengier*, in: *Geis* (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1195 (1201); ein-

ßen seltsam an, was seinen Verlauf nach dem Angriff des Angeklagten anbelangt. Der wohnungslose Angeklagte und der spätere Geschädigte K. hatten sich über eine Kontaktseite für Homosexuelle im Internet kennengelernt und die Nacht miteinander in der Wohnung von K. verbracht.<sup>8</sup> Morgens gegen 5.00 Uhr fasste der Angeklagte den Entschluss, K. durch Schläge auf den Kopf kampfunfähig zu machen, um die Wohnung ungestört nach Wertgegenständen durchsuchen zu können. Er holte aus der Küche einen hölzernen Fleischhammer und eine Sektflasche und schlug mit beiden Gegenständen mit bedingtem Tötungsvorsatz auf den Kopf des im Bett schlafenden K. ein. K. erwachte und flüchtete über den Flur in die Küche, während der Angeklagte ihm u.a. mit einem Barhocker weitere Schläge versetzte. Als es K. schließlich gelang, den Angeklagten wegzudrücken, brach dieser aus letztlich unklaren Gründen seine Angriffe ab.<sup>9</sup> K. hatte mehrere Brüche im Schädel- und Gesichtsbereich erlitten und blutete stark. Er ging deshalb ins Badezimmer, säuberte sich und begab sich danach ins Schlafzimmer, um sich anzuziehen. Währenddessen duschte der Angeklagte im Badezimmer, wobei er dort aus einem Schrank eine Goldkette des Geschädigten entwendete. Anschließend zog er sich in der Küche an und steckte dort noch das Smartphone des Geschädigten ein. Als der Angeklagte die Wohnung verlassen wollte, gelang es ihm zunächst nicht, die Sperrkette der Wohnungseingangstür zu lösen, weshalb ihm K. dabei sogar noch helfen musste.<sup>10</sup>

Die Strafkammer hatte den Angeklagten wegen schweren Raubes nach den §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung nach den §§ 223, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 5 StGB verurteilt. Vom Versuch des Mordes aus Habgier und in Ermöglichungsabsicht sei der Angeklagte strafbefreiend zurückgetreten.<sup>11</sup>

### III. Die Entscheidung des *Senats*

Der *Senat* hat das Urteil der Strafkammer auf die Revision des Angeklagten hin insgesamt aufgehoben und die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts München II zurückverwiesen, wobei er auf Zweifel am Vorliegen der erforderlichen Beziehung zwischen Raubmitteln und Wegnahme verwies. Dazu bedürfe es zunächst besagter finaler Beziehung zwischen Gewalt und Wegnahme.<sup>12</sup> Sodann folgt die Absage an die objektive Erforderlichkeit des Gewaltmittels oder das Erfordernis einer kausalen Förderung der Wegnahme, allerdings ohne nähere Begründung und eher in Form routinemäßiger, beiläufiger Präliminarien.<sup>13</sup> Eindeutig handelt es sich insoweit auch um keine die Entscheidung tragenden Ausführungen, denn der *Senat* stellt kurz darauf fest, der Angeklagte sei infolge des Gewalteinsatzes bei der Suche

nach Wertgegenständen unbehelligt geblieben, weil K. zwar nicht, wie ursprünglich geplant, tot oder bewusstlos, wohl aber so schwer verletzt gewesen sei, dass er kaum noch etwas sah, sich vom Blut reinigte, anzog und dann den Rettungsdienst verständigte.<sup>14</sup> Die Gewalt hatte demnach mit Sicherheit eine ungehinderte Wegnahme erleichtert und war in diesem Sinne auch objektiv wirksam geworden. Mit dem Auseinanderfallen von tatsächlichem Geschehen (die zugefügten Verletzungen hielten K. vom Eingreifen ab) und Tatplan (K. wird getötet oder bewusstlos und kann deshalb die Wegnahme nicht hindern) beschäftigt sich der *Senat* sodann unter dem Stichwort der Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf im Rahmen des Finalzusammenhanges.<sup>15</sup> Denn der Finalzusammenhang ist schließlich nichts anderes als die Vorstellung von einem bestimmten Kausalverlauf. An dieser Stelle allerdings offenbart sich bereits, dass der *Senat* im Grunde gar keinem reinen finalen Verständnis mehr anhängt. Denn die gesamte Dogmatik um die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit einer Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf beruht ja auf dem Umstand einer im Einzelfall festgestellten Diskrepanz zwischen Vorsatz und objektivem Tatgeschehen. Um diese wieder miteinander in Deckung zu bringen, wird durch die Figur einer unerheblichen Abweichung besagte Diskrepanz für vernachlässigungswert erklärt. Bei einer strikt subjektiven Ausrichtung des Zusammenhangs von Gewalt und Wegnahme hingegen spielt es überhaupt keine Rolle, was tatsächlich geschehen ist, denn darauf soll es ja gerade nicht ankommen. Es hätte dem *Senat* also nicht nur völlig gleichgültig sein können, sondern sogar gleichgültig sein müssen, ob sich das Geschehen anders als vorgestellt entwickelt hatte, solange nur die Gewalt zum Zwecke der Wegnahme ausgeübt worden war und es tatsächlich dann auch zu einer Wegnahme kam. Nur Befürworter einer auch objektiven Beziehung zwischen Gewalt und Wegnahme hätten sich im Rahmen des Vorsatzes mit der Frage einer Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf auseinanderzusetzen gehabt.

Nach der abschließenden Feststellung des Finalzusammenhanges<sup>16</sup> folgen die wohl wichtigsten Passagen der Entscheidung, auf die sich auch der zweite Teil des Leitsatzes bezieht. Denn nunmehr fordert der *Senat* doch noch eine objektive Beziehung zwischen Gewalt und Wegnahme, wobei er allerdings den Begriff der Kausalität meidet und dafür den Geschehensrahmen betont: Nötigung und Wegnahme müssten „in einem bestimmten räumlichen und zeitlichen Verhältnis zueinander“ stehen.<sup>17</sup> Dann aber begründet der *Senat* dieses Postulat in einer höchst bemerkenswerten Weise: Der erhöhte Unrechtsgehalt des Raubes gegenüber dem Diebstahl erfordere, dass sich der Tatentschluss „auch tat-

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 3.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 4-6.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 7 f.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 11; zur Richtigkeit dieses Teilaspektes der Strafkammerentscheidung verhält sich der *Senat* im Übrigen nicht.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 14-16.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 17.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 20.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 20-24.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 25.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 26; einen solchen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang hatte der BGH schon einmal verneint in einem Fall, wo die Gewalt der Nennung eines Geldverstecks diene, in welchem später die Wegnahme erfolgen sollte, vgl. BGH NStZ 2006, 38.

sächlich in einer ‚Wegnahme mit Gewalt‘ [...] realisieren muss und die den Raub konstituierenden Elemente der Nötigungshandlung und der Wegnahme eine raubspezifische Einheit bilden“ und nicht etwa isoliert nebeneinander stehen.<sup>18</sup> Diese raubspezifische Einheit liege vor, „wenn es zu einer [...] nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt gekommen ist“;<sup>19</sup> sie fehle, „wenn ein durch die Nötigung hervorgerufenes Verhalten des Opfers nach Abschluss der qualifizierten Nötigungshandlung weder objektiv noch nach der Tätervorstellung ein notwendiges Zwischenziel zur Begründung des Gewahrsams ist.“<sup>20</sup>

Lässt man in den zitierten Sätzen die – im Grunde erst für den Vorsatz bedeutsamen – Ausführungen zur Tätervorstellung weg und konzentriert sich auf das Objektive, so verlangt der *Senat* nicht mehr und nicht weniger als eine durch Raubgewalt bewirkte, objektive Reduzierung der Herrschaftsmacht über die Sache, die „notwendiges Zwischenziel“ (sprich: notwendige Bedingung) auf dem Weg zur Wegnahme ist. Das umschreibt aber nichts anderes als eine Kausalbeziehung zwischen Raubmitteln und reduzierter Sachherrschaft des Opfers. Auch wenn sich der *Senat* anschließend wieder auf den räumlichen und zeitlichen Geschehenszusammenhang konzentriert, so wird dieser doch nur als zusätzliches (und gerade für den zu entscheidenden Fall wichtiges) Kriterium behandelt, welches zu der beschriebenen objektiven Wirkung der Gewalt hinzutrete: Ob der „auf die *nötigungsbedingte Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Opfers über das Tatobjekt* bezogene, zeitliche und räumliche Zusammenhang“<sup>21</sup> vorliege, sei im Einzelfall zu entscheiden.<sup>22</sup>

Dem widmen sich sodann die abschließenden Passagen des Urteils, in welchen der *Senat* vor allem Erklärungen der Strafkammer zu dem auffälligen Verhalten des Geschädigten K. nach der Gewaltausübung durch den Angeklagten vermisst und woraus er Zweifel daran ableitet, ob K. tatsächlich wegen der vorherigen Gewalt oder aus anderen Gründen die Wertgegenstände in seiner Wohnung dem Zugriff durch den Angeklagten aussetzte, indem er sich zunächst ins Bad und sodann ins Schlafzimmer begab und damit dem Angeklagten ermöglichte, seine Beute zu erlangen.<sup>23</sup> Auffällig dann der abschließende Satz: „Wirkte die vorangegangene Gewaltanwendung bei der Wegnahme nicht willensbeugend, gab also der Geschädigte die Wertgegenstände in seiner Wohnung dem Zugriff des Angeklagten aus anderen Gründen preis, käme wegen des einen Gewahrsamsbruch ausschließenden Einverständnisses mit der Wegnahme lediglich ein versuchter Raub in Betracht.“<sup>24</sup> Man mag nun rätseln, warum der *Senat* hier den Begriff des Einverständnisses bemüht, der in diesem

Kontext deplatziert erscheint, weil Einverständnis und Willensbeugung keine echten Alternativen beschreiben. Denn zwischen diesen beiden Extremen existiert zweifelsfrei eine Grauzone: Verteidigt sich das Opfer gegen die Wegnahme nicht mehr und war es nicht die Gewaltausübung, die hierfür ursächlich geworden ist, so folgt aus dem geschehenen Gewahrsamswechsel nicht zwangsläufig, dass das Opfer mit diesem einverstanden gewesen sein muss. Aus der Warte von K. war schließlich überhaupt nicht erkennbar, warum ihn der Angeklagte plötzlich derartig massiv angriff. Ihm mögen vor dem Hintergrund des gemeinsam verbrachten Abends ganz andere Gründe durch den Kopf geschossen sein als der, er solle jetzt beraubt werden. Offensichtlich hatte K. zudem vom Einstecken der Beute gar nichts mitbekommen. Die Annahme, sein weiteres Verhalten bedeute ein Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel, erscheint vor diesem Hintergrund geradezu lebensfremd. Oder sollte gar die Erwähnung des Einverständnisses die Konsequenz der Senatslinie verschleiern? Richtig gelesen hätte der zitierte Satz nämlich in etwa lauten müssen: War die Gewaltanwendung objektiv nicht willensbeugend, so kämen lediglich ein versuchter Raub und möglicherweise ein vollendeter Diebstahl in Betracht. So formuliert hätte das aber nichts anderes bedeutet als das endgültige Eingeständnis eines Überlaufens in das Lager der Kausalitätsbefürworter.

Gleichwohl tut die Entscheidung nichts anderes. Sie tritt damit in Widerspruch zu jenen (im Grunde wenigen) Entscheidungen, die in der Vergangenheit explizit auf objektive Beziehungen zwischen Gewalt und Wegnahme verzichtet hatten<sup>25</sup> (und sogar zur eigenen Vorbemerkung<sup>26</sup>), versucht dies aber zu verschleiern, indem sie scheinbar ihren Schwerpunkt auf das erforderliche räumliche und zeitliche Verhältnis von Nötigung und Wegnahme legt. Hätte es mit letzterem tatsächlich sein Bewenden gehabt, so hätte der *Senat* zwar ein zusätzliches objektives Kriterium addiert, sich aber nicht in einen offenen Gegensatz zu den Vorentscheidungen begeben, der ihn eigentlich zu einem Vorlageverfahren gezwungen hätte, das notfalls in eine Entscheidung des *Großen Senats* mündet (§ 132 Abs. 2 GVG). Tatsächlich aber hat der *Senat* in seinen – noch dazu seine Entscheidung tragenden – Erwägungen eine radikale Abkehr von dem Dogma bloßer Finalbeziehung vollzogen.<sup>27</sup>

#### IV. Finalität oder Kausalität?

Der *Senat* könnte damit, sofern seiner Entscheidung von den übrigen *Senaten* gefolgt wird, eine jahrzehntelange Episode innerhalb der Rechtsprechung beendet haben und zu deren Ausgangspunkt zurückgekehrt sein. Denn vor der Entscheidung BGHSt 4, 210, bestand offensichtlich keinerlei Streit über das Erfordernis einer Kausalität zwischen Raubmitteln

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 27.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 27.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 28.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 30 (*Hervorhebung des Verf.*).

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 29.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 30-34.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 34.

<sup>25</sup> BGHSt 4, 210 (211); BGH NSTZ 1993, 79; BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 9.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 20.1.2016 – 1 StR 398/15, Rn. 17.

<sup>27</sup> Zurückhaltender *Habetha*, NJW 2016, 2131 (behutsame Rechtsprechungsänderung).

und Wegnahme.<sup>28</sup> Mit besagtem Urteil aus dem Jahre 1953 hatte der 4. Senat erstmals alleine auf eine Finalbeziehung abgestellt: „Für das Tatbestandsmerkmal des Raubes, daß die Sache ‚mit Gewalt‘ gegen eine Person weggenommen wird, ist eine tatsächliche Ursachenbeziehung zwischen der Gewaltanwendung und der Wegnahme nicht wesentlich. Es genügt vielmehr, wenn der Täter die Gewalt deshalb anwendet, weil er sie für geeignet hält, die Wegnahme zu ermöglichen; ob sie dazu wirklich erforderlich war, ist ohne Belang.“<sup>29</sup> Hintergrund waren offenbar Beweisschwierigkeiten: Die Angeklagten hatten ihr volltrunkenes Opfer vom Bahnhof an einen ruhigeren Ort getragen und dort zusammengeschlagen, um es ungestört ausplündern zu können. Gegen den Einwand der Verteidigung, angesichts des Zustands des Opfers sei zu bezweifeln, ob die Gewalt ursächlich für die Wegnahme gewesen sei (und diese nicht auch ohne sie gelungen wäre), wandte sich der 4. Senat mit der oben zitierten Bemerkung, um dann allerdings darauf zu verweisen, bereits das Wegtragen habe Gewalt dargestellt und dazu gedient, den Geschädigten an einen Ort zu bringen, wo er nicht mehr unter dem Schutz der Öffentlichkeit stand.<sup>30</sup> Hierin hätte der 4. Senat sogar eine objektive Ermöglichung der Wegnahme sehen können, weshalb sein Verzicht auf eine Erforderlichkeit der Gewalt im Grunde unnötig<sup>31</sup> (und von daher keine die Entscheidung tragende Erwägung) war. In der Folge verwendeten zahlreiche Entscheidungen des BGH zwar das Credo vom finalen Zusammenhang, ohne dabei aber auf eine objektive Beziehung explizit zu verzichten; regelmäßig ging es um das Fehlen einer Finalbeziehung bei durchaus bestehender objektiver Relevanz der Raubmittel für die geschehene Wegnahme. Nicht das mögliche Fehlen einer Kausalität stand hier in Rede, sondern an der Finalbeziehung mangelte es, weil die Wegnahme entweder einer anders motivierten Gewalt zeitlich nachfolgte<sup>32</sup> oder der Wegnahmeentschluss zwar von Anfang an bestand, die Gewalt aber nicht (nur) dazu dienen sollte, die geplante Wegnahme zu erleichtern.<sup>33</sup> Die zweite einschlägige Entscheidung, diesmal des 1. Senats, die ausdrücklich auf eine objektive Beziehung zwischen Gewalt und Wegnahme verzichtete,<sup>34</sup> tat dies ebenfalls in un-

nötiger Weise: Die dort Angeklagten hatten ihre Opfer gefesselt und waren so an deren Pkw gelangt. Das Landgericht hatte aber nicht festgestellt, ob die Fesselung nach der Vorstellung der Täter der Wegnahme dienen sollte; dass sie dies tat, stand indes für den BGH außer Frage. Kaum anders lag es bei der letzten einschlägigen Entscheidung aus dem Jahre 1996.<sup>35</sup> Die schwerbehinderte und an den Rollstuhl gebundene Geschädigte, die „deshalb noch nicht wehrlos“ war, wurde mit einer Waffe bedroht; sodann hatte man ihren Telefonanschluss sowie eine Notrufeinrichtung aus der Wand gerissen, um anschließend zur Wegnahme zu schreiten. „Daß dabei die vorangegangene Bedrohung mit der Waffe als aktuelle Androhung von Gewaltanwendung fortwirkte [...] und dies die Täter auch wollten, drängt sich hier auf.“<sup>36</sup> Erneut erscheint es von daher völlig unnötig, wenn der hier wiederum entscheidende 4. Senat obiter dictum darauf verweist, es sei zudem rechtlich unerheblich, ob der Einsatz der Raubmittel objektiv erforderlich war.

Eine ausführlichere Begründung für die Reduktion der Beziehung zwischen Raubmitteln und Wegnahme auf eine Finalbeziehung hat die Rspr. übrigens nirgends geliefert; das Motiv andernfalls zu besorgender Beweisschwierigkeiten liegt freilich auf der Hand.<sup>37</sup> Indessen überzeugt das kaum; denn selbst wenn ein objektives Bewirken der Wegnahme durch die Raubmittel einmal fehlen sollte, so bliebe doch, sofern wenigstens die finale Beziehung nachweisbar wäre, ein Raubversuch (mit nur fakultativer Strafmilderung gegenüber dem vollendeten Delikt, vgl. § 23 Abs. 2 StGB) sowie ein in Tateinheit dazu stehender vollendeter Diebstahl. Ein kriminalpolitisches Bedürfnis, das in dem Verweis auf angebliche Beweisschwierigkeiten durchscheint, lässt sich daher bei genauerer Betrachtung kaum begründen.

Ein zweites Argument im Schrifttum, soweit es das Dogma vom Finalzusammenhang verfehlt, lautet dahin, der Unrechtsgehalt des Raubes verwirkliche sich bereits beim Einsatz des Nötigungsmittels zum Zwecke der Wegnahme in vollem Umfang.<sup>38</sup> Daran ist richtig, dass finales Handeln grundsätzlich zur Begründung eines strafwürdigen Unrechtsgehaltes genügen kann, wie das – im Prinzip mit der Vollendungsstrafe bedrohte – Versuchsunrecht belegt. Freilich lässt sich diese Argumentation schnell ad absurdum führen: Konsequenz zu Ende gedacht wäre nämlich das Unrecht des Tötungsverbrechens schon in vollem Umfang verwirklicht, wenn es objektiv gar nicht zum Tode kommt! Falls es daher im Einzelfall an einer objektiven Kausalitätsbeziehung zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme fehlt und allein eine Finalbeziehung vorliegt, so ist richtigerweise eben allein Versuchsunrecht verwirklicht. Aus denselben Gründen verfängt auch der Verweis auf die infolge der Zwecksetzung der Gewalt bereits ausreichend belegte besondere Tätergefähr-

<sup>28</sup> Vgl. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8.-10. Aufl. 1912, § 249 Anm. IV.

<sup>29</sup> BGHSt 4, 210 (211).

<sup>30</sup> BGHSt 4, 210 (212).

<sup>31</sup> Hörnle, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1143 (1146 f.).

<sup>32</sup> Vgl. BGH NStZ 2015, 156; BGH NStZ-RR 2014, 110; BGH NStZ 2013, 471 (472); BGH NStZ-RR 2012, 342; BGH NStZ 2006, 508; BGH NStZ 2003, 431 (432); BGH NStZ-RR 2002, 304; BGH StV 1995, 416; BGH StV 1991, 516; BGH NStZ 1982, 380.

<sup>33</sup> Vgl. BGH NStZ 2015, 698 (Opfer sollte offenbar primär misshandelt werden); BGH NStZ-RR 1997, 298 (Wechsel des Zielobjektes, nachdem die ursprünglich gesuchte Schusswaffe, derentwegen die Gewalt angewendet worden war, sich nicht fand).

<sup>34</sup> BGH NStZ 1993, 79.

<sup>35</sup> BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 9.

<sup>36</sup> BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 9.

<sup>37</sup> Vgl. Biletzki, JA 1997, 385.

<sup>38</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), Rn. 350; Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 4), Rn. 271; Biletzki, JA 1997, 385 f.

lichkeit nicht,<sup>39</sup> zumal dies fatal an die unselige Tätertypenlehre erinnert.

Schließlich wird gerne auf den Gesetzestext verwiesen, der die Wegnahme „mit Gewalt“ bzw. „unter Anwendung von Drohungen“ verlangt, nicht aber „durch“ Gewalt bzw. Drohungen.<sup>40</sup> Deshalb fordere § 249 StGB nach seinem Wortlaut keine Kausalität. Das mag so sein, rechtfertigt aber ebenso eindeutig nicht jeglichen Verzicht auf eine objektive Beziehung.<sup>41</sup> Denn „mit Gewalt“ kann nicht nur die vom Senat jetzt benannte zeitliche oder räumliche Nähe meinen, sondern verlangt eine engere Verbindung. Andernfalls hätte man im Tatbestand die Formulierung „Gewalt anwendet und dabei ...“ verwenden können.<sup>42</sup> Der Gesetzgeber scheint es allerdings mit seiner Wortwahl bei den Nötigungsstraftaten nicht allzu genau zu nehmen,<sup>43</sup> denn bei den Erpressungstatbeständen werden „mit Gewalt“ (§ 253 Abs. 1 StGB) und „durch Gewalt“ (§ 255 Abs. 1 StGB) anscheinend wahllos verwendet, obwohl auch bei § 253 StGB völlig unbestritten eine Kausalitätsbeziehung zwischen Nötigungsmittel und -erfolg vorausgesetzt wird.<sup>44</sup> Ebenso wird bei § 240 StGB laut Tatbestand nur „mit Gewalt“ genötigt, obwohl tatsächlich der Nötigungserfolg kausal durch Gewalt verursacht werden muss.<sup>45</sup> Von daher mag der Wortlaut den Verzicht auf eine Kausalitätsbeziehung erlauben, aber er gebietet diesen umgekehrt auch nicht, im Gegenteil: Eine auf bloße Finalität reduzierte Verknüpfung von Raubmitteln und Wegnahme wäre vielmehr ihrerseits mit dem Gesetzeswortlaut unvereinbar.

## V. Kausale Erleichterung der Wegnahme als Erfolg der Raubmittel

Die Sorge, ein Kausalitätserfordernis führe zu Strafbarkeitsausfällen, ließe sich zudem erheblich lindern, wenn man den benötigten Kausalzusammenhang genauer betrachtet. Befürchtet wird, es käme vor allem in bestimmten Konstellationen nur zu einer Versuchsstrafbarkeit (wobei selbst das so tragisch ja gar nicht wäre, siehe oben IV.): Erstens werde der besonders brutale Täter geschont, der eine zur Wegnahme völlig übersetzte und in ihrer Intensität gar nicht erforderliche Gewalt verübe. Zweitens bliebe das besonders schwache Opfer ungeschützt, welches sich selbst gegen eine gewaltfreie Wegnahme nicht gewehrt hätte.<sup>46</sup> Und drittens ließe sich – wie in BGHSt 4, 210 (siehe oben IV.) – häufig nicht mehr aufklären, ob die konkret eingesetzte Gewalt wirklich unumgänglich war. Dabei wird freilich ein unzutreffendes Ver-

ständnis vom Kausalitätserfordernis beim Raub zu Grunde gelegt. Die Wegnahme muss bei Hinwegdenken der Gewalt im Sinne der *condicio sine qua non*-Formel zum einen nicht gänzlich unmöglich erscheinen, sondern nur die Wegnahme in ihrer konkreten Gestalt. Zum anderen steht zwischen der Anwendung der Raubmittel und dem Erfolg, dem geschehenen Gewahrsamsbruch – im Unterschied zu einfachen Erfolgsdelikten wie § 212 StGB – noch eine zweite Täterhandlung, nämlich das Wegnehmen der Sache. Erst dieser zweite Akt des Raubhandelns führt zum Rauberfolg in Gestalt des Gewahrsamsbruchs. Es würde dieser besonderen zweiaktigen Tatbestandsstruktur von § 249 StGB gar nicht gerecht, eine gewissermaßen klassische Kausalbeziehung zwischen den beiden Endpolen des Tatgeschehens, der Anwendung des Raubmittels und dem erfolgten Gewahrsamsbruch, konstruieren zu wollen. Vielmehr kann und braucht die Gewalt nur zu bewirken, dass sich die Ausgangsbedingungen für die zweite Täterhandlung, die Wegnahme, verbessern.<sup>47</sup> Jede durch die Raubmittel bewirkte, signifikante Erleichterung oder Beschleunigung der folgenden Wegnahme genügt deshalb bereits zur Bejahung der so zu verstehenden Kausalität.<sup>48</sup> Dazu reicht es aus, die potenzielle Abwehrbereitschaft des Opfers auszuschalten.<sup>49</sup> Überschießende, zur Überwindung des Widerstandes gar nicht erforderliche Gewalt führt deshalb keineswegs zur Verneinung des vollendeten Raubtatbestandes.<sup>50</sup> Anders läge es nur, wenn das Opfer sich selbst einer gewalt- und drohungsfreien Wegnahme nicht widersetzt hätte, denn dann lassen sich die Ausgangsbedingungen für die Wegnahme gar nicht mehr günstiger gestalten. Solche Fälle werden freilich kaum einmal vorkommen, denn wenn dieser Abwehrverzicht – wie es fast immer der Fall sein wird – auf der Ängstlichkeit des Opfers oder einer Einsicht in die eigene Unterlegenheit basiert, so verstärkt die vom Täter verübte Gewalt diesen Effekt, was wiederum für die Kausalität genügt.<sup>51</sup>

Richtig, nämlich als Erleichterung der Wegnahme verstandene Kausalität wird sich daher in den meisten der angeblich kritischen Sachverhaltsgestaltungen feststellen lassen. Das gilt beispielsweise für den Fall BGHSt 4, 210, wo das Verbringen des Geschädigten in die Abgeschiedenheit des Wegnahmeortes gewaltsam erfolgte und so mittels des Ausschaltens potenzieller Störungen die Wegnahme erleichterte. Auch im Fall des *Senates* lag eine solche Erleichterung vor, denn wegen seiner schweren Verletzungen war K. mit sich selbst beschäftigt und konnte daher dem Angeklagten bei dessen Suche nach Beute nicht mehr hinderlich werden.

Wenn eingangs sehr vereinfacht der Finalzusammenhang als direkter Vorsatz einer Kausalbeziehung bezeichnet worden war, so bedarf dies nach der soeben präzisierten Betrachtung des Kausalzusammenhangs dann freilich einer entspre-

<sup>39</sup> So aber Sander (Fn. 4), § 249 Rn. 24; Biletzki, JA 1997, 385; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2016, § 7 Rn. 22.

<sup>40</sup> Biletzki, JA 1997, 385; Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 4), Rn. 271; Eser/Bosch (Fn. 4), § 249 Rn. 7.

<sup>41</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 3), § 35 Rn. 21.

<sup>42</sup> Hörnle (Fn. 30), S. 1143.

<sup>43</sup> Vgl. Albrecht (Fn. 3), S. 77, 107 f.

<sup>44</sup> Eser/Bosch (Fn. 4), § 253 Rn. 7; BGHSt 32, 88 (89).

<sup>45</sup> Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 240 Rn. 14; BGHSt 37, 350 (353).

<sup>46</sup> Kindhäuser (Fn. 2), § 249 Rn. 12.

<sup>47</sup> Vgl. Hörnle (Fn. 30), S. 1153 f.

<sup>48</sup> Sinn (Fn. 3), § 249 Rn. 36; ähnlich Hörnle (Fn. 30), S. 1154.

<sup>49</sup> Vogel (Fn. 3), § 249 Rn. 39; Kleczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 8 Rn. 188.

<sup>50</sup> Sinn (Fn. 3), § 249 Rn. 36.

<sup>51</sup> Hörnle (Fn. 30), S. 1154.

chenden Korrektur. Die Raubmittel sollen aus Sicht des Täters zur Wegnahme führen, was aber ebenso nur bedeuten kann, dass sie die Ausgangsbedingungen der Wegnahme verbessern sollen, denn auch dem Täter muss ja die Notwendigkeit bewusst sein, im Anschluss noch eine zweite Handlung vorzunehmen (die er natürlich bereits vorhat und deren Erfolg, nämlich den Gewahrsamswechsel, er auch will). Der Tätersvorsatz reicht also bis zur Wegnahme, während die eigentliche Finalität des Raubmitteleinsatzes sich ebenso wie die Kausalbeziehung nur auf die Erleichterung der Wegnahmebedingungen beziehen kann.

## VI. Bewertung und Folgerungen

Schon die Analyse der Entscheidung des *Senats* hat nicht recht den dogmatischen Ansatzpunkt erkennen lassen, der ihn zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung geleitet hat. Ein Einverständnis von K. in die Wegnahme liegt im Grunde fern und das vom *Senat* vorgetragene räumliche und zeitliche Verhältnis von Raubmitteln und Wegnahme entpuppt sich bei näherem Hinsehen als Forderung nach einer Kausalität, die im zu entscheidenden Fall indes kaum von der Hand zu weisen ist, sofern man die Kausalitätskriterien präzise anlegt und eine Erleichterung der Wegnahme qua Verbesserung der Wegnahmebedingungen genügen lässt. Warum also die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils? Man mag spekulieren, ob dem *Senat* angesichts des auffälligen Verhaltens von K. (und auch des Angeklagten, der nach seinem Gewaltakt erst einmal Duschen ging) vielleicht einfach nur die landgerichtlichen Feststellungen unzureichend erschienen und das Tatverhalten beider Akteure nicht ausreichend plausibel darlegten. Möglicherweise mutete ihm das geschilderte Tatgeschehen zu lebensfremd an, um daran ohne nähere Erläuterung glauben zu können, und eventuell hielt er deswegen eine erneute tatrichterliche Aufklärung für wünschenswert.

Jenseits dieser einzelfallbezogenen Kritik hat sich der *Senat*, wenn auch etwas versteckt, mit seinen Ausführungen zum Verhältnis von Raubmitteln und Wegnahme von dem Dogma einer bloßen Finalbeziehung verabschiedet und damit zu einer der Tatbestandsstruktur angemesseneren Auslegung des § 249 StGB zurückgefunden. Darin liegt der Kern und die große Bedeutung dieser Entscheidung des *Senats*. Sie beinhaltet keine Ablehnung des Finalitätserfordernisses, sondern dessen Beibehaltung und lediglich die Ergänzung um eine objektive Kausalbeziehung. Man darf hoffen, dass die übrigen *Senate* sich dieser Entwicklung anschließen und damit einen über sechzig Jahre währenden Irrweg der Rechtsprechung verlassen.

In der Fallbearbeitung wird man weiterhin regelmäßig auf eine Stellungnahme zu dem Streit zwischen den Anhängern alleiniger Finalität und denen von Kausalität und Finalität verzichten können. Wenn man nämlich im objektiven Raubtatbestand – wie fast immer – eine Kausalität (im Sinne einer Erleichterung der Wegnahme) feststellen kann, so lässt sich die nach beiden Auffassungen erforderliche Finalbeziehung ohne weiteres im Rahmen des subjektiven Tatbestandes prüfen, worauf man kurz hinweisen sollte. Nur dort, wo die Raubmittel die Wegnahme tatsächlich einmal nicht gefördert haben, ist eine ausführlichere Schilderung der jeweiligen Po-

sitionen und eine eigene Stellungnahme geboten. Hierbei kann man die Entscheidung des *Senats* den Befürwortern eines Kausalitätserfordernisses zuordnen, weshalb jedenfalls von einer einheitlichen Linie innerhalb der Rspr. nun nicht mehr gesprochen werden sollte.

*Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster*

## Entscheidungsanmerkung

### Strafbarkeitsrisiken unter Geltung des zum 10.12.2015 in Kraft getretenen § 217 StGB – zugleich zur tatbestandlichen Reichweite des § 217 StGB

**1. Durch § 217 StGB wird kein Strafbarkeitsrisiko für suizidwillige Personen begründet, die zur Verwirklichung ihres Sterbewunsches die Hilfe Dritter in Anspruch nehmen.**

**2. Durch die Fortgeltung des § 217 StGB ist kein Eintritt irreversibler Folgen zu befürchten, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Außerkraftsetzung der Vorschrift erforderlich machen könnten. (Leitsätze der Verf.)**

StGB § 217

*BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15<sup>1</sup>*

#### I. Sachverhalt

Mit Wirkung zum 10.12.2015 ist das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3.12.2015 (BGBl. I 2015, S. 2177) in Kraft getreten. Durch dieses Gesetz wurde § 217 StGB<sup>2</sup> in das Strafgesetzbuch eingefügt. Die Vorschrift bedroht die so genannte geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe. Die Norm ist das Ergebnis einer breiten Debatte in Gesellschaft, Politik und Medien.<sup>3</sup> In der entscheidenden Sitzung im deutschen Bundestag hatten insgesamt vier Gesetzesentwürfe zur Abstimmung gestanden.<sup>4</sup> Inhaltlich reichten die vorgeschlagenen Regelungen von einer ausnahmslosen Kriminalisierung jeglicher Form der Beihilfe zum Suizid<sup>5</sup> über die zivilrechtliche Regulierung legaler Suizidassistenten vergleichbar den Regelungen zur Patienten-

verfügung<sup>6</sup> bis zu einer Teil-Kriminalisierung der gewerbsmäßig<sup>7</sup> oder geschäftsmäßig<sup>8</sup> geleisteten Suizidbeihilfe. Die Mehrheit der ohne Fraktionszwang abstimmenen Parlamentarier votierte schließlich für den jetzt in § 217 StGB enthaltenen Tatbestand,<sup>9</sup> der die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung mit Strafe bedroht.

Die Regelung zielt darauf ab, in Deutschland tätigen Sterbehilfevereinen das Handwerk zu legen. Diese Form der Dienstleistung soll es in Deutschland nicht geben, weil man befürchtet, durch das Vorhalten eines frei zugänglichen Angebots der Suizidassistenten könne der „fatale Anschein [...] einer gewissen gesellschaftlichen Adäquanz, schlimmstenfalls sogar der sozialen Gebotenheit der Selbsttötung entstehen und damit auch Menschen zur Selbsttötung verleitet werden, die dies ohne ein solches Angebot nicht täten“.<sup>10</sup>

Gegen diese Strafvorschrift haben vier Mitglieder des Vereins Sterbehilfe Deutschland e.V. Verfassungsbeschwerden erhoben. Der Verein bot bis zum Inkrafttreten der Norm seinen Mitgliedern unter bestimmten Voraussetzungen eine professionelle Begleitung von Selbsttötungen an. Nach der Einführung von § 217 StGB im deutschen Recht hat der Verein allerdings erklärt, in Deutschland keine Suizidbegleitungen mehr durchzuführen. Die vier Beschwerdeführer sind hierdurch unmittelbar betroffen, weil sie bereits in den Jahren 2013/2014 die vereinsinternen Verfahrensschritte (Prüfung des freiverantwortlich gefassten, unumstößlichen und rational begründeten Sterbewunsches) durchlaufen hatten, an deren Ende sie das so genannte „grüne Licht“ erhalten hatten. Dieses „grüne Licht“ beinhaltet die Zusicherung seitens des Vereins, auf Wunsch des Mitglieds dessen Suizid zu begleiten.

Die Beschwerdeführer tragen im Rahmen ihrer Verfassungsbeschwerden in der Hauptsache vor, durch die Einführung des Gesetzes in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt zu sein. Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei auch ein Selbstbestimmungsrecht über das eigene Sterben – dieses werde durch die Geltung des § 217 StGB verletzt. Zumindest aber werde das Selbstbestimmungsrecht über das eigene Sterben durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt.

Abgesehen von der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts über das eigene Sterben durch das Verbot geschäftsmäßiger Suizidassistenten fürchten sie, sich wegen Anstiftung zu einer Tat nach § 217 StGB strafbar zu machen, wenn sie einen potenziellen Suizidhelfer um die Begleitung ihrer Selbsttötung bitten.

Die Beschwerdeführer haben den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, mit der § 217 StGB bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden außer Vollzug gesetzt werden soll. Das würde es den Beschwerdeführern ermöglichen, noch vor der verfassungsgerichtlichen Entschei-

<sup>1</sup> BGH NJW 2016, 558. Die Entscheidung ist auch unter [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rk20151221\\_2bvr234715.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rk20151221_2bvr234715.html) (13.07.2016) abrufbar.

<sup>2</sup> § 217 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

<sup>3</sup> Ein guter Überblick über die ausgetauschten Argumente findet sich im Wortprotokoll 18/66 der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags vom 23.9.2015, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/391500/9a92e94841cb721270941ea3fbbee564/wortprotokoll-data.pdf> (13.07.2016).

<sup>4</sup> BT-Drs. 18/5373; BT-Drs. 18/5374; BT-Drs. 18/5375; BT-Drs. 18/5376.

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/5376.

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/5374.

<sup>7</sup> BT-Drs. 18/5375.

<sup>8</sup> BT-Drs. 18/5373.

<sup>9</sup> BT-Prot. 18/134, S. 13100 f.

<sup>10</sup> So die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 18/5373, S. 11.

derung in der Hauptsache die Leistungen des Vereins Sterbehilfe e.V. in Anspruch zu nehmen, ohne dass hierdurch ein Strafbarkeitsrisiko begründet würde.

## II. Regelungsgehalt und Prüfungsmaßstab der Entscheidung

Die Kammer hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Dies erklärt sich zunächst aus der Eigenart des Rechtsinstituts einstweilige Anordnung. Sie dient grundsätzlich dazu, die Umsetzbarkeit einer späteren Entscheidung in der Hauptsache abzusichern, indem sie verhindert, dass vor der Hauptsacheentscheidung vollendete Tatsachen geschaffen werden. Das ist dann der Fall, wenn ohne die einstweilige Anordnung ein durch die Hauptsacheentscheidung nicht mehr (vollständig) zu revidierender Zustand entsteht.<sup>11</sup>

Der Regelungsgehalt einer einstweiligen Anordnung erschöpft sich in einer vorläufigen Entscheidung, die die Hauptsacheentscheidung nicht vorwegnimmt. Eine einstweilige Anordnung ergeht nur dann, wenn dies „zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist“, § 32 Abs. 1 BVerfGG. Weil es sich bei der einstweiligen Anordnung nur um eine vorläufige Entscheidung handelt, ist Gegenstand der Prüfung im Anordnungsverfahren nicht die Erfolgsaussicht in der Hauptsache.<sup>12</sup> Nur im Falle offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Hauptsache kann die einstweilige Anordnung unter Hinweis hierauf abgelehnt werden. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen wird im Anordnungsverfahren also nicht die Begründetheit des Hauptsachebegehrens erörtert, sondern es geht allein darum, inwieweit die Anordnung notwendig ist, um den Eintritt irreversibler Schäden im Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung zu verhindern. Dies wird anhand einer Folgenabwägung festgestellt: Die Kammer hat sich die Frage zu stellen, welche Nachteile zu erwarten wären, falls eine einstweilige Anordnung ergeht, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber unbegründet ist. Dies wird verglichen mit drohenden Nachteilen für den Fall, dass eine einstweilige Anordnung versagt wird, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber Erfolg hat. Je nachdem, in welchem der beiden Szenarien größere Nachteile zu erwarten sind, wird die Anordnung erfolgen oder unterbleiben.

Die Kammer schickt ihrer Abwägung im vorliegenden Fall zunächst die grundsätzliche Erwägung voraus, dass hier ein besonders strenger Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Anordnung

<sup>11</sup> Vgl. z.B. den erfolgreichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Entfernung einer Pressemitteilung aus dem Internetauftritt des Bundesbildungsministeriums, BVerfG, Beschl. v. 7.11.2015 – 2 BvQ 39/15 = EuGRZ 2015, 699 f.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 9: „Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, (haben) grundsätzlich außer Betracht zu bleiben“.

anzulegen sei. Denn die Antragsteller begehren, dass durch die verfassungsgerichtliche Anordnung ein von der Legislative erlassenes Gesetz vorläufig außer Kraft gesetzt wird. Gibt das Gericht diesem Antrag statt und setzt die gesetzliche Vorschrift kraft einstweiliger Anordnung außer Vollzug, so ist damit ein „erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers verbunden“.<sup>13</sup> Dies bedarf im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung einer besonderen Rechtfertigung. Vor diesem Hintergrund hatte das BVerfG die beiden Argumentationslinien der Antragsteller (einerseits Verletzung ihres Selbstbestimmungsrechts, andererseits drohendes Strafbarkeitsrisiko) im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu würdigen.

## III. Zum Strafbarkeitsrisiko aus § 217 Abs. 1 StGB für Suizidenten

Zunächst hatten die Beschwerdeführer vorgetragen, dass sie selbst durch § 217 StGB einem Strafbarkeitsrisiko als Teilnehmer an der Förderung des Suizids ausgesetzt seien. Dieser Vortrag wäre zutreffend, wenn es denkbar wäre, dass sich eine zum Suizid entschlossene Person dadurch als Anstifter oder Gehilfe zu § 217 Abs. 1 StGB strafbar macht, dass sie die Dienste eines geschäftsmäßig tätigen Suizidhelfers in Anspruch nimmt. Das setzt zweierlei voraus: Zum einen muss eine teilnahmefähige – d.h. vorsätzliche und rechtswidrige – Haupttat im Sinne des § 217 StGB vorliegen. Und zum anderen muss ein Sachverhalt denkbar sein, in dem sich das Risiko der Teilnahme strafbarkeit für den Suizidwilligen tatsächlich realisiert. Zu unterscheiden sind daher im Folgenden zunächst die rechtlichen Voraussetzungen einer strafbaren Haupttat nach § 217 Abs. 1 StGB (unten 1.) und die tatsächlichen Voraussetzungen einer Teilnahme strafbarkeit der suizidwilligen Person, also die Frage, ob der Vortrag der Beschwerdeführer zutrifft, sie seien Adressaten der Strafandrohung (unten 2.).

### 1. Tatbestandliche Voraussetzungen einer strafbaren Haupttat nach § 217 Abs. 1 StGB

#### a) Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln der Gelegenheit zur Selbsttötung

Als tatbestandsmäßige Handlungen werden in § 217 Abs. 1 StGB das Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln der Gelegenheit zum Suizid aufgezählt. Der tatbestandliche Unterschied zwischen dem Verschaffen und dem Gewähren der Gelegenheit zum Suizid liegt darin, dass der Täter dem Suizidwilligen im Falle des Gewährens den Zugriff auf eine für ihn selbst bereits verfügbare Gelegenheit eröffnet, während er im Falle des Verschaffens zunächst selbst Maßnahmen ergreifen muss, um die Gelegenheit zu erhalten, die er dann dem Suizidwilligen eröffnet.<sup>14</sup> Ein vollendetes Gewähren oder Verschaffen der Gelegenheit zum Suizid setzt nach der Gesetzesbegründung voraus, dass der Täter „äußere Umstände herbeiführt, die geeignet sind, die Selbsttötung zu ermög-

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 10.

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 18.

lichen oder wesentlich zu erleichtern“.<sup>15</sup> Ein Vermitteln der Gelegenheit liegt schließlich vor, wenn der Täter des § 217 StGB einen Dritten ins Spiel bringt.

Tatbestandsmäßig unter § 217 StGB sind demnach etwa das Überlassen einer Räumlichkeit oder bestimmter Mittel zur Vornahme des Suizids: Der Täter stellt dem Suizidwilligen seine Ferienwohnung zum Zwecke des ungestörten Suizids zur Verfügung (gewähren), oder er besorgt ihm ein bestimmtes Medikament (verschaffen), oder er vermittelt den Kontakt zu einem Dritten, der Leistungen zur Ermöglichung eines Suizids erbringt.

Die Reichweite des objektiven Tatbestands ist außerordentlich weit: So ist es etwa für die Variante des Vermitteln eines Kontakts nicht erforderlich, dass der Suizidwillige selbst tatsächlich mit dem Dritten in Kontakt tritt. Es reicht aus, wenn der Täter des § 217 StGB den Dritten kontaktiert, sich dessen grundsätzlicher Bereitschaft zur Suizidassistenz versichert und dann den Suizidwilligen entsprechend instruiert.

#### b) Geschäftsmäßigkeit

Die im Tatbestand umschriebenen Verhaltensweisen sollen nur dann tatbestandsmäßig im Sinne des § 217 Abs. 1 StGB sein, wenn sie geschäftsmäßig erbracht werden. Das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit ist erfüllt, wenn der Täter „die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung macht“<sup>16</sup>. Entscheidend ist damit nicht etwa eine Kommerzialisierung der Suizidbeihilfe – also, dass der Täter Geld mit der Leistung von Suizidbegleitungen verdient.<sup>17</sup> Geschäftsmäßigkeit liegt vielmehr bereits dann vor, wenn der Täter die „Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung der Gelegenheit zur Selbsttötung zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Tätigkeit macht, unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht und unabhängig von einem Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit“.<sup>18</sup> Dieses Merkmal kann bereits bei der ersten Förderungsleistung gegeben sein, wenn der Täter bei ihrer Erbringung davon ausgeht, er werde die Suizidassistenz auch in Zukunft in weiteren Fällen gewähren – wenn es sich dabei also um eine „auf Fortsetzung angelegte Tätigkeit“<sup>19</sup> handelt.

Abzugrenzen ist die strafbare geschäftsmäßig geleistete Suizidassistenz von der Suizidbegleitung im Einzelfall, die das Ergebnis einer Gewissensentscheidung des Helfers ist und aus altruistischen Motiven geleistet wird. Diese Form der Suizidbeihilfe wird durch die Norm nicht erfasst und bleibt damit weiterhin straflos.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 18.

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 12 mit Verweis auf BR-Drs. 230/06, S. 4, Begründung II.

<sup>17</sup> Dies hatten Parlamentarier vorgeschlagen, die die gewerbsmäßige (also auf die Verschaffung einer nicht nur vorübergehenden Einnahmequelle gerichtete) Suizidbeihilfe mit Strafe bedrohen wollten, vgl. BT-Drs. 18/5375 v. 30.6.2015, S. 4, 8.

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 17.

<sup>19</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 17. Berechtigte Kritik an diesem Merkmal findet sich bei *Duttge*, NJW 2016, 120 (122 f.).

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 18.

#### c) Deliktscharakter des § 217 Abs. 1 StGB

Konstruktiv ist § 217 StGB als *Unternehmensdelikt* ausgestaltet: Eine vollendete geschäftsmäßige Suizidbeihilfe liegt tatbestandlich bereits dann vor, wenn der Suizidhelfer seine geschäftsmäßige Förderungsleistung erbringt und es dadurch unternimmt, den Suizid eines anderen zu fördern. Es ist nicht notwendig, dass es tatsächlich zum Suizid(versuch) kommt. Der Gesetzgeber rechtfertigt diese weitgehende Ausdehnung der tatbestandlichen Verhaltensweisen damit, dass bereits das geschäftsmäßige Vorhalten der beschriebenen Unterstützungshandlungen letztlich eine „zumindest abstrakte Gefährdung höchstrangiger Rechtsgüter, nämlich des menschlichen Lebens und der Autonomie des Individuums“<sup>21</sup> begründe. § 217 StGB ist also ein *abstraktes Gefährdungsdelikt*, das der (abstrakten) Gefahr begegnen soll, dass durch ein Angebot suizidbegleitender Dienstleistungen die Eigenverantwortlichkeit potenzieller „Leistungsempfänger“ beeinträchtigt wird. Die abstrakte Gefahr solcher Beeinträchtigungen sieht der Gesetzgeber bereits in der Existenz eines geschäftsmäßigen Angebots der Suizidbegleitung. Geschäftsmäßig tätige Anbieter von Suizidbegleitungen verfolgen ein Eigeninteresse, da „auf den assistierten Suizid ‚spezialisierte‘ Organisationen oder Personen ein ‚Geschäftsmodell‘ entwickeln und kontinuierlich betreiben wollen“.<sup>22</sup> Werde ein solches „Geschäfts- oder Organisationsmodell“ im Rahmen von Organisationsstrukturen vorgehalten, so begründe dies „autonomiegefährdende Gewöhnungseffekte und Abhängigkeiten“.<sup>23</sup> Das frei zugängliche Angebot der Suizidbegleitung erwecke den Anschein, es handle sich dabei um eine völlig „normale“ Dienstleistung. Das mit der Strafdrohung verbundene faktische Verbot solcher Organisationen „soll der Gefahr begegnen, dass durch derartige, Normalität suggerierende Angebote Menschen zur Selbsttötung verleitet werden, die dies ohne ein solches Angebot nicht tun würden“.<sup>24</sup>

#### d) Absicht zur Förderung einer Selbsttötung

Im subjektiven Tatbestand ist neben dem Tatbestandsvorsatz die Absicht des Täters erforderlich, die Selbsttötung eines anderen zu fördern. Zweck der Leistung muss die *Förderung* der Selbsttötung sein – es ist nicht erforderlich, dass der Täter auch den Suizid des Dritten beabsichtigt. Insoweit ist – wie immer in Fällen der Gehilfenhaftung – bedingter Vorsatz hinsichtlich der „Haupttat“ – hier des als solchen nicht strafbaren Suizids – ausreichend. Das Absichtsmerkmal soll auch gewährleisten, dass Handlungen der so genannten indirekten Sterbehilfe – also die Gabe einer Schmerzmedikation, bei der lebensverkürzende Begleiterscheinungen in Kauf genommen werden – nicht vom Tatbestand erfasst sind.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 12. Dass der Anspruch des Autonomieschutzes durch die neue Norm gerade nicht eingelöst wird, zeigt *Duttge*, NJW 2016, 120 (123 f.).

<sup>22</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 11.

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 17.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 13.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 18 f.

e) *Persönlicher Strafausschließungsgrund nach § 217 Abs. 2 StGB*

Abs. 2 klammert Angehörige und sonstige nahestehende Personen aus dem Anwendungsbereich der Norm insoweit aus, als sie sich nicht wegen Teilnahme an § 217 Abs. 1 StGB strafbar machen können, wenn sie nicht geschäftsmäßig handeln.

Bei dem Merkmal der Geschäftsmäßigkeit handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB<sup>26</sup>, das die Strafbarkeit des Täters begründet. Grundsätzlich ist damit eine strafbare Teilnahme an § 217 Abs. 1 StGB auch für denjenigen möglich, der selbst nicht geschäftsmäßig handelt. Voraussetzung einer strafbaren Teilnahme ist insofern nur, dass die Geschäftsmäßigkeit des vom Haupttäter verwirklichten Handelns vom Gehilfenvorsatz umfasst ist.

Bei nahestehenden Personen, die in einer schwierigen Ausnahmesituation den Suizidenten bei der Inanspruchnahme geschäftsmäßiger Suizidförderung aus rein altruistischen Motiven unterstützen – etwa indem sie ihn bei der Inanspruchnahme der Suizidassistenten begleiten – sieht der Gesetzgeber jedoch kein Strafbedürfnis.<sup>27</sup> Um für sie eine Teilnahme strafbarkeit auszuschließen, hat der Gesetzgeber den persönlichen Strafausschließungsgrund für selbst nicht geschäftsmäßig handelnde nahestehende Personen in § 217 Abs. 2 StGB eingefügt.

Ein Anwendungsfall dieser Norm wäre etwa dann gegeben, wenn ein Angehöriger den Suizidenten in die Schweiz begleitet, damit er die Leistungen einer geschäftsmäßig handelnden Sterbehilfeorganisation in Anspruch nehmen und im Beisein des Angehörigen sein Leben beenden kann. Die Begleitung des späteren Suizidenten unterstützt in dieser Konstellation auch die Förderungsleistung der Sterbehilfeorganisation.

Zu berücksichtigen ist im Umkehrschluss aus § 217 Abs. 2 StGB, dass eine *täterschaftliche* Verwirklichung von § 217 Abs. 1 StGB auch für Angehörige oder sonst nahestehende Personen möglich ist. In dem – angesichts des faktischen Verbots von Sterbehilfeorganisationen nicht sehr praxisrelevanten – Fall, dass jemand im Rahmen einer Organisationsstruktur täterschaftlich die Selbsttötung einer ihm nahestehenden Person fördert, greift der Ausschlussbestand des Abs. 2 also nicht ein.

Zur Angehörigeneigenschaft findet sich in § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB eine Legaldefinition. Der Begriff der nahestehenden Person soll Menschen erfassen, die mit dem Suizidenten in vergleichbarer Weise wie ein Angehöriger verbunden sind, also z.B. mit ihm in einer Liebesbeziehung oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen oder eine lange und enge Freundschaft mit ihm pflegen. Nicht dazu zählen sonstige Bekanntschaften wie Vereinskameraden, Kollegen oder auch Nachbarn. Der Begriff der nahestehenden Person ist in derselben Weise auszulegen wie in § 35 Abs. 1 StGB und findet

sich darüber hinaus auch in §§ 238 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2, Abs. 3; 241 Abs. 1 StGB.<sup>28</sup>

2. *Tatbestandliche Voraussetzungen einer Teilnahme strafbarkeit des Suizidenten aus § 217 StGB*

Liegen die unter 1. genannten Voraussetzungen einer strafbaren Haupttat nach § 217 Abs. 1 StGB vor, so stellt sich die Frage, ob sich auch der Suizident selbst wegen Teilnahme an dieser Haupttat strafbar machen kann, wenn er eine Sterbehilfeorganisation mit der Bitte um Suizidassistenten kontaktiert bzw. diese Assistenten auch in Anspruch nimmt.

a) *Faktische Voraussetzung*

Zunächst ist in tatsächlicher Hinsicht Voraussetzung einer Teilnahme strafbarkeit, dass der Suizident die Geschehnisse überlebt. Das allerdings ist konstruktiv angesichts der Ausgestaltung des § 217 Abs. 1 StGB als Unternehmensdelikt unproblematisch: Da der Haupttäter § 217 Abs. 1 StGB bereits vollendet hat, wenn er seine Förderleistung erbringt, ist es tatbestandlich nicht erforderlich, dass ein Suizid(versuch) tatsächlich erfolgt.<sup>29</sup> Die Strafbarkeit wegen vollendeter Anstiftung zu § 217 StGB steht bereits dann im Raum, wenn der Suizidhelfer dem Suizidenten auf dessen Aufforderung hin z.B. eine Räumlichkeit zur Verfügung stellt (den Schlüssel aushändigt) oder einen zur Selbsttötung geeigneten Stoff übergibt.

b) *Rechtliche Voraussetzung*

Letztlich besteht ein Strafbarkeitsrisiko für den Suizidenten aus § 217 StGB aber aus rechtlichen Gründen nicht. Der Tatbestand soll die Autonomie und Eigenverantwortlichkeit des Rechtsgutsträgers schützen, indem eine Beeinflussung durch das Vorhalten eines bestimmten Angebots bei Strafe verboten wird. Der Suizident selbst ist also Träger des in § 217 StGB geschützten Rechtsguts. Er kann aber nicht einerseits Teilnehmer an einer gegen seine eigenen Rechtsgüter gerichteten Tat und zugleich als Träger des betroffenen Rechtsguts Opfer dieser Tat sein.<sup>30</sup>

Nach Ansicht des BVerfG handelt es sich hier um einen Fall der so genannten notwendigen Teilnahme.<sup>31</sup> Eine solche notwendige Teilnahme zeichnet sich dadurch aus, dass bei bestimmten Straftaten, den so genannten Begegnungsdelikten,<sup>32</sup> mehrere Personen in entgegengesetzter Richtung bei der

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 20.

<sup>29</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 16, 19.

<sup>30</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 44.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 13. Allgemein zur notwendigen Teilnahme *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 28. Kapitel Rn. 9; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 45 Rn. 7 f.; *Roxin* (Fn. 30), § 26 Rn. 41 ff.

<sup>32</sup> Einen weiteren Fall notwendiger Teilnahme beschreiben die Konvergenzdelikte. Bei ihnen wirken mehrere Beteiligte in derselben Weise auf die Tatbestandserfüllung hin. Ein Beispiel hierfür wäre die Gefangeneneuterei nach § 121 StGB.

<sup>26</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 19.

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 19.

Herbeiführung der Rechtsgutsverletzung „zusammenwirken“. Ein Beispiel wäre der Wucher nach § 291 StGB: Die Vollendung des Delikts ist faktisch nur dann möglich, wenn das Opfer, der „Bewucherte“ dem Täter Vermögensvorteile verspricht oder gewährt. Insoweit gilt dann der bereits erwähnte Grundsatz, dass der durch den Tatbestand geschützte Rechtsgutsträger nicht wegen Teilnahme bestraft wird.

Bei einer Einordnung des § 217 Abs. 1 StGB als Begegnungsdelikt ist nun der besondere Deliktscharakter dieses Unternehmensdelikts zu berücksichtigen: Für die Vollendung des Unternehmensdelikts ist es gerade nicht notwendig, dass ein Suizidversuch erfolgt. Die Verwirklichung des § 217 StGB setzt deshalb nicht zwingend eine Mitwirkung des Opfers voraus (es ist ja auch möglich, dass der Suizidhelfer eine Förderungsleistung erbringt, ohne dass der Rechtsgutsträger ihn dazu aufgefordert hat). Das ändert allerdings nichts daran, dass eine Mitwirkung des Suizidenten – wenn sie denn erfolgt – angesichts der Opfereigenschaft des Suizidenten nicht als strafbare Teilnahme einzuordnen ist. Es ist deshalb konstruktiv nicht möglich, dass sich ein Suizident wegen Teilnahme an § 217 Abs. 1 StGB strafbar macht.

### 3. Ergebnis

Der auf ein Strafbarkeitsrisiko als Teilnehmer verweisende Vortrag der Beschwerdeführer konnte deshalb dem Antrag nicht zum Erfolg verhelfen.

## IV. Verletzung des Selbstbestimmungsrechts über das eigene Sterben

Die Beschwerdeführer hatten des Weiteren vorgetragen, dass es eine Verletzung ihres aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, zumindest aber aus der allgemeinen Handlungsfreiheit abzuleitenden Rechts auf Selbstbestimmung über den eigenen Tod darstelle, wenn sie bis zur Entscheidung in der Hauptsache daran gehindert wären, die Dienste der Sterbehilfeorganisation in Anspruch zu nehmen.

Die Kammer legt zunächst dar, welche Folgen sich ergäben, wenn die einstweilige Anordnung versagt würde, die Beschwerdeführer aber im Hauptsacheverfahren mit ihrer Verfassungsbeschwerde Erfolg hätten. Dann – so die Kammer – wären jedenfalls keine irreversiblen Folgen zu befürchten, weil die Umsetzung des Suizidwunschs durch das Abwarten der Hauptsacheentscheidung ja lediglich zeitlich aufgeschoben würde. Da die Beschwerdeführer das „grüne Licht“ – also die Zusage der Organisation, die Suizidbeihilfe auf Verlangen leisten zu wollen – bereits im Zeitraum zwischen Mai 2013 und Januar 2014 erhalten und sie seither nicht in Anspruch genommen hätten, sei auch kein Indiz für eine besondere Dringlichkeit ersichtlich. Im Übrigen sei die Verwirklichung des Suizidwunsches für die Beschwerdeführer durch das Verbot des § 217 StGB ja nicht gänzlich ausgeschlossen. Sie könnten zwar die Dienste des Vereins Sterbehilfe e.V. nicht in Anspruch nehmen – das schließe aber die Möglichkeit eines anderweitig durchgeführten begleiteten

Suizids nicht aus.<sup>33</sup> Mit dieser Begründung kommt die Kammer zu dem Schluss, dass für den Fall der Versagung der einstweiligen Anordnung keine irreversiblen nachteiligen Folgen für die Beschwerdeführer zu befürchten sind.

In einem zweiten Schritt untersucht die Kammer die Auswirkungen in dem Fall, dass eine einstweilige Anordnung erfolgte, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber ohne Erfolg bliebe. Insoweit seien nicht nur die Folgen für die Beschwerdeführer zu betrachten, sondern es seien auch die gesamtgesellschaftlichen Folgen einer Außerkraftsetzung der Norm zu berücksichtigen. Dann – so die Kammer – entfalle der „durch § 217 bezweckte Schutz menschlichen Lebens [...] und der Schutz des autonomen Umgangs des Einzelnen mit diesem Rechtsgut vor einer jedenfalls abstrakten Gefährdung“.<sup>34</sup> Der Gesetzgeber habe die Einführung der Norm damit begründet, dass sich aktuell eine Zunahme assistierter Suizide abzeichne. Es solle verhindert werden, dass durch die Verfügbarkeit geschäftsmäßiger Suizidbegleitungen Menschen zum Suizid verleitet würden, die sich ohne dieses Angebot nicht das Leben nehmen würden. Dass dies in dem Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung bei einer nicht bestimmbar Zahl von Menschen der Fall sein könne, erachtet die Kammer als größeren Nachteil als denjenigen, der im Falle einer Versagung der einstweiligen Anordnung droht.

Auch der zweite Vortrag vermag daher nach Ansicht der Kammer den Antrag nicht zu tragen, was insgesamt zur Ablehnung des Antrags führt.

## V. Würdigung

Die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren beinhaltet keine Antwort auf die Frage nach der materiell verfassungsrechtlichen Legitimität des § 217 StGB. Die Entscheidung im Rahmen der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache wird durch die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung nicht präjudiziert. In Betracht kommen insoweit zum einen die von den Beschwerdeführern vorgetragene Verletzungen eines Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Tod wie auch Grundrechtspositionen der Betreiber von Sterbehilfeorganisationen – die allerdings nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerden der Vereinsmitglieder sind.<sup>35</sup>

Wie das BVerfG dies sehen wird, lässt sich jedenfalls aus der vorliegenden Entscheidung nicht mit Sicherheit ableiten. Eine gewisse Indizwirkung begründet allerdings der Umstand, dass die Kammer den Rekurs des Gesetzgebers auf eine abstrakte Gefährdung der Eigenverantwortlichkeit und Autonomie allein schon durch ein Angebot geschäftsmäßiger Suizidbeihilfe kritiklos mit der Bemerkung übernimmt, es

<sup>33</sup> Zum Ganzen vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 16. Das kann man durchaus auch anders sehen, vgl. Weißer, ZStW 128 (2016), 106 (133 ff.).

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 20.

<sup>35</sup> Der Gesetzgeber hat insoweit etwaige Eingriffe in Grundrechtspositionen aus Art. 12 GG ebenso wie in die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, als legitim angesehen, vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 12 f.

seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Annahme unzutreffend sei.<sup>36</sup>

Es sei außerdem auf die einschlägige Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) verwiesen:<sup>37</sup> Der EGMR hat bereits im Jahr 2002 in seiner Leitentcheidung zu Fragen des Strafrechts am Ende des Lebens im Fall *Pretty*<sup>38</sup> festgestellt, Art. 2 EMRK begründe eine staatliche Schutzpflicht im Hinblick auf das Leben.<sup>39</sup> Daraus könne aber kein negatives Recht des Bürgers auf den eigenen Tod abgeleitet werden.<sup>40</sup> Allerdings – so der EGMR – sei ein solches „right to die“ in dem Sinne anzuerkennen, als die Gewährleistung eines ungestörten Privatlebens nach Art. 8 EMRK auch das Recht umfasse, die Umstände des eigenen Todes selbst zu bestimmen.<sup>41</sup> Auf dieses Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf den eigenen Tod berufen sich auch die Beschwerdeführer vor dem BVerfG. Dieses Selbstbestimmungsrecht enthält aber nach der Rechtsprechung des EGMR gerade keine „Leistungskomponente“ in dem Sinne, dass der Staat die rechtlichen Voraussetzungen dafür schaffen müsste, dass der Bürger sein Leben auf die von ihm gewünschte Weise – gegebenenfalls auch mit der Hilfe Dritter – beenden kann. Vielmehr hat der EGMR im Jahr 2012 festgestellt, dass in 36 von 42 untersuchten Konventionsstaaten jegliche Form des assistierten Suizids mit Kriminalstrafe bedroht ist.<sup>42</sup> Gegen eine solche ausnahmslose Kriminalisierung der Suizidassistenz lässt sich nach Ansicht des EGMR kein menschenrechtlich begründetes Argument aus der EMRK ableiten, denn den Vertragsstaaten stehe hinsichtlich der Angemessenheit gesetzlicher Regelungen in diesem Bereich ein weiter Beurteilungsspielraum offen.<sup>43</sup>

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 18.

<sup>37</sup> Zu den Einzelheiten dieser Rechtsprechung vgl. *Weißer*, ZStW 128 (2016), 106.

<sup>38</sup> EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (*Pretty v. The United Kingdom*): Die infolge einer Erkrankung an ALS gelähmte Beschwerdeführerin hatte vor dem EGMR Klage erhoben mit dem Vortrag, aus der staatlichen Schutzpflicht im Hinblick auf das Leben (Art. 2 EMRK) sei im Umkehrschluss die Pflicht des Staates abzuleiten, dafür zu sorgen, dass sie trotz ihrer Lähmung in die Lage versetzt werde, ihrem Leben selbstbestimmt ein Ende zu bereiten. Um das sicherzustellen beehrte sie, dass die englischen Strafverfolgungsbehörden ihrem Ehemann die Nichtverfolgung zusicherten, wenn dieser ihr ihrem Wunsch entsprechend beim Suizid helfe. Durch die Weigerung der englischen Behörden sah sie die Gewährleistungen aus Art. 2, 3 und 8 EMRK verletzt. Die Klage hatte keinen Erfolg.

<sup>39</sup> EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (*Pretty v. The United Kingdom*), Rn. 37 f.

<sup>40</sup> EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (*Pretty v. The United Kingdom*), Rn. 39.

<sup>41</sup> EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (*Pretty v. The United Kingdom*), Rn. 64.

<sup>42</sup> EGMR, Urt. v. 19.7.2012 – 497/09 (*Koch v. Deutschland*), Rn. 26.

<sup>43</sup> EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (*Pretty v. The United Kingdom*), Rn. 76.

Sehr fraglich ist aber die in der Argumentation des BVerfG aufscheinende Formulierung, durch § 217 StGB werde der Schutz menschlichen Lebens als grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Rechtsgut von höchstem Rang bezweckt.<sup>44</sup> Ein Schutz des Rechtsguts Leben gegen den Willen des Rechtsgutsträgers ist in einer freiheitlichen Staatsordnung nicht zulässig. Deswegen ist auch der (versuchte) Suizid in Deutschland nicht unter Strafe gestellt. Ob die weitere Begründung der Norm über die Behauptung einer abstrakten Gefährdung der Autonomie und Eigenverantwortlichkeit wirklich trägt, lässt sich ebenfalls bezweifeln.<sup>45</sup> Denn es ist zumindest begründungsbedürftig, inwieweit das bloße – wenn auch geschäftsmäßig vorgehaltene – Angebot einer Leistung die freie Entscheidung über die Inanspruchnahme dieser Dienstleistung beeinträchtigt.

Davon zu trennen sind Fragen der verfassungsrechtlichen Bestimmtheit der Norm – die insbesondere im Hinblick auf das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit ausgesprochen zweifelhaft ist. Entgegen den Beteuerungen des Gesetzgebers<sup>46</sup> kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch Hospiz-/Palliativärzte in den Anwendungsbereich der Norm fallen – etwa wenn sie einen Patienten beim so genannten Sterbefasten<sup>47</sup> palliativmedizinisch begleiten. Jedenfalls ist die Berufsausübung des Arztes insoweit „geschäftsmäßig“ und es wird auch kaum auszuschließen sein, dass ein Palliativmediziner diese Leistung unter Umständen mehrfach erbringen wird. Weiterhin lässt sich nicht leugnen, dass palliativmedizinische Maßnahmen das Sterbefasten erleichtern – und das ist auch bezweckt. Es ist deswegen keineswegs klar, dass palliativmedizinisch tätige Ärzte generell aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen sind.<sup>48</sup>

## VI. Prüfungsrelevanz

Der Tatbestand wurde in den Abschnitt der Tötungsdelikte eingefügt und wird damit zum Bestandteil des prüfungsrelevanten Pflichtfachstoffs (werden). Die aufgezeigten beteiligungsdogmatischen Schwierigkeiten ebenso wie die tatbestandlichen Voraussetzungen der Geschäftsmäßigkeit dürften sich in Zukunft durchaus als prüfungsrelevant herausstellen. Auch eignet sich der Tatbestand gut zur Prüfung der Argumentationsfähigkeit in mündlichen Prüfungsgesprächen. Es ist deswegen ratsam, sich Gedanken über Sinn oder Unsinn der neuen Strafnorm<sup>49</sup> zu machen, um einen eigenen Standpunkt entwickeln zu können.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 20.

<sup>45</sup> (Berechtigte) Kritik insoweit bei *Duttge*, NJW 2016, 120 (123 ff.); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (186).

<sup>46</sup> BT-Drs. 18/5373 v. 1.7.2015, S. 11, 17 f.

<sup>47</sup> Der Patient verweigert die Aufnahme von Nahrung und evtl. auch Flüssigkeit, um seinen Tod herbeizuführen.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu auch das Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages v. 24.8.2015 – WD3-3000-188/15, S. 10 f.; *Gaede*, JuS 2016, 385 (389 f.); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (190); *Weißer*, ZStW 128 (2016), 106 (131 ff.).

<sup>49</sup> Kritik an dem neuen Tatbestand findet sich etwa in einer „Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der

Zur tatsächlichen Praxisrelevanz der Norm lässt sich derzeit nur schwer eine Prognose treffen. Im Interesse des Patientenschutzes und der Gewährleistung von Vertrauensverhältnissen zwischen Ärzten und ihren Patienten wäre es wünschenswert, dass die Gerichte dem Tatbestand durch eine möglichst restriktive Interpretation die Schärfe nehmen.<sup>50</sup> Das wird allerdings nichts daran ändern, dass vor einem klärenden, idealerweise höchst restriktiven Gerichtsurteil in jedem Fall ein Verfahren steht, das höchstpersönliche, individuelle Entscheidungen eines Suizidenten in den Fokus staatlicher Ermittlungen und der medialen Anteilnahme einer breiten Öffentlichkeit stellen wird – eine insgesamt unwürdige Einmischung der Strafverfolgungsorgane in diese höchstpersönlichen Entscheidungen inbegriffen.

*Prof. Dr. Bettina Weißer, Münster*

---

Sterbehilfe“, *medstra* 2015, 129; bei *Duttge*, *NJW* 2016, 120; *Gaede*, *JuS* 2016, 385 (386 f.); *Roxin*, *NStZ* 2016, 185 (190); und *Weißer*, *ZStW* 128 (2016), 106 (127 ff.).

<sup>50</sup> Ein Vorschlag für eine restriktive Auslegung findet sich bei *Gaede*, *JuS* 2016, 385 (390). Siehe auch *Duttge*, *NJW* 2016, 120 (125); *Roxin*, *NStZ* 2016, 185 (190 ff.); *Weißer*, *ZStW* 128 (2016), 106 (133 f.), für Alternativvorschläge bei einem Verzicht auf § 217 StGB.

## B u c h r e z e n s i o n

*Eva Kocher*, Europäisches Arbeitsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016, 246 S., € 28,-.

Das Arbeitsrecht kommt ohne das Europäische Arbeitsrecht nicht mehr aus. Die Lehre im Arbeitsrecht und damit jedes Lehrbuch zum Arbeitsrecht müssen auf kurz oder lang auf die vielen Bezüge zum supranationalen und internationalen Recht eingehen. Während es früher nur einige wenige Darstellungen zum Europäischen Arbeitsrecht gab, konkurrieren heute eine ganze Fülle von Lehrbüchern um die Leser. Aus dieser Fülle sticht das Lehrbuch von *Eva Kocher* durch zwei wesentliche Merkmale, soviel vorweg, deutlich heraus: das Werk bringt das Europäische Arbeitsrecht übersichtlich auf den Punkt und bietet eine gut nachvollziehbare Kombination aus deduktiver und induktiver Stoffvermittlung.

In der aktuellen Perspektive eines über das deutsche Recht hinausgehenden Arbeitsrechts ist der Titel „Europäisches Arbeitsrecht“ ein pars pro toto. Schon lange geht es nicht mehr nur um die Vorgaben des Unionsrechts. Neuerdings, aber dennoch nicht minder abschließend, tritt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte immer aktiver im Arbeitsrecht auf. Dabei weist die Europäische Menschenrechtskonvention den Weg in das Völkerrecht. Nicht zuletzt der durch den EGMR entschiedene Fall „Demir“<sup>1</sup> belegt eindrucksvoll, dass das Europäische Arbeitsrecht die internationalen Rechtsquellen verarbeiten kann.

*Kochers* Lehrbuch ist klar gegliedert. Nach einer Einführung folgen zunächst das europäische Individualarbeitsrecht, dann das kollektive Arbeitsrecht Europas und schließlich das Kollisionsrecht.

In § 1 wird der „Gegenstand“ Europäisches Arbeitsrecht umrissen. Früh zeigt *Kocher* die praktische Relevanz des europäischen Arbeitsrechts auf. Die Wirkungen für Deutschland werden ausführlich dargestellt. Nach einem kurzen Abschnitt zur Normsetzung beginnt *Kocher* dann die Inhalte des Europäischen Arbeitsrechts zu diskutieren und beginnt mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Dienstleistungsfreiheit wird erst im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung vertieft (§ 7 II.)

Umfangreich wird der Schutz vor Diskriminierungen erörtert. Etwas versteckt werden in diesem Abschnitt auch die allgemeinen Grundsätze zur Richtlinienumsetzung dargestellt. Für Studierende eignet sich diese Darstellung besonders, weil die Grundsätze der Richtlinienumsetzung maßgeblich über das Antidiskriminierungsrecht in Deutschland bekannt wurden und auf diese Weise nicht nur abstrakt dargestellt werden. Es handelt sich um die zentrale Frage des Europäischen Arbeitsrechts, wie sich die Anforderungen des Unionsrechts im konkreten Fall und im Hinblick auf das deutsche Recht artikulieren. Die Darstellung wird daher die Leser für diese heikle Frage sensibilisieren.

Deutlich knapper werden in § 5 die weiteren Rechtsquellen dargestellt, etwa die Arbeitszeitrichtlinie oder die Befristungsrichtlinie. Der Abschnitt endet mit der wichtigen Be-

triebsübergangsrichtlinie. Obgleich die Darstellung sehr gedrängt ist, gelingt es *Kocher* immer wieder die wichtigsten Entscheidungen des EuGHs nachvollziehbar zu präsentieren.

Im kollektiven Arbeitsrecht (§ 6) sind Rechtsquellen im Unionsrecht rarer gesät. Die Richtlinie 2002/14/EG und die Richtlinie über Europäische Betriebsräte (2009/38/EG) stehen im Fokus. Hinsichtlich der Richtlinie 2002/14/EG ist beispielhaft hervorzuheben, dass *Kocher* die wichtige Verbindung zur Massenentlassungsrichtlinie und insbesondere zur „Junk“-Rechtsprechung<sup>2</sup> herstellt. Kurz wird noch auf die Besonderheiten von transnationalen Kollektivvereinbarungen eingegangen.

Der letzte Abschnitt (§ 7) geht hiervon aus und vertieft grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse und Kollektivmaßnahmen.

Das Fazit zu diesem Lehrbuch fällt durchweg positiv aus. *Eva Kocher* als Autorin ist eine Expertin auf dem Gebiet des Europäischen Arbeitsrechts. Ihre Expertise reicht von Unionsrecht bis Völkerrecht, von Rechtsvergleichung bis europäischer Methodenlehre.

Das Konzept des Buches ist klar erkennbar. Über kurze, gut nachvollziehbar dargestellte Sachverhalte, werden berühmte EuGH-Entscheidungen vorgestellt. Die Sachverhaltsdarstellung sensibilisiert für das Thema und erleichtert die Verarbeitung des folgenden Theorieteils, in den die Entscheidungen stets eingeflochten werden. Diese Darstellung ist besonders hervorzuheben, stellt sie doch einen wichtigen Brückenschlag vom abstrakten deutschen Recht zum „case-law“ des Europäischen Arbeitsrechts dar. Dabei geht *Kocher* wie viele davon aus, dass das Europäische Arbeitsrecht im Wesentlichen case law ist (S. 43 f.). Das Buch verwendet außerdem das ECLI-System (European Case Law Identifier). Das macht es Studierenden einfacher, die Fälle zu finden.

Die Form der Darstellung trägt dafür Sorge, dass Studierende trotz der schwierigen Materie eine ihnen bekannte Struktur antreffen. *Kocher* arbeitet zudem mit den Originalfällen. Das ist deswegen wichtig, weil in der Diskussion teilweise die Kenntnis der Namen der Fälle wichtiger geworden zu sein scheint, als die Kenntnis des Inhalts der Entscheidung.

Neben dem didaktischen Konzept ist der Umfang des Buches seine große Stärke. Das Buch ermöglicht eine schnelle und dennoch tiefgreifende Auseinandersetzung mit den wichtigen Themenbereichen. Eine weitere Stärke liegt in der Aktualität. Nach alledem kann interessierten Studierenden ein Kauf dieses Buches nur angeraten werden.

*Privatdozent Dr. Daniel Klocke, Halle (Saale)*

<sup>1</sup> EGMR, Urt. v. 12.11.2008 – 34503/97.

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 27.1.2005 – C-188/03.