

Lernbeitrag	Kent Wilke	Anekdote aus der Praxis: Der schlaue Arbeitnehmer?
Entscheidungen	Maja Dettmers	Kündigung wegen Äußerung in privater Chatgruppe
	Sophia Mustafoska	Keine Informationspflicht des Bundespräsidenten
	Lea Kramer	Mittelbare Täterschaft bei schuldunfähigem Kind
Studienpraxis & Fallbearbeitung	Niklas Hüneburg	Klausur im Grundkurs BGB IV, 17 Punkte
	Cora Strecker	Klausur in der Großen Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, 14 Punkte
	Patricia Moreno Blanco	Klausur in der Großen Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte
	Daniel Müller	Studienarbeit im Vergaberecht, 12 Punkte
Varia	Simon Weber	"Survival Guide Jura"- ein Blick in den Jura-Ratgeber von Jannina Schäffer
	Johannes Greiser	Geschichte der Methodenlehre, Teil I: 1500 bis 1933
	Maja Dettmers	Mit Weitsicht durch das Jurastudium – ein Wegweiser zur effizienten Studienplanung, Teil II

Seiten 119 bis 124

Kurz & Knapp

Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



Dein Karrierestart

**Wir suchen Dich (m/w/d) für unser Team.
Bewirb Dich – bewerbung@ksb-intax.de**

KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg

Bitte wende Dich an:
Thomas Stillahn
Partner
T +49 (0) 511.85404-63
bewerbung@ksb-intax.de



KSB INTAX
Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater
Notare

Unser Kalender sagt Ihnen alles, was Sie über uns wissen müssen.

08:00-09:30	Rainer (RA) als Insolvenzverwalter + Zita u. Carla (Wiss. Mit)	Vorstellung Insolvenzplan Krankenhaus	Berlin
09:00-11:00	Ole (RA) +Selina (Referendarin)	Verhandlung Geschäftsführerhaftung	OLG Celle
11:00-11:30	Markus (RA) +Moritz (Praktikant)	M&A Vorbereitung Treffen potenzieller Käufer	München
11:30-12:00	Sandra (RA) +Paul (Stud. Mit.)	Kammertermin Verhandlung Kündigungsschutzklage	Arbeitsgericht Hannover
13:00-13:45	Steffi (RAin/Notarin)	Beurkundung Grundstückskaufvertrag	Bspr. 2
13.45-14:30	Torss (RA) +Brandon (Wiss. Mit.)	Besprechung Ergebnisse Unterlagensichtung	Bspr. 1
14:30-15:00	Team ARGE	Organisation Deutscher Insolvenzrechtstag	Videokonferenz
15:15-15:45	RA, SB, Stud.+Wiss. Mit.	Schulung Insolvenzrecht	Bspr. 1
15:30-16:00	Laura (RAin) +Annika (Dipl. Jur.)	Ersttermin Schuldnerin Erfassung Situation und Vermögen	Bielefeld
16:00-17:30	Hendrik (WP/StB) +Luc (Stud. Mit.)	Sichtung Kreditverträge	Bspr. 2

Sie wollen Einblicke in Wirtschaft, Recht und diverse Branchen?

Werden Sie Teil unseres Teams als:

- Betriebswirt*in (BWL/MW) für den Bereich insolvenznahe Beratung
- Praktikant*innen (m/w/d)
- Studentische und Wissenschaftliche Mitarbeiter*innen (m/w/d)
- Referendar*innen (m/w/d)
- (Voll-)Jurist*innen (m/w/d)

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Dann senden Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen unter Angabe des frühestmöglichen Eintrittstermins via Email an: bewerbung@eckert.law

Eckert Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Robert-Enke-Straße 1 | 30169 Hannover
T +49(0)511 62 62 87 0 | F +49 (0)511 62 62 87 10
info@eckert.law | eckert.law

HANNOVER, BERLIN, BONN, BRAUNSCHWEIG, BREMEN, DÜREN,
DÜSSELFORF, ERFURT, FRANKFURT a.M., GÜTERSLOH, HALLE/SAALE,
HAMBURG, KIEL, KÖLN, LEIPZIG, MAGDEBURG, WIESBADEN



**Starte jetzt dein
Rechtsreferendariat
bei HDI!**

Interesse an Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Kartellrecht, öffentlichem Recht, Produkthaftungsrecht, Vertriebsrecht, Versicherungsrecht oder allgemeinem Zivilrecht? - das (und noch viel mehr) können wir Euch bieten! Aktuelle Stellen für Referendar:innen findest Du auf unserer Karriereseite!

<https://careers.hdi.group/de/karriere/jobs?levels=Rechtsreferendare>



VERLAG

Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Registernummer
VR 202863
Amtsgericht Hannover

www.hanoverlawreview.de

INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

DRUCK

Esf-Print (esf-print.de)
Rigistraße 9
12277 Berlin

ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:
Autor, 2 Han LR 2024, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:
Autor, Han LR 2024, Anfangsseite (Fundstellenseite)

KONZEPT, SATZ & DESIGN

Prof. Dr. Tim Brockmann
Raja Mudrak
Sophia Mustafoska

KONTAKT

redaktion@hanoverlawreview.de

REDAKTION

Schriftleitung
Raja Mudrak
Sophia Mustafoska
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Adina Hauck, Anna Oleszewski, Benjamin-Karim Tebbe, Charlotte Turzynski, Chiara Schoop, Clara Kittelmann, Cora Strecker, Dean Weigel, Dominik Stanislavchuk (Redaktionsleitung Strafrecht), Elias El Bekkouri, Emily Letkemann, Eric Scheu, Hendrik Stottmann, Henrik Wichmann (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Janek Steinert, Jasmin Wulf (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Johanna Lange (Redaktionsleitung Strafrecht), Julia Brandt (Redaktionsleitung Zivilrecht), Laura Minneker, Lea Kramer, Lena Tenge, Lenn von Hörsten, Lilian Adams, Marie-Christin Runkel (Redaktionsleitung Zivilrecht), Marie Müller, Marie Rennebaum, Maximilian Lotz, Maximilian Moll, Michel Annink, Monika Möller, Nedime Bagarkasi, Nils Grimmig, Nina Zarth, Pierre Watermann, Ronja Beyer, Sebastian Hielscher, Shabnam Suleymanli, Tim Nix, Yael Prantl

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur (Oxford)
Prof. Dr. Christian Wolf
Prof. Dr. Sascha Ziemann

HANOVER LAW REVIEW

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift.

Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

Prof. Dr. Hermann Butzer,
Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.,
Dr. Nassim Eslami,
RA David Faber, LL.M.,
Dr. Sven Hasenstab,
Dr. Thomas Keß,
Prof. Dr. Stephan Meder,
PD Dr. Erol Pohlreich,
Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,
Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill),
Prof. Dr. Christian Wolf,
Prof. Dr. Sascha Ziemann,
Eckert Rechtsanwälte Steuerberater PartGmbB,
FONTAINE GÖTZE,
HDI AG,
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde,
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB,
Schweitzer Fachinformationen oHG und
dem Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz
Universität Hannover e.V.

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft.

Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

LERNBEITRAG

stud. iur. Kent Wilke Anekdote aus der Praxis: Der schlaue Arbeitnehmer? Seiten 93 bis 98

ENTSCHEIDUNGEN

stud. iur. Maja Dettmers Kündigung wegen Äußerung in privater Chatgruppe Seiten 99 bis 105

stud. iur. Sophia Mustafoska Keine Informationspflicht des Bundespräsidenten über Glückwunschtelegramme an den Iran Seiten 106 bis 110

stud. iur. Lea Kramer Mittelbare Täterschaft bei schuldunfähigem Kind Seiten 111 bis 118

KURZ & KNAPP

RA David Faber, LL.M. Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht – 2/2024 Seiten 119 bis 120

Prof. Dr. Hermann Butzer & Dipl.-Jur. Daniel Müller Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht – 2/2024 Seiten 121 bis 122

Prof. Dr. Sascha Ziemann & stud. iur. Monika Möller Rechtsprechungsübersicht Strafrecht – 2/2024 Seiten 123 bis 124

STUDIENPRAXIS & FALLBEARBEITUNG

stud. iur. Niklas Hüneburg Klausur im Grundkurs BGB IV, 17 Punkte Seiten 127 bis 131

stud. iur. Cora Strecker Klausur in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, 14 Punkte Seiten 132 bis 137

stud. iur. Patricia Moreno Blanco Klausur in der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte Seiten 138 bis 142

Dipl.-Jur. Daniel Müller Studienarbeit im Vergaberecht, 12 Punkte Seiten 143 bis 162

VARIA

stud. iur. Simon Weber "Survival Guide Jura" – ein Blick in den Jura-Ratgeber von Jannina Schäffer Seiten 163 bis 165

RiSG Johannes Greiser Geschichte der Methodenlehre – Eine Darstellung anhand des doppelbändigen Werks "Recht als Wissenschaft" von Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder, Teil I: 1500 bis 1933 Seiten 166 bis 174

stud. iur. Maja Dettmers Mit Weitsicht durch das Jurastudium – ein Wegweiser zur effizienten Studienplanung, Teil II Seiten 175 bis 180

Anekdote aus der Praxis: Der schlaue Arbeitnehmer?

stud. iur. Kent Wilke

Der Autor war von November 2023 bis Januar 2024 studentischer Mitarbeiter am hamburgischen Standort der Anwaltskanzlei Bird & Bird und im Bereich Arbeitsrecht tätig. Er studierte bis zum Abschluss der Pflichtfachprüfungen an der Leibniz Universität Hannover Rechtswissenschaften und seit April 2024 absolviert er an der Universität Münster den Schwerpunkt „Internationales Recht – Europäisches Recht – Internationales Privatrecht“.

„Wofür lerne ich das überhaupt?“ – Ein oft wiederholtes Mantra eines jeden Examenskandidaten¹, wenn er oder sie sich z.B. die fünf Theorien zum Erlaubnistatbestandsirrtum² nochmal zu Gemüte führt. Obwohl das Mantra – der Ansicht des Verfassers nach – für das materielle Strafrecht oftmals stimmt, möchte er in diesem Beitrag ein kleines praktisches Fallbeispiel aus seiner Zeit als studentischer Mitarbeiter bei der Anwaltskanzlei Bird & Bird am Standort Hamburg geben. Der Fall prüft Wissen zu § 130 BGB in Verbindung mit arbeitsrechtlichen Grundsätzen ab, sodass er sowohl für Erstsemester interessant als auch für Examenskandidaten relevant ist.

Sachverhalt³

Arbeitgeberin A will dem Arbeitnehmer B, der seit November 2020 bei ihr beschäftigt ist, ordentlich zum 31.08.2023 kündigen. Am 30.07.2023 unterschreibt die zuständige leitende Angestellte ein entsprechendes Kündigungsschreiben und übergibt es dem Kurier C. Dieser soll das Schreiben bis 11 Uhr des 31.07.2023 bei der von B angegebenen Wohnadresse einwerfen oder ihm persönlich übergeben. B ist arbeitsvertraglich ausdrücklich dazu verpflichtet, Änderungen seiner Wohnadresse der A mitzuteilen.

Als C mit dem unterschriebenen Kündigungsschreiben am 31.07.2023 auftragsgemäß um 10:30 Uhr bei der Wohnadresse des B ankommt, ist weder ein auf B lautendes Klingelschild noch ein auf B lautender Briefkasten ersichtlich. C verlässt das Gelände unverrichteter Dinge. Tatsächlich wohnt B noch an der von ihm angegebenen Wohnadresse. Allerdings hat er im Vorfeld von der drohenden Kündigung erfahren. Daraufhin hat er sowohl das auf ihn lautende Namensschild an der Klingel als auch das auf ihn lautende Namensschild am Briefkasten mit einem Kleber überdeckt, auf dem der Name D zu lesen war.

Als B am nächsten Tag (01.08.2023) bei der Arbeit erschien, sagte keine Partei etwas zu den Geschehnissen. B wurde die Kündigung nicht übergeben. Über Drittquellen hatte A von den Handlungen des B erfahren und ließ B zunächst gewähren. Nach anwaltlicher Beratung stellte A dem B am 25.08.2023 – diesmal erfolgreich – ordnungsgemäß ein Kündigungsschreiben zu. In diesem wies A auf die Geschehnisse am 31.07.2023 hin und kündigte B hilfsweise ordentlich zum 30.09.2023.

B legte am 28.08.2023 formgerecht beim zuständigen Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage ein. Er stellte den Antrag, feststellen zu lassen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und A nicht durch Kündigung mit Wirkung zum 31.08.2023 bzw. 30.09.2023 beendet worden ist.

Frage: Ist die Klage begründet?

Bearbeiterhinweise: Gehen Sie davon aus, dass das KSchG Anwendung findet (vgl. § 23 KSchG). Gehen Sie davon aus, dass die Kündigung zwar sozial ungerechtfertigt ist, jedoch nicht evident. Einen Betriebsrat hat der Betrieb der A nicht. Gehen Sie auch davon aus, dass die üblichen Zustellzeiten im Postzustellbezirk des B zwischen 10 und 11 Uhr liegen.

¹ Der Verfasser verwendet das generische Maskulinum zur besseren Lesbarkeit. Es sollen alle Geschlechter und Geschlechteridentitäten angesprochen werden.

² Vgl. nur Joecks/Kulhanek in: Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2020, § 16 StGB Rn. 123 ff.

³ Zum Schutz des Mandatsgeheimnisses stark anonymisiert. Die Veröffentlichung erfolgt in Absprache mit der Kanzlei.

GUTACHTEN

Die Klage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen A und B weder durch Kündigung vom 30.07.2023 noch durch Kündigung vom 25.08.2023 beendet worden ist.

I. Beendigung durch Kündigung vom 30.07.2023?

Das Arbeitsverhältnis zwischen A und B i.S.d. § 611a BGB könnte durch Kündigung vom 30.07.2023 beendet worden sein.

1. Formgerechte Erklärung der Kündigung

Das Kündigungsschreiben wurde durch den zuständigen leitenden Angestellten am 30.07.2023 erstellt und unterschrieben, sodass die formgerechte Erklärung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit B (§§ 623, 126 Abs. 1 BGB) grds. für und gegen die A wirkt, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Zugang am 31.07.2023?

Die Kündigung ist als auflösende Gestaltungserklärung eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts¹ empfangsbedürftig² und bedarf damit – nach Abgabe³ dieser – gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB des Zugangs beim Adressaten.⁴ Die Abgabe ist hier erfolgt, indem B bewusst die Erklärungsurkunde an den Kurier Richtung A aus der Hand gegeben hat. Fraglich ist, ob sie dem B am 31.07.2023 zugegangen ist.

a) Fehlender Eintritt in den Machtbereich

Eine Willenserklärung geht unter Abwesenden dann zu, wenn sie so in den dafür bestimmten räumlichen oder persönlichen Machtbereich des Adressaten eingeht, dass regelmäßig mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.⁵ Vorliegend ist das Kündigungsschreiben vom 30.07.2023 weder in den räumlichen (= bspw. Hausbriefkasten⁶) noch in den

persönlichen (= bspw. persönliche Annahme⁷ oder durch Hausstandsangehörige⁸) Machtbereich des B gelangt. Vielmehr musste der Kurier C als Erklärungsbote der A am 31.07.2023 die Wohnadresse des B um 10:30 Uhr – wegen fehlender Anhaltspunkte einer Zustellbarkeit – unverrichteter Dinge verlassen. Nach dieser Betrachtungsweise fehlt es am Zugang bei B.

b) Zugangsfiktion, § 162 Abs. 1 BGB analog

Allerdings könnte der Zugang nach § 162 Abs. 1 BGB analog zu fingieren sein.

aa) Herleitung und Voraussetzungen

Es ist grds. anerkannt, dass ein Zugang fingiert werden kann, wenn der Adressat einer Erklärung den Zugang entgegen Treu und Glauben verhindert.⁹ Als dogmatische Grundlage wird z.T. § 162 Abs. 1 BGB analog herangezogen.¹⁰ Ausgangspunkt der Überlegung ist dabei, dass es aus Gründen des Verkehrsschutzes im Risikobereich des Erklärenden steht, ob seine Erklärung in den Machtbereich der Gegenseite kommt. Ihn trifft insofern das sog. Transportrisiko, d.h. das Risiko, dass seine Erklärung auf dem Weg abhandenkommt oder nicht in den Machtbereich des Adressaten eintritt.¹¹ Das typische Wegerisiko realisiert sich allerdings nur, wenn Umstände, die im eigenen Machtbereich oder im Machtbereich Dritter liegen, auf den Eingang in den Machtbereich des Adressaten Einfluss nehmen.¹² § 130 Abs. 1 S. 1 BGB hat nicht den Zweck, den Adressaten zu privilegieren, wenn sein Verhalten in den Nichtzugang mündet. Er soll grds. nur vor Umständen geschützt werden, die außerhalb seines Machtbereichs liegen.

Demgegenüber muss nicht jeder jederzeit mit den Erklärungen von jedermann rechnen. Die Vorhaltung eines Briefkastens als verkehrsübliche Empfangsvorrichtung ist insofern nicht grds. Obliegenheit aller Teilnehmer des Rechtsverkehrs.¹³ Notfalls ist eine Zustellung nach

¹ Müller-Glöge, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 620 BGB Rn. 16.

² Müller-Glöge, ErfK (Fn. 1), § 130 BGB Rn. 53; Sutschet in: Beck-Online Großkommentar, Stand: 01.09.2023, § 620 BGB Rn. 84.

³ Vgl. hierzu Einsele in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 13; Wendtland in: Beck-Online Kommentar-BGB, Stand: 01.11.2023, § 130 BGB Rn. 6.

⁴ Plum/Kretzberg-Kowalczyk in: BeckOK BGB (Fn. 3), § 620 BGB Rn. 72.

⁵ BAG NJW 2019, 2469 (2470 Rn. 21); Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 130 Rn. 16; Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 48; Wendtland in: BeckOK BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 9.

⁶ Preis, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, 1. Teil, D. Rn. 42; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 16. Aufl. 2024, § 556 BGB Rn. 409.

⁷ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 Rn. 51.

⁸ Regelmäßig Empfangsbote: vgl. Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 106; Greiner, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 108 Rn. 30.

⁹ BAG NZA 2015, 1183 (1185 Rn. 21) m.w.N. für die Rspr.; Ante, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2020, 3487 (3492 Rn. 35); Preis, KündigungsR (Fn. 6), 1. Teil, D. Rn. 58; Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 110.

¹⁰ Herbert, Zugangsverzögerung einer Kündigung per Einschreiben und der Lauf der Klagefrist des § 4 KSchG; Hamacher in: BeckOGK (Fn. 2), § 4 KSchG Rn. 297; Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 110; vgl. auch OLG Düsseldorf, BeckRS 2009, 27563 und Rövekamp in: BeckOK BGB (Fn. 3), § 162 BGB Rn. 10.2.

¹¹ Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 16; Preis, KündigungsR (Fn. 6), 1. Teil, D. Rn. 59.

¹² Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 111.

¹³ Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 34; Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 54 m.w.N.

§ 132 BGB über einen Gerichtsvollzieher herbeizuführen.¹⁴ Anders wird dies beurteilt, wenn der Empfänger im Rahmen von bestehenden oder anbahnenden Vertragsbeziehungen mit rechtserheblichen Erklärungen des Erklärenden rechnen muss.¹⁵ Insbesondere muss im Rahmen von Arbeitsverträgen jede Partei erwarten, von der Gegenseite eine rechtserhebliche Erklärung zu empfangen.¹⁶ Das tragende Argument ist, dass oftmals nach Verkehrsübung die aktuelle Wohn- oder Geschäftsadresse abgefragt wird, um ggf. das bestehende Schuldverhältnis bestimmungsgemäß durch Kündigung ordentlich oder außerordentlich zu Fall bringen zu können. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass sich eine Partei der Beendigung entziehen könnte. Damit haben beide Parteien in einem Arbeitsverhältnis die Obliegenheit, ihre Geschäfts- oder Wohnadressen mitzuteilen und aktuell zu halten sowie an diesen Adressen eine funktionsfähige Empfangsanlage (z.B. einen handelsüblichen Briefkasten) vorzuhalten.¹⁷

Mündet die Obliegenheitsverletzung in einen Nichtzugang (sog. Zugangsvereitelung), differenziert die h.M. zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, wenn es um die Rechtsfolge geht. Vereitelt der Adressat arglistig (= vorsätzlich) den Eingang der Erklärung in den eigenen Machtbereich, z.B. durch Manipulation der Empfangsvorrichtung oder durch unbekanntes Verzug, so wird der Zugang unmittelbar nach Abschluss des ersten Zustellungsversuchs fingiert.¹⁸ Bei reiner Fahrlässigkeit, z.B. bei vergessener Nachmeldung des Adressaten, billigt die h.M. dem Erklärenden ein Wahlrecht zu. Er kann nach Kenntnis der Fehlzustellung unverzüglich (vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) einen Zweitversuch starten oder eine Zweitzustellung unterlassen.¹⁹ Bei Ersterem wird der Zugang auf den Erstversuch ex tunc fingiert (sog. Rechtzeitigkeitsfiktion).²⁰

bb) Anwendung auf den Fall

Vorliegend musste B als Arbeitnehmer jederzeit damit rechnen, dass ihm rechtserhebliche Erklärungen seiner Arbeitgeberin A, insbesondere Kündigungen, zugestellt werden. Im konkreten Fall rechnete er sogar damit. Damit hatte er eine Obliegenheit, eine funktionstüchtige Empfangsvorrichtung vorzuhalten oder wenigstens eine persönliche Entgegennahme durch sich oder Hausstandsangehörige zu den üblichen Zustellzeiten zu ermöglichen.

Indem B auf sich lautende Namensschilder an Klingel und Briefkasten überklebte und damit die Empfangsvorrichtungen von funktionsfähig zu funktionsunfähig manipulierte,²¹ verletzte er diese Obliegenheit.

Dies mündete auch in den fehlenden Eingang in den Machtbereich des B. Der Erklärungsbote C war am 31.07.2023 zur richtigen Zeit (10:30 Uhr übliche Zustellzeit) am richtigen Ort (Wohnadresse des B) in der Lage, den Zugang der formgerechten Erklärung zugunsten der A herbeizuführen, wenn B nicht Klingelschild und Briefkastennamensschild überklebt hätte.

B handelte dabei in Kenntnis der baldigen Zustellung und mit der Absicht, diese zu verhindern, d.h. vorsätzlich bzw. arglistig. Der Zugang wird insofern auf den 31.07.2023 fingiert, ohne dass es auf eine unverzügliche Zweitzustellung ankommt.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist der Zugang der Kündigung auf den 31.07.2023 fingiert.

c) Zwischenergebnis

Die Kündigung ist am 31.07.2023 zugegangen.

3. Fristgerecht zum 31.08.2023

Im Hinblick auf das über zwei Jahre, aber unter fünf Jahren bestehende Arbeitsverhältnis zwischen A und B zum Zeitpunkt des Zugangs findet § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB Anwendung. Gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 Var. 2 BGB endet das Arbeitsverhältnis zwischen A und B damit mit Ablauf des 31.08.2023.

4. Einschränkung der Kündigungsfreiheit gem. § 1 KSchG?

Die Kündigungsfreiheit im Arbeitsrecht wird allerdings nicht nur durch die Fristenregelung des § 622 BGB beschränkt. § 1 KSchG sieht erhebliche Hürden in Form der sozialen Rechtfertigung für Arbeitgeber vor, wenn die Norm in zeitlicher (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG), persönlicher (vgl. §§ 1 Abs. 1, 14 KSchG) und sachlicher (§ 23 KSchG) Hinsicht anwendbar ist. Wenn die ordentliche Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist, so ist sie unwirksam, § 1 Abs. 1 KSchG.

¹⁴ Vgl. Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 1.

¹⁵ Vgl. Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 54 m.w.N.

¹⁶ BAG NZA 2006, 204 (205 Rn. 15); BAG, Urt. v. 03.04.1986 – 2 AZR 258/85; Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 111.

¹⁷ BAG NZA 2006, 204 (205 f. Rn. 17); Preis, ArbeitsR (Fn. 6), 1. Teil, D. Rn. 59.

¹⁸ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 117 m.w.N.

¹⁹ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 111.

²⁰ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 115.

²¹ Vgl. Wullenkord in: Beck-Online Kommentar-Arbeitsrecht, Stand: 01.12.2023, Rn. 31.

a) Anwendbarkeit

Vorliegend ist B Arbeitnehmer, der länger als sechs Monate im Betrieb des A beschäftigt war im Zeitpunkt der Kündigungserklärung, § 1 Abs. 1 KSchG. Die Voraussetzungen des § 23 KSchG sind nach Bearbeitervermerk erfüllt und eine Ausnahme nach § 14 KSchG ist auch nicht einschlägig, sodass die Kündigung für ihre Wirksamkeit sozial gerechtfertigt sein muss.

b) Soziale Rechtfertigung?

Ausweislich des Bearbeitervermerks ist die Kündigung nicht gem. § 1 Abs. 1 KSchG sozial gerechtfertigt, sodass die Kündigung unwirksam ist.

c) Keine Relevanz, weil Wirksamkeitsfiktion gem. § 7 KSchG?²²

Die Kündigung ist damit gem. § 1 Abs. 1 KSchG materiell zugunsten des B und zulasten der A rechtsunwirksam, d.h. nichtig. Demgegenüber könnte § 7 KSchG die Wirksamkeit zulasten des B fingieren, sodass sie „als von Anfang an rechtswirksam“ gilt. Dafür müsste B die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung vom 30.07.2023 nicht rechtzeitig geltend gemacht haben. Maßstab für die rechtzeitige Geltendmachung sind die §§ 4 S. 1, 5, 6 KSchG.

aa) Anrufung innerhalb von drei Wochen nach Zugang

Gem. § 4 S. 1 KSchG muss der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zur Geltendmachung von § 1 KSchG beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erheben. Andernfalls greift grds. die Fiktion des § 7 KSchG. „Zugang“ i.S.d. § 4 S. 1 KSchG ist gleichbedeutend mit „Zugang“ i.S.d. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.²³ Die Fristberechnung der prozessualen Frist²⁴ des § 4 S. 1 KSchG verläuft nach den §§ 187 ff. BGB, vgl. §§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG, 222 Abs. 2 ZPO.²⁵

(1) Ausgangspunkt

Nach obigen Ausführungen wird der Zugang (= Ereignis) auf den 31.07.2023 fingiert. Damit begann die Drei-Wochen-

Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 01.08.2023 um 00:00 Uhr. Die Frist endete gem. § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB mit Ablauf des 21.08.2023. B erhob die Klage am 28.08.2023. Seine Klage kommt verspätet.

(2) Nur tatsächlicher Zugangszeitpunkt maßgeblich?

Das BAG hat allerdings 1996 entschieden, dass die Frist nach § 4 KSchG nicht zu laufen beginnt, bevor der tatsächliche Zugang stattgefunden hat.²⁶ Das Kündigungsschreiben ist tatsächlich erst am 25.08.2023 eingegangen, sodass die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 26.08.2023 um 00:00 Uhr begann und gem. § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB mit Ablauf des 15.09.2023 endet. Bei Zugrundelegung der Ansicht des BAG kommt folglich die Kündigungserklärung fristgerecht.

(3) Stellungnahme

Damit ist Stellung zu beziehen, ob der Ansicht des BAG zu folgen ist. Im Ausgangspunkt spricht für die Ansicht des BAG scheinbar, dass es dem Arbeitnehmer ohne Erhalt eines physischen Kündigungsschreibens kaum möglich sein wird, sein Kündigungsschutzbegehren schlüssig vor einem Arbeitsgericht darzulegen.²⁷ Dies verkürzt seine Rechtsschutzmöglichkeit *prima facie* erheblich. Andererseits könnte man dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis einen Herausgabeanspruch auf das Kündigungsschreiben zubilligen. Sollte der Arbeitgeber diesem Ansinnen entsagen, so ist dies nach Treu und Glauben als Widerruf der Kündigungserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB zu werten, sodass der Arbeitnehmer nicht belastet ist. Zuzugeben ist dabei zugunsten der Ansicht des BAG aber, dass ein solcher Herausgabeanspruch nur dem Arbeitnehmer hilft, der arglistig hinsichtlich des Zugangsversuchs ist. Nur er weiß zuverlässig, dass die Kündigung beim Arbeitgeber liegt. Derjenige, der fahrlässig den Zugang vereitelt hat, wird oftmals nichts davon wissen, dass der Zugang früher oder überhaupt fingiert erfolgt ist. Hier ließe sich allerdings – wie es auch an anderer Stelle im Arbeitsrecht getan wird²⁸ – zwischen einem arglistig und fahrlässig handelnden Ar-

²² Hinweis: Es ist unüblich § 7 KSchG nach Einwendungen gegen die Wirksamkeit der formgerecht zugegangenen Kündigung zu prüfen. Hier wird es gemacht, um die Entscheidungserheblichkeit der Frage hervorzuheben.

²³ Vgl. Hamacher in: BeckOGK (Fn. 2), § 4 KSchG Rn. 258 ff.; Hergenröder in: MüKo-BGB (Fn. 3); Hesse, KündigungSR (Fn. 6), § 4 KSchG Rn. 62; Kerwer in: BeckOK-ArbeitsR (Fn. 21), § 4 KSchG Rn. 54; Kiel, ErfK (Fn. 1), § 4 KSchG Rn. 21.

²⁴ Dogmatisch umstritten (Vgl. Hergenröder, MüKo-BGB (Fn. 3), § 4 KSchG Rn. 55), aber hier nicht entscheidend, da §§ 187 ff. BGB so oder so Anwendung finden.

²⁵ Unter Auslassung von § 46 ArbGG, obwohl arbeitsgerichtliches Verfahren: Kiel in: ErfK (Fn. 1), § 4 KSchG Rn. 21.

²⁶ BAG NJW 1997, 146 (147); Die Literatur zu § 4 KSchG sowie § 130 BGB geht – soweit ersichtlich – kaum auf das Urteil ein, obwohl es zu einer wesentlichen Frage des arbeitsrechtlichen Rechtsschutzes Stellung bezieht. Ausnahmen: Herbert (Fn. 10), NJW 1997, 1829 (1831); Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 111 ff.

²⁷ BAG NJW 1997, 146 (148); anders als das BAG scheinbar meint, handelt es sich nicht um eine vorbeugende Kündigungsschutzklage, sondern im Hinblick auf den fingierten Zugang der Kündigung, nur um eine scheinbare vorbeugende Kündigungsschutzklage.

²⁸ Vergleiche differenzierte Betrachtung im Bereich Betrieblicher Schadensausgleich: Maties in: BeckOGK (Fn. 2), § 611a BGB Rn. 1749 ff.

beitnehmer differenzieren.²⁹ Die Bedenken, die das BAG somit hinsichtlich des Rechtsschutzes äußert, sind anzuerkennen, aber im Ergebnis – wie hier – für den Fall der Arglist nicht durchgreifend.

Allerdings könnte für die Ansicht des BAG sprechen, dass sie eine einfache und beweissichere Fristenberechnung ermöglicht und insofern der Rechtssicherheit dient.³⁰ Diesem Argument ist allerdings wieder nur insoweit Recht zu geben, wenn ein Fall der fahrlässigen Zugangsvereitelung vorliegt. Nur in diesen Fällen kommt es auf die normativen Merkmale der Unverzüglichkeit oder Zumutbarkeit der Zweitzustellung an.³¹ Im Fall der arglistigen Zugangsvereitelung muss sich das erkennende Gericht nur mit dem Zeitpunkt des Zustellungsversuchs und der (behaupteten) Arglist des Arbeitnehmers auseinandersetzen. Die Rechtssicherheitsbedenken des BAG können im Ergebnis für den Fall der Arglist des Empfängers nicht durchgreifen.

Das BAG führt für seine Ansicht noch an, dass die Anwendung der Zugangsfiktion im Rahmen von § 4 KSchG zu dem eigenartigen Ergebnis führen würde, „daß die Klagefrist abgelaufen wäre, ehe die Kündigung überhaupt zugegangen ist und der Arbeitgeber sich endgültig entschieden hat, ob er an seinem Kündigungsentschluss festhalten will.“³² Ein solcher Fall wäre allerdings ein absoluter Nischenfall, da ein Arbeitgeber nur selten von seinem Kündigungsentschluss Abstand nehmen wird.³³ Ferner lässt es den Arbeitgeber kaum schutzwürdig erscheinen.³⁴ Auch hält dieser Gedanke die Rechtsprechung nicht davon ab, im Fall der arglistigen Zugangsvereitelung die sofortige Bindungswirkung der Willenserklärung anzunehmen, während sie sich im Rahmen der fahrlässigen Zugangsvereitelung noch um ein Wahlrecht bemüht.

Für die partielle Übertragung der Zugangsfiktion auf § 4 KSchG spricht, dass der arglistige Arbeitnehmer nach den allgemeinen Wertungen des materiellen Zivilrechts (vgl. z.B. §§ 438 Abs. 3 S. 1, 442 Abs. 1 S. 1, 444, 523 Abs. 2

S. 1, 536b S. 1, 634 Abs. 3 S. 1, 639, 819 Abs. 1, 992 BGB) nicht schutzwürdig ist. Er kann sich nach seinem Wissensstand über die maßgeblichen Tatsachen beraten lassen und Rechtsnachteile abwenden. Dass ein arglistiger Arbeitnehmer dies regelmäßig nicht machen wird, sind die Früchte seines Tuns, die ausschließlich in seinem Risikobereich liegen.

Die Ansicht des BAG ist in Bezug auf arglistige Zugangsvereitelungen abzulehnen.³⁵

(4) Zwischenergebnis

Damit hat B das Arbeitsgericht nicht, wie §§ 4, 7 KSchG fordern, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung angerufen.

bb) Ausschluss nach Treu und Glauben?³⁶

Denkbar wäre es auch noch der A nach § 242 BGB unter den Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauchs eine Berufung auf § 7 KSchG zu verwehren. Ansatzpunkt könnte sein, dass A, in Kenntnis der Umstände den B zunächst gewähren ließ, um ihn später an der Frist buchstäblich „ins Messer laufen zu lassen“. Demgegenüber sind an ein rechtsmissbräuchliches Verhalten hohe Hürden zu stellen. Ansonsten würde Gefahr gelaufen, praktisch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale in Normen hineinzulesen.³⁷ Gegen B spricht hier abermals, dass er arglistig handelte. Er hätte sich – wie auch bei einem späteren Fristbeginn – um Rechtsberatung bemühen können. Durch sein zu A ebenbürtiges Wissen, war er befähigt, seinen Fall vorzutragen. A hat auch nicht aktiv auf das Vertrauen des B eingewirkt, sondern ihn lediglich gewähren lassen. A verhielt sich also ähnlich zum Fall, dass die Kündigung tatsächlich zugegangen wäre. Im Übrigen wird A keine unverdiente Rechtsposition zuteil: Die Kündigung war nicht evident sozial ungerechtfertigt. Vielmehr kann § 7 KSchG sein genuines Ziel – der Schaffung von Rechtssicherheit – in diesem Fall gerade erreichen. A würde sich nicht auf eine rein formelle

²⁹ So scheinbar auch implizit differenzierend: BAG NJW 1997, 146 (148): „Der Senat hat nicht den Fall zu entscheiden, daß der Arbeitnehmer den Zugang des Einschreibens nicht nur verzögert, sondern endgültig vereitelt [...]. Jedenfalls in Fällen, in denen der Arbeitnehmer dafür sorgt, daß das Einschreiben innerhalb der ihm von der Post mitgeteilten Aufbewahrungsfrist abgeholt wird, handelt er regelmäßig nicht treuwidrig, wenn er die dreiwöchige Klagefrist ab dem Tag der Abholung berechnet.“

³⁰ BAG NJW 1997, 146 (148).

³¹ Hierauf stellt das BAG auch maßgeblich in seinem Urteil ab: BAG NJW 1997, 146 (148).

³² BAG NJW 1997, 146 (148).

³³ Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 Rn. 112.

³⁴ Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 Rn. 112; Arbeitnehmer und Arbeitgeber können sich in diesem Fall im Rahmen der Vertragsautonomie dazu entscheiden einen Vertrag zur Fortführung des beendeten Arbeitsverhältnisses zu schließen. Ein Arbeitnehmer der bereit ist Kündigungsschutzklage zu erheben, wird diesem Ansinnen fast immer zustimmen.

³⁵ Ebenso: LAG B.-W., Urt. v. 03.11.1994 – 11 Sa 42/94; Herbert (Fn.10), NJW 1997, 1829 (1831); Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 111 ff.; wohl auch Kerwer in: BeckOK-ArbeitsR (Fn. 21), § 4 KSchG Rn. 51, 54, 58 und Preis/Temming, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Aufl. 2020, Rn. 2570 ff.

³⁶ Das BAG berechnet die Frist ab dem tatsächlichen Zugangszeitpunkt an (s.o.) und schließt daran aber eine Verwirkungsprüfung nach § 242 BGB, die es selbst nicht durchhält, BAG NJW 1997, 146 (148); zutreffende dogmatische Kritik an der Verwirkungsprüfung: Herbert (Fn.10), NJW 1997, 1829 (1831); Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 113; hier nun folgend: Prüfung nach Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs.

³⁷ Kähler in: BeckOGK (Fn. 2), § 242 BGB Rn. 1084.

Rechtsposition kraft § 7 KSchG berufen.

Insoweit könnte eine Einwendung von Rechtsmissbrauch hier nicht greifen.³⁸

cc) Zulassungsantrag, § 5 KSchG

Ein Antrag nach § 5 KSchG wurde zum einen nicht gestellt und zum anderen wäre er – aus oben genannten Gründen – unbegründet. B ist nicht schutzwürdig.

dd) Zwischenergebnis

Die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG greift somit. Die Kündigung ist damit als wirksam fingiert. Die Unwirksamkeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ist unbeachtlich.

d) Zwischenergebnis

Somit kann die Einschränkung der Kündigungsfreiheit nach § 1 KSchG wegen § 7 KSchG nicht greifen.

5. Zwischenergebnis

Das Arbeitsverhältnis zwischen A und B wurde durch Kündigung vom 30.07.2023, zugegangen am 31.07.2023, mit Wirkung zum 31.08.2023 wirksam beendet.

II. Ergebnis

Die Klage ist damit unbegründet. Auf die Wirksamkeit der hilfsweisen Kündigung vom 25.08.2023 kommt es nicht an.

FAZIT

Auch wenn das Studium im Allgemeinen und die Examensvorbereitung im Speziellen „schnöde“ Themen bereithält, bei denen die Praxisrelevanz oftmals fraglich ist (Wozu genau sind nun wirklich die fünf Theorien zum Erlaubnistatbestandsirrtum?), lässt sich an diesem Praxisbeispiel schön zeigen, dass „Examensklassiker“ auch im Alltag der Kanzleien vorkommen. Im Arbeitsrecht gehören Zugangsprobleme zum täglichen Brot.³⁹

³⁸ Es ist auch denkbar, mehr arbeitsrechtliche Grundsätze in die Prüfung zugunsten des Arbeitnehmers einfließen zu lassen. Jedenfalls muss eine Anwendung des § 242 BGB zur Sperrung des § 7 KSchG auf Extremfälle begrenzt bleiben.

³⁹ Pointiert: Vossen, Der Zugang einer Kündigung im Arbeitsverhältnis nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB – eine unendliche Geschichte, in: Gallner/Eckhoff/Henssler/Reufels (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Moll, 2019, 683.

Kündigung wegen Äußerungen in privater Chatgruppe

stud. iur. Maja Dettmers

Die Verfasserin studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover und hat ihre Pflichtfachprüfung mit der mündlichen Prüfung im September 2023 beendet. Sie absolviert derzeit den Schwerpunkt Arbeit und Soziales und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht bei Prof. Dr. Roland Schwarze.

BAG, Urt. v. 24. August 2023 – 2 AZR 17/23

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 DSGVO, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 103 Abs. 1 GG, § 241 Abs. 2 BGB, § 626 Abs. 1 BGB

Sachverhalt (vereinfacht)

Arbeitnehmer A ist seit 1999 bei der Arbeitgeberin L, die insgesamt etwa 2.100 Arbeitnehmer beschäftigt, zuletzt als Gruppenleiter Lagerlogistik, tätig.

Seit 2014 war A gemeinsam mit fünf, zeitweise sechs, anderen Arbeitnehmern der L Mitglied einer WhatsApp-Chatgruppe. Dieser Gruppe gehörte von November 2020 bis Januar 2021 auch ein ehemaliger Arbeitskollege (E) an. Die Gruppenmitglieder waren langjährig befreundet, zwei zudem miteinander verwandt. Neben dem Austausch über rein private Angelegenheiten fielen von Seiten des A – sowie von drei anderen Gruppenmitgliedern – Äußerungen in beleidigender, fremdenfeindlicher, sexistischer und menschenverachtender Weise über Vorgesetzte sowie Kollegen. Darüber hinaus riefen A sowie andere Gruppenmitglieder teilweise zu Gewalt gegen diese auf.

E zeigte im Rahmen eines Gesprächs einem anderen Mitarbeiter der L den Chatverlauf, welchen dieser – ohne Einwilligung des E – auf sein eigenes Smartphone kopierte. In der Folgezeit erlangt u. a. der Betriebsratsvorsitzende der L (B) Kenntnis. Am 07.07.2021 teilte der B dem Personalleiter der L (P) während dessen Urlaubsabwesenheit telefonisch das Bestehen der Chatgruppe mit und berichtete über den Inhalt des Gesprächsverlaufs. Im Nachgang des Gesprächs übersandte B dem P ein 316-seitiges Dokument mit dem Inhalt des Chatverlaufs für die Zeit vom 19.11.2020 bis 17.01.2021.

Mit Schreiben vom 22.07.2021 hörte die L den A zum Inhalt des Chatverlaufs an. A gab daraufhin am 25.07.2021 eine schriftliche Stellungnahme ab. P kündigte – nach Anhörung des Betriebsrats – im Namen der L das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 28.07.2021 außerordentlich fristlos.

A erhebt fristgerecht Klage beim Arbeitsgericht. Er meint, die L habe den Inhalt des Chatverlaufs nicht verwenden dürfen, da es sich um einen reinen privaten Austausch gehandelt habe, der grundrechtlich geschützt sei. Dies gelte ebenso im Hinblick auf die Verwertung im Rechtsstreit.

Ist die zulässige Kündigungsschutzklage begründet?

Bearbeitungshinweis:

Das Datum der Kündigung entspricht dem des Zugangs bei A. Zudem war P zur Kündigung berechtigt. Des Weiteren ist von der inhaltlichen Richtigkeit des Chatverlaufs auszugehen.

EINORDNUNG

Die vorliegende Entscheidung des BAG zeigt anschaulich die Verzahnung der einzelnen Rechtsgebiete, hier die des Zivilrechts und des Öffentlichen Rechts. Zudem verdeutlicht sie einmal mehr den zunehmenden Einfluss des Euro-

parechts auf die nationale Rechtsordnung.

Relevant wird die Frage nach der Bedeutung des Inhalts privater Chatgruppen auf zwei Ebenen. Zum einen hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes, also der Frage, ob die privat geführte Kommunikation in einer geschlossenen Chatgruppe eine außerordentliche

Kündigung rechtfertigen kann oder ob insofern eine berechnete Vertraulichkeitserwartung der Mitglieder besteht. Zum anderen bei der Prüfung, ob der Berücksichtigung des Sachverhalts im arbeitsgerichtlichen Verfahren ein Verwertungsverbot entgegensteht. Mangels expliziter Regelung im ArbGG und in der ZPO im Hinblick auf die prozessuale Verwertbarkeit erlangter Beweise (anders als in der StPO) ist zudem der Umgang des BAG mit dem vom Arbeitgeber vorgetragene Sachverhalt von Interesse für die Studierenden. Hier besteht ein Interessenkonflikt zwischen dem aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers sowie dem Informations- und Beweisbeschaffungsinteresse des Arbeitgebers, gestützt auf den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Bislang wird die Verwertbarkeit von ehrverletzenden Äußerungen in geschlossenen Gruppen bei Messengerdiensten unterschiedlich beurteilt. Letztendlich verbunden ist mit der Beantwortung der aufgezeigten Fragen in Kündigungssachverhalten die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast und folglich auch die Gewichtung des Beendigungsinteresses des Arbeitgebers im Vergleich zum Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers.

LEITSATZ

Bei beleidigenden und menschenverachtenden Äußerungen über Betriebsangehörige in einer aus sieben Teilnehmern bestehenden privaten Chatgruppe bedarf es einer besonderen Darlegung, warum der Arbeitnehmer berechnete erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Beteiligten an Dritte weitergegeben. (Rn. 31)

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- I. Wirksame Kündigungserklärung
- II. Einhaltung der Klagefrist, §§ 4 S. 1, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG
- III. Allgemeine Unwirksamkeitsgründe und besondere Kündigungsverbote
- IV. Vorliegen eines wichtigen Grundes
 - 1. Einhaltung der Ausschlussfrist, § 626 Abs. 2 BGB
 - 2. Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot
 - a) Rechtsgrundlage der Verarbeitung personenbezogener Daten
 - b) Entgegenstehendes Verwertungsverbot
 - aa) Einfachgesetzliches Verwertungsverbot
 - bb) „Verfassungsrechtliches Verwertungsverbot“
 - (1) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeits-

rechts

- (a) Betroffene Sphäre
- (b) Verhältnismäßigkeit
- (2) Zwischenergebnis

3. Wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB

- a) An sich geeigneter Kündigungsgrund
 - aa) Schuldhaftige Pflichtverletzung
 - bb) Vertraulichkeit der Kommunikation
 - (1) Beleidigungsfreie Sphäre
 - (2) Umstände der Äußerung
 - (3) Zwischenergebnis
- cc) Zwischenergebnis

b) Interessenabwägung – sofortige Unzumutbarkeit

V. Ergebnis

Die zulässige Kündigungsschutzklage müsste begründet sein. Dies ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 28.07.2021 aufgelöst wurde.

I. Wirksame Kündigungserklärung

Das Kündigungsrecht als Gestaltungsrecht müsste zunächst wirksam ausgeübt worden sein. Im vorliegenden Fall erfolgte eine schriftliche Erklärung, vgl. § 623 i.V.m. § 126 Abs. 1 BGB durch P als kündigungsberechtigte Person der L, aus der sich hinreichend klar der sofortige Beendigungswille ergibt und die dem A zugegangen ist. Die Kündigungserklärung ist mithin wirksam.

II. Einhaltung der Klagefrist, §§ 4 S. 1, 13 Abs. 1

S. 2 KSchG

Ausweislich des Sachverhalts hat A die materielle Präklusionsfrist des § 4 S. 1 KSchG, die wegen § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG auch für außerordentliche Kündigungen gilt, eingehalten.

III. Allgemeine Unwirksamkeitsgründe und besondere Kündigungsverbote

Eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 S. 1, S. 2 BetrVG ist erfolgt.¹

IV. Vorliegen eines wichtigen Grundes

Für die Begründetheit einer außerordentlichen Kündigung fordert § 626 BGB das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

1. Einhaltung der Ausschlussfrist, § 626 Abs. 2 BGB

Zunächst müsste die L die zweiwöchige Kündigungs-

¹ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 14).

erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten haben. Da der P bereits am 07.07.2021 von der Chatgruppe sowie deren Inhalt Kenntnis erlangte, die Kündigung dem A jedoch erst am 28.07.2021 zuging, könnte es an diesem Erfordernis fehlen. Allerdings beginnt die Frist erst, sobald die kündigungsberechtigte Person von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis erlangt, die eine Entscheidung über die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.² Sie beginnt hingegen nicht, solange der Arbeitgeber nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen für notwendig erachten darf und diese mit der gebotenen Eile durchführt.³

Im hier vorliegenden Fall wurde P während seiner Urlaubsabwesenheit am 07.07.2021 durch B über das Bestehen der Chatgruppe unterrichtet und ihm ein 316-seitiges Dokument mit dem Inhalt des Chatverlaufs vom 19.11.2020 bis zum 17.01.2021 übersandt. Angesichts der Beteiligung sechs aktueller Arbeitnehmer der L an der Chatgruppe erscheint eine umfangreiche Sichtung der überlassenen Datei und eine darauf basierende Beurteilung der Beteiligung jedes Arbeitnehmers an den Äußerungen geboten.⁴ Aufgrund des Umfangs der Chatprotokolle war mit diesen weiteren Sachverhaltsermittlungen ein gewisser Zeitaufwand von etwa zwei Wochen verbunden, der im Ganzen aber nicht unangemessen erscheint.⁵

Da die Anhörung des zu kündigenden Arbeitnehmers, hier des A, am objektiven Tatbestand des wichtigen Grundes nichts ändert, ist sie zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Tatündigung, erlaubt aber eine sicherere Bewertung des Sachverhalts und insbesondere der Beteiligung des einzelnen Arbeitnehmers an diesem.⁶ Sie kann daher Teil der nach pflichtgemäßem Ermessen durchgeführten Ermittlungen sein.⁷ Nach Sichtung der Chatprotokolle und der damit verbundenen Konkretisierung der Vorwürfe gegen A erfolgte mit Schreiben vom 22.07.2021 die Anhörung des A zu diesen. In Anbetracht der aufgezeigten Umstände durfte die L die schriftliche Stellungnahme des A, welche vom 25.07.2021 datiert, vor Ausspruch der Kündigung abwarten.⁸ Nach Abschluss der Ermittlungen mit der schriftlichen Stellungnahme und einer hinreichenden Kenntnis

der L von dem Kündigungssachverhalt, begann die Kündigungserklärungsfrist nach § 187 Abs. 1 BGB am 26.07.2021 zu laufen.⁹ Die Kündigung erfolgte durch ein Schreiben vom 28.07.2021, mithin zwei Tage später und damit innerhalb der zweiwöchigen Frist.

2. Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot

Fraglich erscheint allerdings, ob die L den Inhalt des Chatverlaufs zur Begründung der Kündigung hätte heranziehen dürfen. Ausgangspunkt für die Würdigung des Parteivortrags und der Ergebnisse einer möglichen Beweisaufnahme bilden § 286 ZPO i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG, die das Gericht dazu verpflichten, den Sachvortrag sowie die angebotenen Beweismittel zu berücksichtigen.¹⁰

a) Rechtsgrundlage der Verarbeitung personenbezogener Daten

Spezielle Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten ist seit deren Inkrafttreten ab dem 25.05.2018 Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO, wobei sich nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b DSVO die gesetzliche Grundlage auch aus dem Recht der Mitgliedstaaten ergeben kann.¹¹ Die Rechtmäßigkeit setzt nach Art. 6 Abs. 3 S. 4 DSGVO voraus, dass mit der Verarbeitung ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgt wird und sie in angemessenem Verhältnis zu diesem Ziel steht. Von einer rechtmäßigen Verarbeitung ist auszugehen, wenn die Arbeitsgerichte die ihnen durch das nationale Recht übertragenen gerichtlichen Befugnisse ausüben.¹²

b) Entgegenstehendes Verwertungsverbot

Hier könnte jedoch die Personenbezogenheit der Daten von vornherein eine Einschränkung der Verwertbarkeit der Daten gebieten.

aa) Einfachgesetzliches Verwertungsverbot

Eine solche Einschränkung ergibt sich weder aus dem ArbGG noch aus der ZPO. Dagegen, dass eine eventuelle Erlangung des Beweismaterials unter Verstoß gegen das BDSG oder die DSGVO der gerichtlichen Berücksichtigung entgegensteht, spricht, dass der Datenschutz keinen Ta-

² BAG NZA 2015, 621 (Rn. 39).

³ BAG NZA 2020, 1405 (Rn. 41).

⁴ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 14).

⁵ LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 63).

⁶ BAG NZA-RR 2011, 177 (Rn. 17); BAG NJW 1977, 1413 (zu III. 1.).

⁷ BAG NZA 2006, 101 (zu B. I. 2.).

⁸ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 14).

⁹ LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 61).

¹⁰ BAG NJW 2017, 843 (Rn. 21).

¹¹ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 17).

¹² Vgl. EuGH ZD 2023, 606 (Rn. 73).

tenschutz begründen soll.¹³ Dies gilt insbesondere für Zufallsfunde.¹⁴

Wegen Art. 17 Abs. 3 lit. e DSGVO, der die von Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO angeordnete Löschungspflicht entfallen lässt, ist auch die Speicherung von Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer zur Führung eines Kündigungsschutzprozesses zulässig.¹⁵

bb) „Verfassungsrechtliches Verwertungsverbot“¹⁶

Ein Verwertungsverbot könnte sich aber aus einer verfassungskonformen Auslegung des nationalen Verfahrensrechts ergeben. In der Folge würde es an einer Rechtsgrundlage im mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 3 S. 1 lit. b DSGVO und damit auch an einer unionsrechtlichen Ermächtigung für die Datenverarbeitung fehlen. Notwendig für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist jedoch eine besondere Legitimation; ein solches besteht also nur, wenn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen wegen einer grundrechtlich geschützten Rechtsposition zwingend geboten ist.¹⁷

(1) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁸

In Betracht kommt hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁹ Dessen Schutzbereich ist eröffnet. Ebenso liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor. Dieser könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Zu prüfen ist also, ob ein grundrechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des A vorliegt oder ob der Anspruch der L auf Verwertung aus Art. 103 Abs. 1 GG relativ überwiegt.

(a) Betroffene Sphäre

Vorliegend bestand von Seiten des A selbst nur ein begrenzter Wille zur Geheimhaltung, was sich an der Gruppengröße von sieben Chatteilnehmern sowie der auf Mitteilung gegenüber anderen Personen angelegten Struktur

zeigte.²⁰ Zudem wiesen die Äußerungen keinen höchstpersönlichen Charakter auf, sondern zielten auf Herabwürdigung, Verächtlichmachung und Beleidigung von Kollegen ab.²¹ Hieraus ergibt sich, dass allenfalls der Privatbereich berührt ist.²² Durch die geäußerten Gewaltaufrufe sind zudem Belange der Gemeinschaft berührt, sodass gegebenenfalls sogar nur die Sozialsphäre betroffen sein könnte.²³

(b) Verhältnismäßigkeit

Für ein Überwiegen des Anspruchs der L aus Art. 103 Abs. 1 GG auf Berücksichtigung des Sachvortrags spricht, dass ohne die Berücksichtigung keine wirksame Rechtsverteidigung im gerichtlichen Verfahren möglich ist, was jedoch gerade das Recht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 20 Abs. 3 GG gewährleisten soll.²⁴ Hinzu kommt der Umstand, dass sich A selbst an eine Mehrzahl von Personen gewandt hat. Zudem ist die Privatsphäre nur in geringem Maße berührt, es sind also keine hohen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu stellen.²⁵ Einer solchen Bewertung steht auch nicht entgegen, dass die Nachrichten von einem Mitarbeiter der L ohne Einwilligung des E weitergeleitet wurden.²⁶ Die Daten wurden gerade nicht zielgerichtet oder auf Veranlassung der L erlangt, vielmehr erlangte diese rein zufällig Kenntnis.²⁷ Ein unverhältnismäßiger, grundrechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt daher nicht vor.

(2) Zwischenergebnis

Eine verfassungskonforme Auslegung des nationalen Verfahrensrechts in der Weise, dass sich aus ihm ein Beweisverwertungsverbot ergibt, ist nicht geboten. Folglich besteht eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 3 S. 1 lit. b DSGVO.

3. Wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB

Aus dem Sachverhalt müsste sich ein wichtiger Grund i.S.d.

¹³ BAG NZA 2018, 1329 (Rn. 30).

¹⁴ BAG NZA 2017, 112 (Ls.).

¹⁵ EuArbRK/Franzen, 5. Aufl. 2024, Art. 17 VO (EU) 2016/679 Rn. 9.

¹⁶ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 20).

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Das BAG prüft in Rn. 21 ff. das allgemeine Persönlichkeitsrecht, erwähnt zunächst jedoch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als mögliches Grundrecht, aus dem sich ein Verwertungsverbot ergeben könnte (Rn. 19). Es ist daher davon auszugehen, dass das BAG letztlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung prüft, vgl. hierzu auch BAG, NZA 2018, 1329 (Rn. 15).

¹⁹ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 18).

²⁰ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 22).

²¹ Ebd.

²² Ebd.

²³ Ebd.

²⁴ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 23).

²⁵ Ebd.

²⁶ Zum Fall des Diebstahls vgl. BAG NJW 2003, 1204 (zu II. 3. b) aa).

²⁷ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 22).

§ 626 Abs. 1 BGB ergeben. Ob ein solcher vorliegt, wird nach objektiven Kriterien durch eine zweistufige Prüfung bestimmt. Danach bedarf es im ersten Schritt eines an sich geeigneten Kündigungsgrundes. Es müssen also Tatsachen vorliegen, auf Grund derer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann, § 626 Abs. 1 BGB. Anschließend muss sich, im zweiten Schritt, auch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im konkreten Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen als unzumutbar darstellen.

a) An sich geeigneter Kündigungsgrund

Zunächst müsste der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls geeignet sein, einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen.

aa) Schuldhaftes Pflichtverletzung

Ein Kündigungsgrund könnte sich aus dem Verhalten des A ergeben. Möglich ist sowohl die Begründung mit der schuldhaften Verletzung vertraglicher Hauptpflichten als auch mit der von Nebenpflichten.²⁸ In Betracht kommt vorliegend die Verletzung letzterer in Form der Verletzung von Rücksichtnahmepflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB. Aus diesen ergibt sich für den Arbeitnehmer die Verpflichtung, seine Arbeitspflichten so zu erfüllen sowie die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers derart zu wahren, wie es von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann.²⁹

Die Äußerungen des A waren durch grobe Beleidigungen gekennzeichnet und mit einer erheblichen Ehrverletzung der darin angesprochenen Personen verbunden.³⁰ Da sie sich auf Vorgesetzte und Kollegen, also betriebliche Umstände, bezogen, steht einer Einordnung als Vertragswidrigkeit auch nicht entgegen, dass die Äußerungen in einer privaten Chatgruppe erfolgten.³¹ Die Äußerungen, die überdies schuldhaft erfolgten, stellen eine erhebliche Pflichtverletzung dar, die grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.

bb) Vertraulichkeit der Kommunikation

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die in der Chatgruppe stattgefundenen Kommunikation derart vertraulich war, dass der Annahme eines wichtigen Grundes verfassungsrechtliche Gründe entgegenstehen.

(1) Beleidigungsfreie Sphäre

Die Aussagen könnten innerhalb einer sog. beleidigungsfreien Sphäre erfolgt sein, d. h. in einem so engen Lebenskreis, dass die Äußerungen über nicht anwesende Dritte Ausdruck besonderen Vertrauens waren und keine begründete Möglichkeit der Weitergabe bestand.³² Damit wären sie zugleich Ausdruck des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.³³ Dieses Recht umfasst wegen der Bedeutung einer Rückzugsmöglichkeit für die Persönlichkeitsentfaltung auch Äußerungen innerhalb der Privatsphäre und erstreckt sich neben Äußerungen gegenüber nahestehenden Familienangehörigen auch auf solche in vergleichbaren, rein freundschaftlichen Verhältnissen.³⁴ Im Fall einer solchen Einstufung können die Äußerungen auch keine arbeitsrechtlichen Auswirkungen haben.

Erforderlich ist, dass eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung bestand, der A also davon ausgehen durfte, dass die anderen Chatteilnehmer die Äußerungen nicht an Außenstehende weitergeben würden.³⁵ Dies gilt in besonderem Maße, wenn, wie im vorliegenden Fall, Gesprächsinhalt beleidigend und menschenverachtend Äußerungen über Betriebsangehörige sind, die den Betriebsfrieden in besonderem Maße stören und das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber, hier der L, erheblich beeinträchtigen.³⁶ Mithin kommt es auf die Umstände an, unter denen die Aussagen getroffen wurden.

(2) Umstände der Äußerung

Problematisch erscheint, ob die Umstände nach dem Sachverhalt eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung zu begründen vermögen. Vorliegend umfasste die Gruppe zwischenzeitlich sieben Mitglieder, welche langjährig befreundet, teilweise auch verwandtschaftlich verbunden sind. Gegen die Ableitung einer berechtigten Vertraulichkeitserwartung spricht jedoch, dass ein Verwandtschafts-

²⁸ BAG NZA 2015, 797 (Rn. 15).

²⁹ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 26).

³⁰ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 27).

³¹ Ebd.; a.A. LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 77).

³² Vgl. BVerfG NStZ 2021, 439 (Rn. 33).

³³ Vgl. BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 29).

³⁴ BVerfG, NStZ 2021, 439 (Rn. 32); BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 29).

³⁵ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 30); BAG, Urt. v. 17.2.2000 – 2 AZR 927/98, juris (Rn. 25).

³⁶ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 30).

verhältnis keine Aussagekraft im Hinblick auf die Beziehung hat und auch eine Freundschaft unterschiedlich ausgeprägt sein kann sowie die Freundschaftsverhältnisse, insbesondere bei einer Gruppe von sieben Personen, unterschiedlich ausgeprägt sein werden.³⁷ Die Gruppe ist angesichts der Größe auch nicht mehr ohne weiteres überschaubar.³⁸

Die besondere Vertraulichkeit der Kommunikation kann zudem nicht mit der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung der Nachrichten begründet werden.³⁹ Diese dient gerade nur dem Schutz vor der Einsichtnahme durch Außenstehende, sichert jedoch nicht die vertrauliche Behandlung durch den Empfänger.⁴⁰ Hinzu kommt, dass die Kommunikation über Messengerdienste auf mobilen Endgeräten erfolgte und damit in besonderem Maß auf die leichte Kopierbarkeit und schnelle Weiterleitung der Nachrichten angelegt war.⁴¹ Zwar steht die schriftliche Fixierung der Aussagen einer berechtigten Vertraulichkeitserwartung nicht grundsätzlich entgegen.⁴² Erfolgt die Kommunikation aber, wie hier, gerade nicht unter Anwesenden, kann das nonverbale Verhalten des Gegenübers nicht herangezogen werden, um zu beurteilen, ob die Gesprächspartner den Chat als vertraulich anerkennen.⁴³

Weiter äußerten sich neben dem zu kündigenden Arbeitnehmer nur drei weitere Teilnehmer in ähnlich aggressiver und menschenverachtender Weise, während weitere drei nicht beteiligt waren. Auch aufgrund der somit fehlenden einheitlichen Beteiligung der Mitglieder der Chatgruppe konnte nicht angenommen werden, dass alle die Äußerungen teilten oder zumindest nicht weitergeben würden.⁴⁴ Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das im November 2020 neu aufgenommene Mitglied, das sich zwar an dem Gespräch beteiligte, jedoch aufgrund des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis „weniger zu verlieren“ hatte.⁴⁵ Selbst wenn man unterstellte, dass sich durch das Bestehen der Chatgruppe seit 2014 eine berechnete Vertraulich-

keitserwartung aufgebaut hätte, gilt dies nicht notwendigerweise für die Zukunft, wie gerade der Umstand zeigt, dass Außenstehende durch das neue Mitglied von den Chatinhalten erfuhren.⁴⁶

Eine berechnete Vertraulichkeitserwartung besteht daher nicht.⁴⁷

(3) Zwischenergebnis

Mithin erfolgten die Äußerungen nicht innerhalb einer verfassungsrechtlich besonders geschützten, beleidigungsfreien Sphäre, die der Annahme eines wichtigen Grundes hätte entgegenstehen könnte.

cc) Zwischenergebnis

Ein an sich zur Begründung der außerordentlichen Kündigung geeigneter Grund liegt in der Form einer schuldhaften Rücksichtnahmepflichtverletzung vor.

b) Interessenabwägung – sofortige Unzumutbarkeit⁴⁸

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses müsste sich für die L auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien als unzumutbar darstellen. Das sofortige Lösungsinteresse müsste also das Bestandsinteresse überwiegen, d. h. eine Fortsetzung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. zur vertragsgemäßen Beendigung müsste unzumutbar sein, § 626 Abs. 1 BGB. Entscheidend ist zum einen die Dauer der regulären Vertragsbindung sowie zum anderen die Gewichtung des Kündigungsgrundes. Beurteilungskriterien sind die Art und Schwere der Vertragsstörung, deren Auswirkungen, ein mögliches Verschulden, die Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des störungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses.⁴⁹ Nach Literatur der Äußerungen wird deutlich, dass diese zutiefst rassistischen, sexistischen und beleidigenden Charakter haben.⁵⁰ Es handelt sich um eine qua-

³⁷ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 33); a.A. LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 76).

³⁸ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 35); a.A. LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 76).

³⁹ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 32); wohl a.A. LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 75).

⁴⁰ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 32).

⁴¹ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 34).

⁴² So auch LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 73).

⁴³ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 35).

⁴⁴ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 36).

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 37); a.A. LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 76).

⁴⁷ Diese Wertung ergibt sich aus den Hinweisen des BAG. Die Feststellung, ob eine solche tatsächlich nicht bestand, obliegt nach einer weiteren Verhandlung, i.R.d. dem A Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, dem LAG Niedersachsen (vgl. § 563 Abs. 3 ZPO).

⁴⁸ Das LAG Niedersachsen ist in seinem Berufungsurteil nicht zu dem Aspekt der Interessenabwägung gekommen, weil es bereits das Vorliegen eines wichtigen Grundes aufgrund der besonderen Vertraulichkeit der Kommunikation verneint hat. Eine Entscheidung des BAG verbunden mit einer Tatsachenfeststellung war nach § 563 Abs. 3 ZPO nicht möglich, weshalb es die Sache zurückverwiesen hat. Eine neue Entscheidung des LAG Niedersachsen, welche konsequenterweise auf eine Interessenabwägung eingehen müsste, steht noch aus. Die folgenden Ausführungen der Verfasserin dienen der Veranschaulichung für die Fallbearbeitung.

⁴⁹ Zusammenfassend ErfK/Niemann, 24. Aufl. 2024, § 626 BGB Rn. 37 ff.

⁵⁰ Zu dem Wortlaut der Äußerungen s. LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.12.2022 – 15 Sa 284/22, juris (Rn. 8 ff.).

litativ sehr schwerwiegende Pflichtverletzung mit einem nicht unerheblichen betrieblichen Bezug, die das Vertrauen der L zutiefst zu erschüttern geeignet ist. Eine Duldung solcher Aussagen über Vorgesetzte und Kollegen kann vom Arbeitgeber nicht erwartet werden. Einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht nicht entgegen, dass der A bereits seit über 20 Jahren bei L beschäftigt ist und die Kündigungsfrist, sofern eine ordentliche Kündigung möglich ist, bereits nach den gesetzlichen Regelungen sieben Monate beträgt, vgl. § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB.

V. Ergebnis

Unter Annahme eines wichtigen Grundes und unter Zugrundelegung der sofortigen Unzumutbarkeit wurde das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche fristlose Kündigung vom 28.07.2021 aufgelöst. Die Kündigungsschutzklage des A ist unbegründet.

FAZIT

beachten, dass mit der vorliegenden Entscheidung des BAG eine Verschiebung der Darlegungslast verbunden ist. Durfte der Arbeitnehmer bislang auch bei ehrverletzenden Äußerungen über Vorgesetzte und Kollegen i.d.R. die Vertraulichkeit der Äußerung annehmen,⁵¹ obliegt es nunmehr dem Arbeitnehmer darzulegen, warum er ausnahmsweise darauf vertrauen durfte, dass die Äußerung vertraulich bleibt (sog. sekundäre Darlegungslast). Begründet wird diese Änderung der Rechtsprechung damit, dass es in diesen Fällen nicht fernliegt, dass ein Chatgruppen-Mitglied aus Entrüstung, moralischen Bedenken oder auch aus Prahlerei und Imponiergehabe die Äußerungen einem außenstehenden Dritten offenbart.⁵² Damit verbunden ist zugleich eine Erleichterung für den Arbeitgeber, etwa durch den Ausspruch einer Kündigung aktiv zu werden. Jedoch muss auch beachtet werden, dass sich der Arbeitgeber bei der Bewertung des Sachverhalts in einem Spannungsfeld zwischen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) einerseits⁵³ und dem etwa in § 12 AGG zum Ausdruck kommenden Schutz der Mitarbeiter andererseits bewegt. Hinzu kommt das Interesse des Arbeitgebers am Betriebsfrieden, welches auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt wird.⁵⁴ In Zukunft wird daher wohl die Bedeutung

einer präventiven Compliance für den Arbeitgeber steigen. Schränkt er bereits von vornherein eine mögliche Vertraulichkeitserwartung ein, indem er klarstellt, dass Kontrollen stattfinden und Hinweise ausgewertet werden,⁵⁵ vereinfacht dies die Begründung einer Pflichtverletzung, was wiederum den Bestand einer außerordentlichen Kündigung fördert. Wie oben dargestellt, steht die Erlangung von Daten unter Verstoß gegen die DSGVO einer Verwertung nicht grundsätzlich entgegen. Unter Geltung des HinSchG, können Hinweise von Whistleblowern datenschutzrechtlich zudem ein „Whitewashing“ der Daten ermöglichen,⁵⁶ sodass die Verwertungsbefugnis hierdurch zusätzlich abgesichert wird. Betreffend den Einbau des Sachverhalts- und Beweisverwertungsverbots in die Prüfung, ist anzumerken, dass der obige Aufbau eine mögliche Variante darstellt. Letztendlich handelt es sich um eine prozessuale Frage, die auf die Prüfung des wichtigen Grundes einwirkt. Es ist daher abhängig von der Klausurstellung, ob ein Verwertungsverbot wie vom BAG innerhalb der Prüfung des § 626 BGB angesprochen oder etwa an den Anfang oder das Ende der Prüfung und dort die Frage gestellt wird, ob im Falle eines Prozesses ein Verwertungsverbot besteht. Hingewiesen sei noch darauf, dass Fragen der Beweisverwertung in der Praxis oftmals bei Videoüberwachungen durch den Arbeitgeber relevant werden, wo sie ebenfalls mit Fragen des Datenschutzes verbunden sind. Eine Auswertung der neueren Rechtsprechung sowie eine grundlegende Einführung zur Sachvortrags- und Beweisverwertung im arbeitsgerichtlichen Verfahren findet sich bei *Winzer/Schaaf*, NZG 2024, 103 ff.

⁵¹ BAG NZA 2010, 698.

⁵² BAG NZA 2023, 1595 (Rn. 38).

⁵³ Eine Berufung auf die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG) scheidet in diesen Fällen, in denen es sich bei den Äußerungen um Formalbeleidigungen oder unwahre Tatsachenbehauptungen handelt, aus, vgl. BVerfG NJW 1995, 3303; BAG, NZA 2010, 698 (Rn. 17).

⁵⁴ BVerfG NZA 1996, 281 (zu B. II. 2.).

⁵⁵ *Zöll*, jurisPR-Compl 1/2024 Anm. 2 (zu D.).

⁵⁶ Ebd.

Keine Informationspflicht des Bundespräsidenten über Glückwunschtelegramme an den Iran

stud. iur. Sophia Mustafoska

BVerwG, Urt. v. 9.11.2023 – 10 C 4/22

§ 1 Abs. 1 IFG; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 10 EMRK

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

Anlässlich des Nationalfeiertages des Iran hat Bundespräsident S ein Glückwunschsreiben an den Staatspräsidenten der islamischen Republik Iran übermittelt. J ist Ressortleiter eines Nachrichtenmagazins und hat im Rahmen seiner Recherchen von diesem Glückwunschsreiben erfahren. J begehrt deshalb auf Grundlage des Informationsfreiheitsgesetzes Zugang zu etwaigen Glückwunschtelegrammen des Bundespräsidenten an den Staatspräsidenten des Iran, jeweils anlässlich des Nationalfeiertages seit 1994 sowie zu den zugehörigen Verwaltungsvorgängen und Aktenvermerken. Der Antrag wurde mit der Begründung zurückgewiesen, dass das Bundespräsidialamt keine informationspflichtige Behörde i. S. d. § 1 Abs. 1 IFG sei. Auf Widerspruch des J erging ein entsprechender Widerspruchsbescheid. J hat fristgerecht Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Verwaltungsgericht Berlin erhoben.

Hat die Klage des J Erfolg?

§ 4 BlnPrG

Informationsrecht der Presse

Die Behörden sind verpflichtet, den Vertretern der Presse, die sich als solche ausweisen, zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe Auskünfte zu erteilen.

Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

§ 1 Grundsatz

(1) Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Für sonstige Bundesorgane und -einrichtungen gilt dieses Gesetz, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Einer Behörde im Sinne dieser Vorschrift steht eine natürliche Person oder juristische Person des Privatrechts gleich, soweit eine Behörde sich dieser Person zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedient.

(2) Die Behörde kann Auskunft erteilen, Akteneinsicht gewähren oder Informationen in sonstiger Weise zur Verfügung stellen. Begehrt der Antragsteller eine bestimmte Art des Informationszugangs, so darf dieser nur aus wichtigem Grund auf andere Art gewährt werden. Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein deutlich höherer Verwaltungsaufwand.

(3) Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen gehen mit Ausnahme des § 29 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und des § 25 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch vor.

§ 7 Antrag und Verfahren

Über den Antrag auf Informationszugang entscheidet die Behörde, die zur Verfügung über die begehrten Informationen berechtigt ist. Im Fall des § 1 Abs. 1 Satz 3 ist der Antrag an die Behörde zu richten, die sich der natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedient. Betrifft der Antrag Daten Dritter im Sinne von § 5 Abs. 1 und 2 oder § 6, muss er begründet werden. Bei gleichförmigen Anträgen von mehr als 50 Personen gelten die §§ 17 bis 19 des Verwaltungsverfahrensgesetzes entsprechend.

EINORDNUNG

Der Iran gerät aktuell zunehmend in den internationalen Fokus. Nicht nur die Proteste im Iran gegen die Unterdrückung und Diskriminierung von Frauen haben die Aufmerksamkeit der Welt auf die Situation im Land gelenkt. Auch der dem Iran zugeschriebene Angriff auf Israel führte zu einer verstärkten Kritik an der Politik und den Handlungen des Irans. Inmitten dieser politischen Spannungen ist auch interessant, wie Deutschland die Beziehungen zum Iran weiter pflegt. Bis 2020 hat der Bundespräsident Glückwunschtelegramme anlässlich des Jahrestags der islamischen Revolution an die iranische Führung übersandt. Der genaue Inhalt der Schreiben blieb jedoch im Verborgenen. Ein Journalist hat daraufhin beim Bundespräsidialamt Einsicht in alle Gruß- und Glückwunschschriften des Bundespräsidenten an die Islamische Republik Iran zum Nationalfeiertag beantragt. Darüber hinaus begehrte er Informationen zu den entsprechenden Verwaltungsvorgängen und Aktenvermerken, insbesondere aus dem Grund, dass die Schreiben „zugleich im Namen des deutschen Volkes“ übermittelt worden seien. Dabei verwies er auf das Informationsfreiheitsgesetz, wonach gegenüber den Bundesbehörden ein Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen bestehen kann. Die auf Informationszugang gerichtete Klage war indes schon in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben.

LEITSÄTZE

1. Präsidientielle Akte des Bundespräsidenten und ihre Vorbereitung sind nicht vom Anwendungsbereich des Informationsfreiheitsgesetzes umfasst.

2. Die Übermittlung eines Glückwunschschriftens an ein ausländisches Staatsoberhaupt ist ein präsidienteller Akt, den der Bundespräsident in seiner Funktion als Staatsoberhaupt in Ausübung seiner allgemeinen Repräsentations- und Integrationsaufgaben wahrnimmt, die ihm über die von der Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse hinaus zukommen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Erfolgsaussichten der Klage

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

- a) § 4 Abs. 1 LPrG Bln
- b) § 1 S. 1 IFG
- c) Zwischenergebnis

2. Zuständigkeit

3. Statthafte Klageart

a) Verwaltungsakt-Qualität des begehrten Handelns

b) Klagehäufung, § 44 VwGO

4. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

5. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

6. Klagefrist, § 74 VwGO

7. Beteiligten-/Prozessfähigkeit

8. Zwischenergebnis

II. Begründetheit

1. Rechts-/Anspruchsgrundlage

a) Anwendungsbereich § 1 Abs. 1 IFG

aa) Organisatorischer Behördenbegriff

bb) Funktionaler Behördenbegriff

(1) Verwaltungsaufgabe

(2) Vorbereitung präsidienteller Akte des Bundespräsidenten

(3) Zwischenergebnis

c) Zwischenergebnis

b) Zwischenergebnis

2. Zwischenergebnis

III. Zwischenergebnis

B. Ergebnis

A. Erfolgsaussichten der Klage

Die Klage des J vor dem Verwaltungsgericht hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten vorliegen.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Demnach müsste eine öffentlich-rechtliche Vorschrift anwendbar sein, durch die ein Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet wird. Bezugspunkt ist dabei die Rechtsgrundlage, auf deren Grundlage das Verwaltungshandeln ergehen könnte.

a) § 4 Abs. 1 LPrG Bln

Als Rechtsgrundlage kommt § 4 Abs. 1 LPrG Bln in Betracht. Demnach sind die Behörden verpflichtet, den Pressevertretern zur Erfüllung ihrer Aufgaben Auskünfte zu erteilen. Allerdings kann das Landesrecht nur Landesbehörden berechtigen. Hier handelt es sich indes um eine Bundesbe-

hörde. Diese Rechtsgrundlage scheidet somit aus.

b) § 1 Abs. 1 S. 1 IFG

Die Rechtsgrundlage könnte sich aus § 1 Abs. 1 S. 1 IFG ergeben. Demnach sind Bundesbehörden gegenüber jedermann verpflichtet, Zugang zu Informationen zu ermöglichen. Bundesgesetze können zwar auch Landesbehörden verpflichten.¹ Das IFG bezieht sich indes nur auf Bundesbehörden. Damit liegt eine streitentscheidende Norm vor, durch die ein Hoheitsträger verpflichtet wird.

c) Zwischenergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet

2. Zuständigkeit

Nach § 45 VwGO ist das Verwaltungsgericht sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit bemisst sich bei Klagen gegen Bundesbehörden nach deren Sitz. Sitz des Bundespräsidenten ist Berlin. Somit ist das Verwaltungsgericht in Berlin auch örtlich zuständig.

3. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. Hier begehrt J die Bekanntgabe der Informationen über die Glückwunschtelegramme des Bundespräsidenten. Statthaft könnte eine Verpflichtungsklage sein. Dafür müsste nach § 42 Abs. 2 Alt. 2 VwGO der Kläger die Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsaktes erstreben.

a) Verwaltungsakt-Qualität des begehrten Handelns

Fraglich ist, ob es sich bei dem begehrten Handeln um einen Verwaltungsakt handelt. Dafür müsste es sich um einen auf Außenwirkung gerichteten behördlichen Rechtsakt zur Regelung eines Einzelfalls handeln, § 35 S. 1 VwVfG. Die Bekanntgabe von Informationen ist zunächst ein schlichtes Verwaltungshandeln und weist keinen Regelungscharakter auf. Derartige Wissenserklärungen sind nicht darauf ausgelegt, einseitig eine Rechtsänderung zu bewirken. Allerdings geht der Informationsbekanntgabe eine Entscheidung vor, bei der es sich um eine verbindliche Regelung über die Anspruchsbegründung im Einzelfall handelt. Somit läge ein Verwaltungsakt vor, vgl. § 7 Abs. 1 IFG. Insofern handelt es sich um ein zweistufiges Rechtsverhältnis. Zunächst bedarf es einer Entscheidung (des VA), die durch die Informationsbekanntgabe (das schlichte Verwaltungs-

handeln) erfüllt wird. In diesem Fall wird in der ersten Stufe einer Verpflichtungsklage stattgegeben. Nach Erlass der Entscheidung durch die Behörde besteht sodann ein Anspruch auf Informationsbekanntgabe durch schlichtes Verwaltungshandeln. Somit ist zunächst eine Verpflichtungsklage statthaft.

b) Klagehäufung, § 44 VwGO

Die beiden Klagebegehren könnten in einer Klagehäufung zusammen verfolgt werden. Allerdings scheidet eine Klagehäufung in Leistungsfällen aus. In solchen Fällen läge sonst ein unzulässiger Eingriff in die Gewaltenteilung vor. Bei einer gleichzeitigen Entscheidung würde sich das Verwaltungsgericht über die Kompetenz der verurteilten Behörde hinwegsetzen, wenn der Verwaltungsakt im Zuge des Verpflichtungsurteils erlassen wird. Somit ist eine Klagehäufung nicht möglich.²

Hinweis:

Etwas anderes ergibt sich, wenn es in der ersten Stufe um eine Anfechtungsklage und in der zweiten Stufe um eine Leistungsklage geht. Dann lassen sich nach §§ 113 Abs. 4, 113 Abs. 1 S. 2 VwGO die beiden Stufen verbinden, weil es in Abwehrfällen in der ersten Stufe mit der Anfechtung durch das Gestaltungsurteil, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, schon zu einer Durchbrechung der Gewaltenteilung gekommen ist. Das Gericht kann dann auch über die Folgen entscheiden.

4. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

J müsste auch klagebefugt sein. Das wäre der Fall, wenn er geltend macht, durch das Unterlassen der Informationsvermittlung in seinen Rechten verletzt zu sein, § 42 Abs. 2 VwGO. Das subjektive Recht leitet sich aus §§ 1 Abs. 1, 7 IFG ab, welche einen Anspruch begründen. Somit ist J klagebefugt.

5. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

In der Regel entfällt das Erfordernis des Vorverfahrens bei Klagen gegen oberste Bundes- oder Landesbehörden, § 68 Abs. 1, S. 2 Nr. 1, Abs 2 VwGO, sofern das Gesetz keine andere Bestimmung vorsieht. Nach § 9 Abs. 4 IFG muss indes ein Vorverfahren durchgeführt werden. Ein solches hat

¹ Vgl. Art. 83 ff. GG.

² Zu den sog. Stufenklagen s. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2018, § 13 Rn. 13.

hier stattgefunden.

6. Klagefrist, § 74 VwGO

Die Klagefrist wurde eingehalten.

7. Beteiligten-/Prozessfähigkeit

J als Kläger ist gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 63 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Bundesrepublik Deutschland als beklagte juristische Person ist gem. § 61 Nr. 1, 2. Alt. VwGO beteiligten- und gem. § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig, vertreten durch den Bundespräsidenten.

8. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

II. Begründetheit

Das Verwaltungsgericht verpflichtet den Bundespräsidenten zur Informationsbekanntgabe, wenn die Klage begründet ist. Dies ist der Fall, wenn die Ablehnung rechtswidrig ist, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist und die Sache spruchreif ist, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO. Voraussetzung dafür ist, dass dem Kläger der Anspruch zusteht.

1. Rechts-/Anspruchsgrundlage

Als Rechts- und Anspruchsgrundlage kommt § 1 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 IFG in Betracht.

a) Anwendungsbereich § 1 Abs. 1 IFG

Der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 IFG müsste eröffnet sein. Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 IFG hat jeder nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Für sonstige Bundesorgane und Bundeseinrichtungen gilt das Gesetz, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen (§ 1 Abs. 2 S. 2 IFG). Der Gesetzgeber legt in § 1 IFG die grundsätzliche Zugänglichkeit von staatlichen Vorgängen und damit zugleich deren Öffnung als Informationsquelle fest, so dass in diesem Umfang der Schutzbereich der Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG eröffnet wird.³

aa) Organisatorischer Behördenbegriff

Bei dem Bundespräsidialamt könnte es sich um eine Behörde im organisationsrechtlichen Sinne handeln. Unter einer Behörde im organisatorischen Sinn wird eine „in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestattet sind“ verstanden.⁴ Dies ist unabhängig davon, ob es sich um Stellen des Bundes oder der Länder oder unterstaatlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts handelt. Der Bundespräsident ist als Teil der Exekutive organisatorisch als Behörde des Bundes anzusehen und ist dabei „oberste“ Bundesbehörde, weil seine Aufgaben im Grundgesetz geregelt sind.⁵ Somit handelt es sich bei dem Bundespräsidialamt um eine Behörde im organisationsrechtlichen Sinne.

bb) Funktioneller Behördenbegriff

Fraglich ist, ob Behörden im organisationsrechtlichen Sinne in den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 IFG fallen. Der Behördenbegriff des § 1 Abs. 1 S. 1 IFG ist funktioneller Natur.⁶ Der funktionale Behördenbegriff umfasst jede Stelle im Sinne einer eigenständigen Organisationseinheit, die öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt.⁷ Der Anwendungsbereich des IFG bezieht sich daher lediglich auf die materielle Verwaltungstätigkeit der Behörden und sonstigen Stellen des Bundes.⁸

Hinweis:

So kann auch der Bundestagspräsident als Behörde handeln, obwohl er organisatorisch zur Legislative gehört, wenn er im Einzelfall verwaltend tätig wird, wie z.B. bei der Ausübung der Polizeigewalt (Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG). Die mandatsbezogene Unterstützung von Abgeordneten durch Zuarbeiten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages wurde ebenso durch die Rechtsprechung als materielle Verwaltungstätigkeit dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 IFG unterstellt.⁹

(1) Verwaltungsaufgabe

Bei dem Glückwunschs Schreiben müsste es sich um die Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaufgabe handeln. Diese bestimmt sich nach materiellen

³ BVerfGE 145, 365, Rn. 20; BVerwG, NVwZ 2023, 1755.

⁴ BVerfGE 10, 20 (48).

⁵ Schoch in: Schoch/Schneider, 4. EL November 2023, VwVfG § 1 Rn. 24.

⁶ BVerwG, Urt. v. 9.11.2023 – 10 C 4/22; Schoch, Informationsfreiheitsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 115.

⁷ BVerwGE 141, 311.

⁸ Vgl. BVerwGE 152, 241 Rn. 15.

⁹ BVerwGE 152, 241 Rn. 18.

Kriterien in negativer Abgrenzung zu den anderen Staatsfunktionen.¹⁰

Entscheidend für die Auslegung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaufgaben ist das Regelungsziel des Informationsfreiheitsgesetzes, welches sich aus den Gesetzesmaterialien entnehmen lässt.¹¹ In der Begründung der in § 1 Abs. 1 S. 2 IFG genannten Staatsfunktionen werden die Tätigkeitsbereiche umschrieben, auf die das Informationsfreiheitsgesetz sich nicht erstreckt.¹² Aufgrund der strikten Akzessorietät der Aufgaben des Amtes zu denjenigen des Bundespräsidenten ist das Bundespräsidialamt nur insoweit informationspflichtig, als dies auch für den Bundespräsidenten anzunehmen ist.¹³ Schon die Vorbereitung präsidentieller Akte des Bundespräsidenten fällt demnach nicht unter das IFG.¹⁴

(2) Vorbereitung präsidentieller Akte des Bundespräsidenten

Fraglich ist, ob es sich um eine solche handelt. Ein präsidentieller Akt ist die Wahrnehmung der allgemeinen Repräsentations- und Integrationsaufgaben durch das Staatsoberhaupt, die ihm über die von der Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse hinaus zukommen.¹⁵ Die Ausgestaltung der ungeschriebenen Verfassungsaufgaben der Repräsentation und Integration obliegt dabei dem Amtsinhaber grundsätzlich selbst.¹⁶ Durch das Glückwunschs Schreiben repräsentiert der Bundespräsident den Staat und das Volk nach außen und verkörpert die Einheit des Staates. Somit liegt ein präsidentieller Akt des Bundespräsidenten vor.

(3) Zwischenergebnis

Bei dem Glückwunschs Schreiben handelt es sich nicht um eine Verwaltungsaufgabe, sondern um die Vorbereitung präsidentieller Akte.

cc) Zwischenergebnis

Bei dem Bundespräsidialamt handelt es sich um eine Behörde im organisationsrechtlichen Sinne.

b) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 S. 1 ist nicht eröffnet.

2. Zwischenergebnis

Die Rechtsgrundlage des § 1 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 IFG ist nicht einschlägig.

III. Zwischenergebnis

Die Klage des J ist unbegründet.

B. Ergebnis

Die Klage des J hat keine Aussicht auf Erfolg.

FAZIT

Die Entscheidung steht und fällt mit dem Begriff des präsidentiellen Akts. Generell begegnet man diesem Begriff jedoch kaum. Zwar findet er sich in den Gesetzesmaterialien des IFG¹⁷ und einigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, die sich auf eben diese beziehen, wieder. Doch außerhalb dessen findet der Begriff keine Anwendung. Es scheint, als gebe es ihn nur, um den Bundespräsidenten und das Bundespräsidialamt vom Informationszugangsanspruch auszuschließen.¹⁸ Es bleibt aber fraglich, mit welcher Argumentation das Gericht begründet, warum die Bürger*innen nichts vom Inhalt des Glückwunschs Schreibens erfahren dürfen. Der Informationszugangsanspruch dient der Herstellung demokratischer Öffentlichkeit und folglich der Machtkontrolle.¹⁹ Gerade in Anbetracht dessen, dass der Bundespräsident ungeschriebene Verfassungsaufgaben wahrnimmt, die keinen Schranken unterliegen, erscheint ein Zugang zum Schreiben daher sinnvoll. Allerdings sind die einfachgesetzlich geregelten Informationszugangsansprüche nicht grundrechtlich fundiert.²⁰ Demnach würde wohl eine Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg haben. Auch die Funktion der Journalisten als „public watchdog“²¹ führt nicht dazu, dass der Behördenbegriff des IFG hins. Art. 10 I EMRK erweiternd ausgelegt wird.

¹⁰ Vgl. BVerwGE 141, 122 Rn. 13.

¹¹ Vgl. BVerwGE 141, 122 Rn. 19.

¹² BVerwGE 152, 241 Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 9.11.2023 – 10 C 4/22.

¹³ Schoch, IFG (Fn. 6), § 1 Rn. 138, 191.

¹⁴ BT-Drs. 15/4493, 8; BVerwG, Urt. v. 9.11.2023 – 10 C 4/22.

¹⁵ vgl. BVerfGE 136, 277 Rn. 94.

¹⁶ BVerfGE 136, 323 Rn. 25.

¹⁷ BT-Drs. 15/4493.

¹⁸ Heinemann, NVwZ 2024, 507, Anm. zu BVerwG, Urt. v. 9.11.2023 – 10 C 4/22.

¹⁹ Schoch, IFG (Fn. 6), Einl. Rn. 7–9.

²⁰ BVerwGE 151, 348 Rn. 29.

²¹ EGMR, 19.10.2021, Saure vs. Germany, NVwZ 2022, 533 Rn. 35, 38.

Mittelbare Täterschaft bei schuldunfähigem Kind

stud. iur. Lea Kramer

BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23 (BeckRS 2023, 36742)

§§ 211, 19, 22, 23, 25, 30 StGB

Sachverhalt (vereinfacht)

M lebt mit ihren Kindern in einem Frauenhaus, um sich vor sexuellen Übergriffen ihres Schwagers A zu schützen.

Wenige Täter später verlässt der elfjährige Sohn S das Frauenhaus, um für ein paar Tage bei seinem Vater, dem Bruder des A, unterzukommen.

A erfährt von dem Besuch des S bei seinem Bruder und holt S in der väterlichen Wohnung für einen Ausflug in die Innenstadt ab.

Während des Ausflugs fordert A den S auf, nach seiner Rückkehr in das Frauenhaus seine Mutter M zu töten. Hierbei soll er in der Nacht ein scharfes Messer aus der Küche holen und M töten. Die M habe nämlich „schlechte Sachen“ gemacht. Zudem zeigt A dem S ein Video auf seinem Handy, in dem ein Mann eine andere Person mit einem Messer ersticht. Weitere Anweisungen zur Tat macht A nicht.

Sodann erklärt A dem S, dass er die Tat eigenmächtig zu einer von ihm selbst bestimmten Zeit begehen kann. A sagt zu ihm, dass er aufgrund seines Alters nicht bestraft werden kann. Hingegen würde A selbst eine schwere Strafe treffen, wenn er die Tat begehe. Als Belohnung verspricht er Süßigkeiten, die Rückgabe weggenommener Spielsachen und den Kauf eines Motorrades. S befürchtet, die M nicht wiedersehen zu dürfen, wenn er das ernst gemeinte Angebot nicht annimmt. Daher willigt S zum Schein ein. Zu einem weiteren Treffen kommt es nicht. Auch stehen sie nicht weiter in Kontakt. S kehrt erst Wochen später zu seiner Mutter M zurück. Mittlerweile befindet M sich nicht mehr in einem Frauenhaus. S offenbart bei dem Wiedersehen M sogleich das Ansinnen des A.

Wie haben sich S und A nach dem StGB strafbar gemacht?

EINORDNUNG

In der zugrundeliegenden Entscheidung wird die Abgrenzung zwischen der versuchten mittelbaren Täterschaft und der versuchten Anstiftung thematisiert. Spannend ist hierbei, dass der Hintermann sich eines strafunmündigen Tatmittlers (vgl. § 19 StGB) bedient. Kern der Prüfung ist dabei, ob die Veranlassung eines Schuldunfähigen zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat stets ein Strafbarkeitsdefizit der mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB begründet. Andernfalls wäre noch Raum für die Prüfung einer Anstiftung gem. § 26 StGB als Teilnehmerstrafbarkeit. Bei einer gedanklichen Weiterprüfung der Versuchsprüfung müsste die Frage des unmittelbaren

Ansetzens nach § 22 StGB in mittelbarer Täterschaft thematisiert werden. Der Fall verdeutlicht, wann ein enger zeitlicher Zusammenhang beim unmittelbaren Ansetzen anzunehmen ist und welche Anforderungen an den Zeitpunkt des Tätigwerdens zu stellen sind.

Diese Themen werden in eine Prüfung des versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB eingekleidet.

Anschließend ist eine versuchte Anstiftung zum Mord nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 1 Alt. 1 StGB zu prüfen. In der Fallbearbeitung richtet sich der Aufbau nach dem Schema zum Versuch.¹ Daher stellt die Prüfung einer versuchten Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 Alt. 1 StGB keinesfalls eine „exotische Norm“ dar.² Auch ist zu beachten, dass der

¹ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 47 Rn. 9.

² Georg Steinberg, http://forum-iuridicum.com/dat/artel/2010_4_352.pdf, (Abruf v. 25.05.2024).

Strafgrund des § 30 StGB auf die abstrakte Gefährlichkeit des Tatverhaltens abstellt. Ausreichend ist, dass der Täter durch die Aufforderung einen gefährlichen Kausalverlauf in Gang gesetzt hat, so dass sich das Tatgeschehen ohne sein weiteres Zutun bis zur Vollendung der Tat fortentwickeln kann.³

LEITSÄTZE

1. Das Veranlassen der Tat eines Kindes ist nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält.

2. Ein unmittelbares Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft liegt vor, wenn der Hintermann seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat und ihn in der Vorstellung entlässt, dieser werde die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr in engem zeitlichen Zusammenhang vornehmen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Strafbarkeit des S

I. Strafbarkeit nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB

1. Vorprüfung
2. Tatentschluss

II. Ergebnis zur Strafbarkeit des S

B. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

1. Vorprüfung
2. Tatentschluss
 - a) Zurechnung nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB
 - aa) Absolute Betrachtungsweise
 - bb) Einzelfallbetrachtung
 - cc) Stellungnahme
 - (1) Wortlaut
 - (2) Systematik
 - (3) Historische Auslegung
 - b) Zwischenergebnis

II. Ergebnis

III. Anmerkung: Gedankliche Weiterprüfung

1. Einzellösung
 2. Gesamtlösung
 3. Entlassungstheorie
 4. Stellungnahme
 5. Ergebnis
- IV. Strafbarkeit nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 1 Var. 1 StGB
1. Vorprüfung
 2. Tatentschluss
 - a) Hinsichtlich des Taterfolgs
 - b) Hinsichtlich der heimtückischen Begehung gem. § 211 Gr. 2 Var. 1 StGB
 - c) Hinsichtlich des Bestimmens
 - d) Zwischenergebnis
 3. Unmittelbares Ansetzen nach § 22 StGB
 4. Rechtswidrigkeit und Schuld
 5. Rücktritt vom Versuch nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB
 6. Zwischenergebnis
- V. Ergebnis zur Strafbarkeit des A
- C. Gesamtergebnis

A. Strafbarkeit des S

I. Strafbarkeit nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 3 Abs. 2 Var. 1 StGB

S könnte sich durch die Äußerung gegenüber A, die M töten zu wollen, sich des Bereiterklärens zum Mord nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

EINORDNUNG VON § 211 StGB

Das Verhältnis von Mord gem. § 211 StGB und Totschlag gem. § 212 StGB ist umstritten. Die Rechtsprechung sieht Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB) als voneinander unabhängige, selbstständige Tatbestände.⁴ Die Literatur hingegen befürwortet den Mord als Qualifikationstatbestand des Totschlags.⁵ Welcher Ansicht sich der Prüfling anschließt, hat Einfluss auf den Aufbau der Prüfung. Nach Ansicht der Rechtsprechung wäre der Mord gem. § 211 StGB als selbstständiger Tatbestand zu prüfen. Dagegen ist nach Ansicht der Literatur zunächst der Grundtatbestand des § 212 zu prüfen und sodann mit der Prüfung des § 211 StGB fortzufahren.⁶

Die gewählte Gliederung darf in der Klausur allerdings nicht begründet oder erläutert werden, denn eine gute

³ BGH, Urt. v. 05.02.2013 – 1 StR 405/12; Geppert, Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB), Jura 1997, 546 (547 f.).

⁴ BGH, Urt. v. 12.01.2005 – 2 StR 229/04 = BGH NJW 2005, 996 (997); BGH, Urt. v. 23.11.1995 – 1 StR 475/95; BGH, Beschl. v. 22.09.1956 – GSSt. 1/56 = BGH NJW, 1957, 70 (70 f.).

⁵ Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 71. Aufl. 2024, § 211 Rn. 6; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 6.

⁶ Rengier, Strafrecht AT (Fn. 1) § 8 Rn. 19.

Gliederung „erklärt sich von selbst“⁷

In der weiteren Bearbeitung wird der Ansicht der Rechtsprechung gefolgt.

1. Vorprüfung

Zunächst dürfte die Tat nicht vollendet und der Versuch des Delikts strafbar sein. M ist nicht verstorben, sodass kein Taterfolg eingetreten ist. Zudem ist der Versuch eines Verbrechens gem. §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 StGB stets strafbar. Mord ist ein Verbrechen. Somit ist der versuchte Mord strafbar.

2. Tatentschluss

S müsste Tatentschluss bezüglich des Sich-Bereiterklärens zum Mord haben.

Tatentschluss liegt vor, wenn der Täter Vorsatz hatte, den jeweiligen Tatbestand zu verwirklichen.⁸ Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände zum Zeitpunkt der Tat (vgl. §§ 8, 16 Abs. 1 StGB).⁹

Das Sich-Bereit-Erklären geht über die einfache Mitteilung der Bereitschaft zur Begehung eines Verbrechens hinaus.¹⁰ Erforderlich ist eine verbindliche Erklärung gegenüber dem Adressaten.¹¹ Gegenüber A erklärt sich S mit der Tötung seiner Mutter M einverstanden. S befürchtet jedoch, seine Mutter nicht wiedersehen zu können, wenn er dem Verlangen des A nicht zustimmt. Daher willigt er nur zum Schein ein.

Erklärt sich der Täter nur zum Schein bereit, ein Verbrechen zu begehen, so fehlt der Wille zur Ausführung und Vollendung der Haupttat.¹² Demnach hat S nicht vorsätzlich gehandelt.

Ob S Tatentschluss besessen hat, könnte ohnehin dahinstehen, wenn er zum Tatzeitpunkt strafunmündig war. Schuldunfähig ist nach § 19 StGB, wer bei Begehung der Tat gem. § 8 StGB noch nicht vierzehn Jahre alt ist.¹³ S ist elf Jahre und damit schuldunfähig im Sinne des § 19 StGB.

3. Ergebnis

S hat sich nicht gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 2

Var. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Ergebnis zur Strafbarkeit des S

S hat sich nicht des Bereiterklärens zum Mord nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

A könnte sich wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er S aufforderte, die M nachts mit einem Messer zu erstechen.

1. Vorprüfung

M ist nicht tot. Der tatbestandliche Erfolg ist folglich nicht eingetreten. Mord ist ein Verbrechen. Der Versuch ist gem. §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 StGB strafbar.

2. Tatentschluss

Der Tatentschluss des A muss auf Verwirklichung des Tatbestands nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB gerichtet sein. A wollte, dass M stirbt. Mithin ist der Tod der M vom Vorsatz des A umfasst. Die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung wollte er aber nicht selbst vornehmen, sondern von S vornehmen lassen. Eine Zurechnung kommt daher über die Figur der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Betracht.

a) Zurechnung nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB setzt voraus, dass der Hintermann nach seiner Vorstellung den Tatmittler als menschliches Werkzeug beherrscht. Nach der herrschenden Lehre und der neueren Rechtsprechung¹⁴ muss der Hintermann aufgrund seines überlegenen Wissens oder Wollens das Gesamtgeschehen kraft seines planvoll lenkenden Willens in der Hand haben, während der Tatmittler auf Grund eines Defektes eine unterlegene Stellung hat.¹⁵

A hat einen Elfjährigen zur Tötung seiner Mutter aufgefordert. Eine überlegene Herrschaft über das Gesamtge-

⁷ Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 15. Aufl. 2022, Rn. 471.

⁸ Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 5) § 22 Rn. 12.

⁹ Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 22 Rn. 12; Rengier, Strafrecht AT (Fn. 1) § 14 Rn. 5.

¹⁰ Joecks/Scheinfeld in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 30 Rn. 43.

¹¹ Ebd.

¹² Heine/Weißer in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 30 Rn. 22; Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10), § 30 Rn. 46.

¹³ Streng in: MüKo StGB (Fn. 10), § 19 Rn. 6 f.

¹⁴ BGH, Urt. v. 13.09.1994 – 1 StR 357/94; BGH, Urt. v. 26.01.1982 – 4 StR 631/81; OLG München, Urt. v. 08.08.2006 – 4 StR 135/06 = Feststellungen zu versuchtem Prozessbetrug in mittelbarer Täterschaft – Kfz-Sachverständiger als undoloses Werkzeug, NStZ 2007, 157 (157).

¹⁵ Kudlich in: Beck'scher Online Kommentar zum Strafgesetzbuch, 60. Edition, Stand: 01.0.2024, § 25 Rn. 20.

schehen könnte also bereits dadurch begründet sein, dass S gem. § 19 StGB schuldunfähig und damit nicht strafbar war.

Ob das Veranlassen eines Schuldunfähigen stets die Werkzeugqualität im Sinne einer mittelbaren Täterschaft begründet, ist umstritten.

aa) Absolute Betrachtungsweise

Einerseits könnte man bei einem schuldunfähigen Werkzeug stets eine mittelbare Täterschaft annehmen.¹⁶

Der Begriff der Tatherrschaft sei im Sinne einer rechtlichen Überlegenheit des mittelbaren Täters gegenüber dem Tatmittler zu verstehen.¹⁷ Die Grenze der Verantwortlichkeit des Täters müsse anhand normativer Kriterien getroffen werden.¹⁸

Die mittelbare Täterschaft könne daher auch als „Verantwortlichkeitsherrschaft“ bezeichnet werden.¹⁹

Zudem müssten nach § 19 StGB alle Kinder unabhängig von ihrer individuellen Konstitution und den Tatumständen für schuldunfähig erklärt werden.²⁰ Der Gesetzgeber habe damit eine pauschale Grenze geschaffen. Eine Bewertung des Gerichts, ob das Kind im konkreten Fall in der Lage war, das Unrecht der Tat einzusehen und danach zu handeln, sei also nicht vorgesehen.²¹

S ist gem. § 19 StGB schuldunfähig. Das Strafbarkeitsdefizit ist damit durch die Schuldunfähigkeit indiziert. Nach dieser Auffassung liegt eine mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vor.

bb) Betrachtung im Einzelfall

Andererseits könnte auch eine Betrachtung im Einzelfall geboten sein.²²

Nach einer wertenden Gesamtbetrachtung müsse das Werkzeug nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug sein, um das Unrecht der ihm angetragenen Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.²³ Das Kindesalter sei zwar ein Indiz, doch müssten im Einzelfall weitere Kriterien hinzugezogen werden. Zu berücksichtigen

seien auch die Reife des Kindes, die Art seiner Beeinflussung oder die Offenkundigkeit des Unrechts der Tat. Anderenfalls komme eine Teilnehmerstrafbarkeit des Hintermanns in Betracht.²⁴

S hat beim Zusammentreffen mit M sogleich das Ansinnen des A offenbart. Er muss sich dem Unrecht der Tat, der Tötung der eigenen Mutter, bewusst gewesen sein. Zudem legt A sein Vorhaben offen dar. Er beschönigt also nicht die Tat. Auch lässt A die Wahl des Tatzeitpunkts und die Einzelheiten zur Tatausführung offen. A macht sich damit keines altersbedingten Reifedefizits des S zunutze.

Trotz des kindlichen Alters hat S nach seiner sittlichen und geistigen Reife das Unrecht der angetragenen Tat erkannt. Nach einer Betrachtung im Einzelfall liegt demnach kein Strafbarkeitsdefizit des S vor. Somit scheidet eine mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB aus.

cc) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Die Ansichten sind unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Systematik und der Entstehungsgeschichte miteinander abzuwägen.

(1) Wortlaut

Zunächst ist auf den Wortlaut des § 19 StGB abzustellen. Die Norm des § 19 StGB regelt die Schuldfähigkeit von Kindern bis zur Vollendung des dreizehnten Lebensjahrs. Jedoch trifft § 19 StGB keine Aussage über die Strafbarkeit anderer Beteiligter.²⁵ Die Straflosigkeit des Vordermanns schließt daher nicht pauschal auf die Strafbarkeit des Hintermanns.²⁶

(2) Systematik

Nach der ersten Ansicht wäre eine Teilnehmerstrafbarkeit bei Schuldunfähigen nicht möglich. Dagegen könnte die Systematik des Gesetzes sprechen. Eine Anstiftung setzt nach § 26 StGB eine vorsätzliche rechtswidrige, nicht aber eine schuldhaftige Haupttat voraus, die sog. „limitierte Akzes-

¹⁶ Heine/Weißer in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 25 Rn. 44; Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10), § 25 Rn. 110; Kudlich in: BeckOK (Fn. 15), § 25 Rn. 27.1; Murmann in: Satzger/Schluckebier/Widmaier Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 18; Schünemann/Greco in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 134 f.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Schünemann/Greco in: LK (Fn. 16), § 25 Rn. 135.

¹⁹ Schild/Kretschmar in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 24; siehe auch: „Verantwortungsprinzip“: Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, § 27 Rn. 898.

²⁰ Kudlich in: BeckOK (Fn. 15), § 25 Rn. 27.1; Murmann in: SSW StGB (Fn. 16), § 25 Rn. 18.

²¹ Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10); § 25 Rn. 109.

²² BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23.

²³ Ebd.

²⁴ Ebd.

²⁵ Ebd.

²⁶ Ebd.

sorietät“.²⁷ Daher ist eine Anstiftung eines Schuldunfähigen – bzw. ein Nebeneinander der Beteiligungsformen – möglich.²⁸ Dafür spricht auch § 29 StGB, wonach jeder Beteiligte nach seiner individuellen Schuld zu bestrafen ist.²⁹

(3) Historische Auslegung

Zudem könnte auch mit dem Willen des Gesetzgebers argumentiert werden. Seit dem 29.05.1949³⁰ ist für eine Teilnehmerstrafbarkeit eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat erforderlich.³¹ Die Schuldfähigkeit wurde daher bewusst aus dem Tatbestand ausgeklammert.³² Der Gesetzgeber wollte gerade Raum für eine Teilnehmerstrafbarkeit eines schuldlos Handelnden schaffen.³³

b) Zwischenergebnis

Zutreffend stellt die erste Ansicht dar, dass zur Beurteilung der Schuldfähigkeit an dem Maßstab des § 19 StGB festgehalten werden muss.

Jedoch ist die Frage der Schuldfähigkeit losgelöst von der Frage der Werkzeugqualität des Tatmittlers zu beurteilen. Es geht dabei um die Strafbarkeit des Hintermanns, die auch im Rahmen einer Teilnehmerstrafbarkeit beurteilt werden kann. Nach der *limitierten Akzessorietät* ist die Schuldfähigkeit dabei ohne Belang.

Daher ist der zweiten Ansicht zu folgen. Mithin liegt kein Tatentschluss zur mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vor.

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen versuchter mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Anmerkung: Gedankliche Weiterprüfung

Würde man in dem juristischen Gutachten der ersten Ansicht folgen, wäre ein unmittelbares Ansetzen nach § 22 StGB zu prüfen.

Ein unmittelbares Ansetzen nach § 22 StGB liegt vor, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, die nach seiner Vorstellung von der Tat ohne wesentliche Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung führt oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht.³⁴ Die Definition des § 22 StGB ist auf das unmittelbare Ansetzen bei der unmittelbaren Täterschaft zugeschnitten.³⁵ Im Rahmen der mittelbaren Täterschaft stellt sich die Frage, auf welches Verhalten für die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens abzustellen ist.

1. Einzellösung

Nach der *Einzellösung* ist bereits durch das Einwirken auf den Tatmittler die Grenze zum unmittelbaren Ansetzen überschritten.³⁶

A hat S aufgefordert, die M mit einem Messer zu töten. Sie hat auf den Tatmittler eingewirkt. Unmittelbares Ansetzen liegt nach der Einzellösung vor.

2. Gesamtlösung

Nach der *Gesamtlösung* liegt ein unmittelbares Ansetzen vor, wenn der Tatmittler mit der Tatausführung beginnt.³⁷ S hat zu keiner tatbestandsmäßigen Handlung angesetzt. Eine Strafbarkeit scheidet nach der Gesamtlösung aus.

3. Entlassungstheorie

Im Sinne der *Entlassungstheorie* wird erwogen, dass der mittelbare Täter unmittelbar ansetzt, sobald der Täter das von ihm in Gang gesetzte Geschehen aus der Hand gibt.³⁸ Dies ist der Fall, wenn der Täter das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in der Weise aus der Hand gegeben hat, dass der daraus resultierende Angriff auf das Opfer gemäß seiner Vorstellung von der Tat ohne wesentliche Zwischenschritte und längere Unterbrechungen unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet bzw. damit eine Rechtsgutgefährdung verbunden ist.³⁹ Entscheidend

²⁷ Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10), § 26 Rn. 18.

²⁸ Vertiefende Rspr. zur Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung: BGH, Urt v. 15.09.1988 – 4 StR 352/88; BGH, Urt. v. 08.11.1999 – 5 StR 632/98.

²⁹ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23.

³⁰ BT-Drs. IV/650, S.137 ff.; BT-Drs. 7/1261, S. 4.

³¹ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23; Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10), § 26 Rn. 20.

³² BT-Drs. IV/650, S. 150.

³³ Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10), § 26 Rn. 20.

³⁴ BGH, Urt. v. 08.12.2021 – 5 StR 236/21; BGH, Urt. v. 23.10.2019 – 2 StR 139/19; Cornelius in: BeckOK (Fn. 15), § 22 Rn. 34.

³⁵ Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10), § 22 Rn. 126 ff.

³⁶ Puppe, Urkundenechtheit bei Handeln unter fremden Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft, NJW 1988, 1401, (1401 ff.); Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10), § 22 Rn. 131.

³⁷ BGH Urt. v. 06.09.1989 – 3 StR 268/89; Engländer in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch Kommentar, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 95; Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10), § 22 Rn. 132.

³⁸ BGH, Urt. v. 26.01.1982 – 4 StR 631/81; BGH, Urt. v. 11.02.1982 – 4 StR 689/81; BGH, Urt. v. 13.09.1994 – 1 StR 357/94; Cornelius in: BeckOK (Fn. 15), § 22 Rn. 71; Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10), § 22 Rn. 137.

³⁹ Ebd.

für die Abgrenzung ist, ob nach dem Tatplan die Handlungen des Täters schon einen derartigen Angriff auf das Rechtsgut enthalten, dass es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann.⁴⁰ Wenn die Gefahr dem noch ungewissen späteren Handeln des Tatmittlers überlassen bleibt, liegt wiederum bloße Tatgeneigtheit bzw. eine bloße Vorbereitungshandlung vor.⁴¹ A hat S aufgefordert, M zu töten. Der genaue Tatzeitpunkt ist aber ungewiss. Auch kennt A nicht den genauen Aufenthaltsort von M. Der genaue Tatort ist ihm unbekannt. Insofern hat A keinen Einfluss auf die Art und Weise des Tathergangs. Die Gefahr des Schadenseintritts obliegt dem noch ungewissen späteren Handeln des S. Die Aufforderung des A stellt nach der Theorie lediglich eine Vorbereitungshandlung dar und zeigt seine bloße Tatgeneigtheit. Nach der Entlassungstheorie hat der mittelbare Täter die Versuchsschwelle zum unmittelbaren Ansetzen daher noch nicht überschritten.

4. Stellungnahme

Die verschiedenen Standpunkte kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Eine Abwägung der Ansichten ist daher erforderlich.

Der Wortlaut des § 22 StGB setzt eine unmittelbare Einwirkung auf den Tatmittler voraus. Bei größeren zeitlichen Abständen ist aber ungewiss, ob und wann der Tatmittler zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen wird.⁴² Eine konkrete Rechtsgutsgefährdung kann in dem Einwirken des mittelbaren Täters auf den Tatmittler noch nicht angenommen werden.⁴³ Die *Theorie der Einzellösung* geht daher zu weit.

Der *Theorie der Gesamtlösung* ist entgegenzuhalten, dass die eigentlich sanktionierbare Handlung im Beeinflussen des Tatmittlers liegt. Hat der mittelbare Täter bereits alles für die Tatbestandsverwirklichung getan, erscheint es sachwidrig, den Versuchsbeginn vom Zufall abhängig zu machen.⁴⁴ Die *Entlassungstheorie* wiederum stellt auf das eigene steuernde Verhalten des mittelbaren Täters ab. Diese Theorie wird dem Wesen der mittelbaren Täterschaft daher am meisten gerecht.

Somit ist der *Entlassungstheorie* zu folgen. Mithin hat A

nicht unmittelbar gem. § 22 StGB zur Tat angesetzt.

5. Ergebnis

A hat sich nicht wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 1 Var. 1 StGB

Indem A den S aufforderte, seine Mutter M mit einem Messer zu töten, könnte A sich wegen versuchter Anstiftung zum Mord nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

S willigt nur zum Schein zur Tat ein.⁴⁵ Demnach hat sich A nicht wegen vollendeter Anstiftung strafbar gemacht. Der Versuch einer Anstiftung zum Mord ist strafbar nach §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1, 30 Abs. 1 Var. 1 S. 1 StGB.

2. Tatentschluss

A muss Tatentschluss hinsichtlich einer Anstiftung zum Mord gehabt haben (vgl. § 26 StGB).

a) Hinsichtlich des Taterfolgs

A müsste Vorsatz hinsichtlich des Taterfolgs haben. Aus Sicht des A soll M für schlechte Sachen bestraft werden, die sie gemacht habe. Dafür soll S sie in der Nacht mit einem Messer erstechen. Er will also S veranlassen, die M zu töten. Somit besaß A Vorsatz hinsichtlich der Anstiftung zur Tötung.

b) Hinsichtlich der heimtückischen Begehung gem. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB

Darüber hinaus könnte A Vorsatz bezüglich einer heimtückischen Begehungswiese nach § 211 Gr. 2 Var. 1 StGB haben. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindseliger Willensrichtung zur Tötung ausnutzt.⁴⁶ Arglos ist, wer sich zur Zeit der Tat keines tötlichen Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit oder seines Lebens versieht.⁴⁷ Wehrlos ist, wer infolge seiner

⁴⁰ BGH, Urt. v. 13.09.1994 – 1 StR 357/94; Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10), § 22 Rn. 129.

⁴¹ Heger in: Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 1; Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10) § 22 Rn. 97.

⁴² BGH, Urt. v. 12.08.1997 – 1 StR 234/97; Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10), § 22 Rn. 133 f.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, Bd. 2, 1. Aufl. 2003, § 29 Rn. 196 ff.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Roxin, Strafrecht AT II (Fn. 42), § 22 Rn. 255.

⁴⁵ Heine/Weißer in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 30 Rn. 22; Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10), § 30 Rn. 46.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 22.01.1952 – 1 StR 485/51; BGH Urt. v. 30.09.1952 – 1 StR 296/52; Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 211 Rn. 23.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 19.12.1979 – 3 StR 427/79; BGH, Beschl. v. 22.08.2007 – 1 StR 403/07.

Arglosigkeit zur Verteidigung außer Stande oder in der Verteidigung stark eingeschränkt ist.⁴⁸

Nach seinem Tatplan sollte M zum Zeitpunkt der Tat schlafen. Fraglich ist, ob Schlafende überhaupt zum Argwohn fähig sind. M begibt sich im Schlaf bewusst in einen Zustand äußerer Ruhe. In diesen Zustand würde sie sich nicht begeben, wenn sie sich eines Angriffes versieht.⁴⁹ Insofern nimmt die schlafende M ihre Arg- und Wehrlosigkeit mit in den Schlaf.⁵⁰ S sollte die Arg- und Wehrlosigkeit der M ausnutzen, damit sie zur Verteidigung außer Stande ist.

Somit hat A auch Tatentschluss hinsichtlich einer Anstiftung zur heimtückischen Tötung nach § 211 Gr. 2 Var. 1 StGB.

c) Hinsichtlich des Bestimmens

Weiter müsste A die Vorstellung haben, den S zur Tat bestimmt zu haben.

Zur Tat bestimmt, wer beim Haupttäter den Tatentschluss hervorruft.⁵¹ A fordert S zur Tötung auf. Er zeigt ihm ein Video, in dem ein Mann eine Person tötet. Das Video dient zur Veranschaulichung des Tathergangs. A wollte demnach den Tatentschluss bei S hervorrufen. Somit hat A Vorsatz hinsichtlich des Bestimmens zur Tat.

d) Zwischenergebnis

A hat Tatentschluss hinsichtlich der Anstiftung zum heimtückischen Mord nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 1 Var. 1 StGB.

3. Unmittelbares Ansetzen nach § 22 StGB

Weiter müsste A unmittelbar zum Versuch der Anstiftung gem. § 22 StGB angesetzt haben. A hat S von dem väterlichen Haus abgeholt, um auf ihn einzuwirken. S willigt in das Vorhaben des A ein. Dass S nur zum Schein einwilligt, ist für die Tätervorstellung unerheblich⁵². Damit liegt ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch des Bestimmens nach § 22 StGB vor.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe ersichtlich. Somit handelt A rechtswidrig und schuldhaft.

5. Rücktritt vom Versuch nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB

A könnte jedoch von dem Versuch zur Anstiftung strafbefreiend gem. § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurückgetreten sein. Der Täter tritt strafbefreiend zurück, wenn er den Versuch aufgibt, einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen und die bestehende Gefahr der Tatverwirklichung abwendet.⁵³

Nach dem Gespräch hat A keinen weiteren Kontakt zu S. Dass A den Erfolg abwenden wollte, ist nicht ersichtlich. Somit liegt kein Rücktritt vom Versuch der Anstiftung nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB vor.

IV. Ergebnis zur Strafbarkeit des A

A hat sich der versuchten Anstiftung zum heimtückischen Mord nach §§ 211 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafe ist gem. § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

C. Gesamtergebnis

S hat sich nicht strafbar gemacht. A hat sich wegen versuchter Anstiftung zum heimtückischen Mord gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 30 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

FAZIT

Die Bedeutung des Beschlusses liegt in der Abgrenzung von versuchter mittelbarer Täterschaft und versuchter Anstiftung durch Beeinflussung eines schuldunfähigen Kindes. In der Vorinstanz hat das Landgericht Kiel zunächst einen versuchten Mord in mittelbarer Täterschaft bejaht. Auf die Revision des Angeklagten A wurde der Schuldspruch dahingehend geändert, dass sich der Angeklagte der versuchten Anstiftung zum Mord schuldig gemacht hat.⁵⁴

Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist oft ein Schwerpunkt einer strafrechtlichen Klausur. Die Einkleidung eines strafunmündigen Tatmittlers nach § 19 StGB in die Prüfung eignet sich daher hervorragend als Klausurthema. Durch das Verwenden der klassischen juristischen Auslegungskriterien innerhalb der Problemauseinandersetzung kann der Prüfling dabei sein Systemverständnis unter Beweis stellen. Eine historische Auslegung des § 19 StGB, wie es in dem Urteil vorgenommen wurde, kann

⁴⁸ BGH, Urt. v. 22.01.1952 – 1 StR 485/51; BGH, Urt. v. 30.09.1952 – 1 StR 296/52.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 07.06.1955 – 5 StR 104/55; BGH, Urt. v. 08.10.1969 – 3 StR 90/69.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ Heine/Weißer in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 26 Rn. 2.

⁵² Cornelius in: BeckOK (Fn. 15), § 22 Rn. 38.

⁵³ Joecks/Scheinfeld in: MüKo StGB (Fn. 10), § 31 Rn. 11.

⁵⁴ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23.

allerdings nur in Hausarbeiten erwartet werden.

Würde man in einer Klausur – entgegen der Auffassung des BGH⁵⁵ – eine mittelbare Täterschaft annehmen, wäre fortan das unmittelbare Ansetzen zu prüfen. Nach der herrschenden *Entlassungstheorie*⁵⁶ wäre dies jedoch abzulehnen.

Sofern die mittelbare Täterschaft und das unmittelbare Ansetzen in einer Klausur bejaht wird, wäre die versuchte Beteiligung zu einer (versuchten) Haupttat nach § 30 Abs. 1 StGB zu prüfen. Fraglich wäre sodann, ob neben der mittelbaren Täterschaft eine (versuchte) Anstiftung möglich ist.⁵⁷ Eine Ansicht sieht den Hintermann der mittelbaren Täterschaft zugleich als Anstifter.⁵⁸ Demnach sei der doppelte Anstiftersvorsatz⁵⁹ als „wesensgleiches Minus“ zum schweren und weitergehenden Tatherrschaftswillen enthalten.⁶⁰ Die andere Ansicht lehnt eine (versuchte) Anstiftung ab.⁶¹ Es liege zwar der Versuch einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat vor, jedoch wolle der Hintermann beim Vordermann keinen eigenen Tatentschluss hervorrufen. Es fehle daher am „doppelten Anstiftersvorsatz“.⁶² Dieses Problem müsste der Prüfling in einer materiellrechtlichen Klausur behandeln.

Ebenso ist das Urteil im Hinblick auf die Reformdiskussion des § 19 StGB interessant.⁶³ Die Regelung des § 19 StGB enthält eine „unwiderlegbare Vermutung der Schuldunfähigkeit“⁶⁴ bei Tätern, die zum Tatzeitpunkt das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Ob pauschal jedes Kind bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs nicht in der Lage ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht (vgl. § 20 StGB) zu handeln, ist fraglich.⁶⁵ Es wird argumentiert, dass Kinder heutzutage früher reif wären und die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht mehr an einem

Alter von 14 Jahren festgemacht werden könne.⁶⁶ Im Diskurs steht daher, die Strafunmündigkeitsgrenze von 14 auf 12 Jahre abzusenken.⁶⁷

⁵⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23.

⁵⁶ Cornelius in: BeckOK (Fn. 15), § 22 Rn. 71; Hoffmann-Holland in: MüKo StGB (Fn. 10), § 22 Rn. 137.

⁵⁷ Gegen die Anwendbarkeit Heiner/Weißer in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 30 Rn. 32; Schönemann in: LK (Fn. 16) § 30 Rn. 24; eine andere Ansicht wiederum in: Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 30 Rn. 10.

⁵⁸ Bloy, Die Bedeutung des Täters über die Täterrolle, ZStW 2005, 3 (26 f.); Heger in: Lackner/Kühl/Heger (Fn. 41) § 25 Rn. 5; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 39; Schönemann/Greco in: LK (Fn. 16) § 30 Rn. 24.

⁵⁹ Voraussetzung des § 26 StGB ist ein sog. „doppelter Anstiftersvorsatz“, vgl.: Joecks/Scheinfeld in: (Fn. 10) MüKo StGB, § 26 Rn. 63.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ Hoyer in: SK-StGB (Fn. 58) § 30 Rn. 10; Krey/ Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2021, Rn. 1093; Rengier, StrafR AT (Fn. 1) § 43 Rn. 82; vertiefend dazu: Ensenbach, Nebenverdienste des A, JURA 2011, 787 (794); Kudlich in: Irrtumsprobleme bei der mittelbaren Täterschaft, JuS 2003, 755 (758).

⁶² Ebd.

⁶³ Streng in: MüKo StGB (Fn. 10), § 19 Rn. 16 ff.; Brunner, Überlegungen zur Strafunmündigkeit, JR 1997, 492, (492 ff.); Verrel, Kinderdelinquenz – ein strafprozessuales Tabu? – NSTZ 2001, 284, (284 ff.).

⁶⁴ Streng in: MüKo StGB (Fn. 10) § 19 Rn. 5.

⁶⁵ Hinz, Strafunmündigkeit ab vollendetem 12. Lebensjahr? – Ein rechtspolitisches Reizthema, ZRP 2000, 107 (107 ff.); Paul, Reform der Altersstufen im Jugendstrafrecht, ZRP 2003, 204 (204 ff.); Streng in: MüKo StGB (Fn. 10) § 19 Rn. 17.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Ebd.

Grundstückskaufverträge, die eine Schwarzgeldabrede beinhalten, sind in der Regel nicht nichtig**BGH, Urteil vom 15.03.2024 – V ZR 115/22 (vereinfacht)**

Die Parteien streiten um die Erteilung einer Zustimmung zur Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs. Die Parteien schlossen einen nach § 128 BGB iVm § 1 ff. BeurkG beurkundeten notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück; in dem Vertrag erklärten die Parteien zugleich die Auflassung nach §§ 873 Abs. 1, 925 BGB. Der Notar beurkundete einen Kaufpreis von 120.000 €. Tatsächlich vereinbarten die Parteien hingegen einen Kaufpreis in Höhe von 150.000 €. Den nicht mitbeurkundeten Differenzbetrag von 30.000 € hatte die Käuferin an den Verkäufer bereits vor dem Beurkundungstermin gezahlt, § 362 BGB. Dabei waren sich die Parteien einig, dass sie den Kaufvertrag auch geschlossen hätten, wenn der gesamte Betrag beurkundet worden wäre. Nach Zahlung des restlichen Kaufpreises von 120.000 € an den Verkäufer wurde die Käuferin als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Nachdem die Schwarzgeldabrede dem Finanzamt bekannt wurde, verhandelten die Parteien über die Wirksamkeit des Kaufvertrags und dessen Rückabwicklung. Im Zuge der Verhandlungen beantragte und bewilligte die Käuferin auf Verlangen und zu Gunsten des Verkäufers die Eintragung eines Widerspruchs gegen ihre Eintragung als Eigentümerin in das Grundbuch, §§ 899 Abs. 1, 2 S. 1 Alt. 2, 894 iVm § 19 GBO. Im Ergebnis hielt die Käuferin den Kaufvertrag jedoch für wirksam und verlangte von dem Verkäufer die Zustimmung zur Löschung des eingetragenen Widerspruchs, §§ 12 Abs. 1, 19 GBO. Der Anspruch steht der Käuferin gemäß § 894 BGB analog zu. Nach dieser Vorschrift kann unter anderem derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig im Grundbuch eingetragen ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung dieses Rechts am Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht. Gläubiger des aus dieser Norm folgenden Berichtigungsanspruchs ist zwar gewöhnlich der nicht eingetragene wahre Berechtigte. Schuldner, der zu Unrecht eingetragene Buchberechtigte. Die Vorschrift gilt aber entsprechend für den eingetragenen wahren Berechtigten, der die Löschung eines Widerspruchs erreichen möchte, dessen Eintragung der vermeintliche Berechtigte (materiell) zu Unrecht erwirkt hat. Die Voraussetzungen des Anspruchs liegen auch vor. Die Käuferin ist Eigentümerin des Grundstücks und damit wahre Berechtigte im Sinne von § 894 BGB, denn sie hat mit der Auflassung und Eintragung als Eigentümerin in das Grundbuch gemäß § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB das Eigentum erworben. Anders läge es nur, wenn der Kaufvertrag nichtig wäre und der Wirksamkeitsmangel auch die Auflassung als dingliches Erfüllungsgeschäft erfasste. Beides ist jedoch nicht der Fall. Zunächst ist der Kaufvertrag nicht formunwirksam. Zwar war der beurkundete Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von 120.000 € nicht gewollt und als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig, während der gewollte, lediglich mündlich geschlossene Vertrag mit einem Kaufpreis von 150.000 € gemäß § 117 Abs. 2, § 311b Abs. 1 S. 1, § 125 S. 1 BGB zunächst formnichtig war. Der Formmangel wurde aber durch die in dem notariellen Vertrag erklärte Auflassung und die Eintragung der Klägerin in das Grundbuch gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt. Ferner ist der Kaufvertrag nicht nach §§ 134, 138 Abs. 1 BGB nichtig. Weder verstößt der Grundstückskaufvertrag selbst gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten noch führt eine etwaige isolierte Nichtigkeit der Abrede über die Unterverbriefung, d.h. die Nichtbeurkundung eines Teils des Kaufpreises in Höhe von 30.000 €, nach § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags. Die Schwarzgeldabrede führt nicht zu einer Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen Verstoßes gegen § 134 BGB. Wird der Kaufpreis bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags in der Absicht, Steuern zu hinterziehen, niedriger angegeben als mündlich vereinbart, ist der Vertrag in der Regel nicht nichtig. Anders liegt es nur, wenn die Steuerhinterziehungsabsicht alleiniger oder hauptsächlichlicher Zweck des Rechtsgeschäfts ist; dies ist jedoch regelmäßig nicht der Fall, wenn der Leistungsaustausch, d.h. die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Grundstücks und die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des

Kaufpreises, ernstlich gewollt ist. Aus der Wertung, dass bei Dienst- oder Werkverträgen, die eine Schwarzgeldabrede beinhalten, der darin enthaltene Verstoß gegen § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB führt, folgt nichts anderes. Denn im Rahmen von Grundstückskaufverträgen hat das Verbotsgesetz, gegen das durch eine solche Abrede verstoßen wird, eine andere Zielrichtung. Das SchwarzArbG verbietet unmittelbar den Abschluss von Verträgen, die auf die Nichterfüllung steuerlicher Pflichten gerichtet sind. Dies beruht darauf, dass das Ziel des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes die Bekämpfung von Schwarzarbeit ist. Zur Erreichung dieses Zwecks will das Gesetz nicht nur den tatsächlichen Vorgang der Schwarzarbeit eindämmen, sondern im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung und des redlichen Wettbewerbs den zu Grunde liegenden Rechtsgeschäften ihre rechtliche Wirkung nehmen. Nur so kann der Leistungsaustausch zwischen den Vertragspartnern schlechthin unterbunden werden. Ein entsprechendes absolutes Verbot existiert für Schwarzgeldabreden beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrags nicht. Eine solche Abrede kann zwar, wenn sie mit der Absicht getroffen wird, Steuern zu hinterziehen, gegen § 370 Abs. 1 Nr. 1 Abgabenordnung (AO) verstoßen. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und dadurch Steuern verkürzt. Der Schutzzweck dieser Norm liegt aber - anders als beim Verbot der Schwarzarbeit - nicht (auch) in dem Schutz des redlichen Wettbewerbs oder dem Schutz anderer Kaufinteressenten, sondern allein in der Sicherung des staatlichen Steueraufkommens. Aus denselben Erwägungen kommt eine Nichtigkeit des Gesamtvertrages nach § 138 BGB nur in Betracht, wenn die verbotene Steuerhinterziehung - die per se rechtlich etwas Anstößiges hat - den von den Parteien beabsichtigten Hauptzweck des Vertrags bildet. Nur dann widerspricht das gesamte Rechtsgeschäft den der Rechtsordnung selbst innewohnenden rechtsethischen Werten und Prinzipien. Selbst bei unterstellter Nichtigkeit des Kaufvertrages ist eine Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts in Form des Eigentumsübergangs am Grundstück fraglich. Denn der Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten führt, abgesehen von dem hier nicht einschlägigen Fall des § 138 Abs. 2 BGB, grundsätzlich nur zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts, nicht auch zur Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts. Anders liegt es nur, wenn das Verbotsgesetz gerade auch das Erfüllungsgeschäft verhindern will oder wenn der Verstoß gegen die guten Sitten auch im Erfüllungsgeschäft selbst liegt. Die Regelung in § 370 AO schützt indes (allein) den staatlichen Steueranspruch, d.h. das rechtzeitige und vollständige Steueraufkommen jeder einzelnen Steuerart; ihr Ziel ist es nicht, die - für sich genommen nicht anstößige - Übertragung von Grundeigentum zu verhindern. Vorliegend waren sich die Parteien darüber einig, dass sie den Kaufvertrag auch geschlossen hätten, wenn der Kaufpreis in voller Höhe beurkundet worden wäre. Damit stand der Leistungsaustausch der Parteien im Vordergrund und die Absicht der Steuerhinterziehung war nicht alleiniger oder hauptsächlicher Zweck des Rechtsgeschäfts. Folglich ist der Kaufvertrag wirksam und der Käufer hat wirksam Eigentum an dem Grundstück erlangt. Daher steht der eingetragene Widerspruch mit der wahren Rechtslage nicht in Einklang und die Käuferin hat einen Anspruch auf Zustimmung des Käufers zur Löschung des eingetragenen Widerspruchs.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG – 1 BvR 2017/21, Urt. v. 9.4.2024 (Verfassungswidrigkeit der Regelungen zur Vaterschaftsanfechtung)

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantiert einem leiblichen Vater die Möglichkeit, auch rechtlicher Vater seines Kindes zu werden. Schließt das Fachrecht – verfassungsrechtlich im Ausgangspunkt zulässig – eine rechtliche Vaterschaft von mehr als einem Vater aus, muss dem leiblichen Vater ein hinreichend effektives Verfahren zur Verfügung stehen, das ihm die Erlangung der rechtlichen Vaterschaft ermöglicht. Dem Elterngrundrecht des leiblichen Vaters wird nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn dabei seine gegenwärtige oder frühere sozial-familiäre Beziehung zum Kind, das frühzeitige und konstante Bemühen um die rechtliche Vaterschaft oder der Wegfall einer sozial-familiären Beziehung des Kindes zu seinem bisherigen rechtlichen Vater nicht berücksichtigt werden können.

Die Regelung in § 1600 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 S. 1 BGB verletzt leibliche Väter in ihrem Elternrecht, soweit ihnen als Anfechtungsberechtigten nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Anfechtung der Vaterschaft des rechtlichen Vaters versperrt ist, wenn zwischen ihnen und dem Kind zum maßgeblichen Zeitpunkt eine sozial-familiäre Beziehung besteht. Zwar verfolgt der Gesetzgeber mit der Regelung legitime Ziele, zu deren Erreichung die Regelung auch geeignet und erforderlich ist. Allerdings ist die Beeinträchtigung des Elterngrundrechts des Beschwerdeführers als leiblichem Vater nicht im engeren Sinne verhältnismäßig.

OVG Berlin-Brandenburg – 6 B 18/22, Urt. v. 4.4.2024 (Kein Auskunftsanspruch bei Begnadigungen)

Die Ausübung des Gnadenrechts durch den Bundespräsidenten gemäß Art. 60 Abs. 2 und Abs. 3 GG stellt kein Verwaltungshandeln im funktionalen Sinn dar. Im Unterschied zu materiellem Verwaltungshandeln, bei dem die Ermessensausübung gesetzlich geregelten Einschränkungen unterliegt, einem bestimmten Gesetzeszweck verpflichtet und gerichtlich kontrollierbar ist, fehlt es für Gnadenentscheidungen an jeglichen normativen Voraussetzungen. Sie werden daher vom presserechtlichen Auskunftsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht umfasst.

BVerwG – 6 C 2.22, Beschl. v. 29.11.2023 (Nachträgliche Überprüfung eines Aufenthaltsverbots für einen Fußballfan)

Für die Frage nach dem berechtigten Feststellungsinteresse im Sinne des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in den Fällen sich typischerweise kurzfristig erledigender Maßnahmen, die während des Andauerns der Beschwer regelmäßig keiner Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnten, kommt es auf die Intensität des Grundrechtseingriffs an. Bei Aufenthalts- und Betretungsverboten, die auf polizeirechtlicher Grundlage ergehen und sich üblicherweise auf einen örtlich eng begrenzten Bereich bei einer auf wenige Stunden oder Tage beschränkten Geltungsdauer beziehen, liegt diese Voraussetzung nicht vor. Sie sind weder generell als Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG anzusehen, noch hat der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG hier mangels einer gesteigerten, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbaren Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung ein solches Gewicht, dass die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) es gebietet, die Berechtigung des Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen, obwohl dieser tatsächlich nicht mehr fortwirkt. Das räumlich auf Teile des Gebiets der Stadt Dortmund und zeitlich auf eine Dauer von 10 Stunden beschränkte Aufenthalts- und Betretungsverbot beeinträchtigte lediglich die Möglichkeiten zur Gestaltung der Freizeit des Klägers und der Erledigung seiner alltäglichen Geschäfte. Auf subjektive Gesichtspunkte wie etwa den gesteigerten Erlebniswert einer stattfindenden Fußballbegegnung und ihrer Begleitveranstaltungen gerade für den Kläger kann hierbei nicht abgestellt werden.

BVerwG – 10 C 3.22, Beschl. v. 19.12.2023 (sog. "Kreuzerlass" in § 28 AGO für bayerische Behördengebäude)

§ 28 Allgemeine Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaates Bayern (AGO) ist eine bloße Verwaltungsvorschrift ohne rechtliche Außenwirkung und verletzt schon deshalb keine Rechte der Kläger. Eine rechtliche Betroffenheit außerhalb der Verwaltung stehender Rechtssubjekte scheidet aus. Vorliegend kann sich eine rechtlich beachtliche Wirkung für die Kläger erst mit der Anbringung eines Kreuzes im Eingangsbereich einer staatlichen Behörde entfalten. Dies gilt auch für die von den Klägern geltend gemachte diskriminierende Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch Erlass und Bekanntmachung des § 28 AGO. Diese Publizität begründet noch keine beachtliche Außenwirkung mit der Möglichkeit eines Eingriffs in ein subjektives Recht. Erst die Anbringung der Kreuze, also die Umsetzung der Verwaltungsvorschrift, kann zu solch einer Außenwirkung und damit zu einer rechtlichen Betroffenheit Dritter führen.

BVerwG – 6 C 1.22, Urt. v. 27.3.2024 (Auflösung von Beginn an unfriedlicher Versammlungen)

Mit der Qualifikation als "Verhinderungsblockade" kann der Versammlungscharakter einer Personenzusammenkunft, bei der es jedenfalls auch zu in den Rahmen der öffentlichen Meinungsbildung einzuordnenden Bekundungen kommt, allenfalls dann verneint werden, wenn das kommunikative Anliegen und der Einsatz entsprechender Kommunikationsmittel in handgreiflicher Weise einen bloßen Vorwand darstellen und auf die vollständige Verhinderung einer anderen Versammlung abzielt; eine bloße Störung genügt hierfür in keinem Fall. Weist eine Versammlung aber nicht erst zum Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens, sondern bereits von ihrem Beginn an und dann durchgehend kollektive und aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten und damit die Merkmale einer kollektiven Unfriedlichkeit auf, unterfällt sie nicht dem Schutzbereich des Grundrechts der Versammlungsfreiheit und sperrt daher trotz Fehlens einer Auflösungsverfügung nach § 15 Abs. 3 VersG die Anwendung des Landespolizeirechts nicht. In einer solchen Konstellation ist die Polizei zwar nicht gehindert, vor der Anwendung des Landespolizeirechts eine versammlungsrechtliche Auflösungsverfügung zu erlassen, es bedarf ihrer jedoch nicht zwingend.

HessVGH – 8 B 560/24, Beschl. v. 22.3.2024 (Pro-Palästina-Kundgebung)

Anders als das OVG NRW (15 B 1323/23, Beschl. v. 2.2.2024), der VGH BW (2 S 496/24 Beschl. v. 3.4.2024), das OVG Bremen (1 B 163/24, Beschl. v. 30.4.2024) und das VG Berlin (1 L 507/23, Beschl. v. 20.12.2023) meint der HessVGH, dass die Parole „From the river to the sea, ...“ keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt. Wegen des besonderen Gewährleistungsgehalts der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist – so der VGH Hessen – der Inhalt von Meinungsäußerungen als solcher versammlungsrechtlich nur relevant, wenn es sich um Äußerungen handelt, die einen Straftatbestand erfüllen. Aufgrund der derzeit geltenden Gesetzeslage kommt nach summarischer Prüfung weder eine Strafbarkeit nach §§ 140 Nr. 2, 111, 130 Abs. 1 StGB noch aus § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG in Betracht. Selbst wenn aber eine Strafbarkeit nach § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG als offen angesehen werden würde, fielen die in der Folge anzustellende notwendige Interessenabwägung, die das Interesse des Antragstellers an der Nutzung der Parole mit dem öffentlichen Interesse daran, dies zu verhindern, gegenüberstellt und bewertet, zu Gunsten des Antragstellers aus.

NdsOVG – 11 KN 284/21, Urt. v. 31.1.2024 (Rechtswidrigkeit einer Sperrbezirksverordnung)

Das in §§ 2 Abs. 1 S. 1, 3 der Sperrbezirksverordnung geregelte, weitgehende Verbot der Bordellprostitution hält sich nicht im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage des Art. 297 Abs. 1 EGStGB und ist daher rechtswidrig und unwirksam. In räumlicher Hinsicht ist zu beachten, dass sich die dem Ordnungsgeber grundsätzlich zur Verfügung stehenden Regelungsmöglichkeiten bei der Regulierung der Prostitution nach der Zahl der Einwohner der betroffenen Gemeinde richten. In Gemeinden, die – wie die hier betroffene Stadt Braunschweig – mehr als 50.000 Einwohner haben, ist ein Verbot für das Gemeindegebiet insgesamt gemäß Art. 297 EGStGB nicht möglich.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

KG 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23, Beschl. v. 16.08.2023 (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte durch das Festkleben auf der Fahrbahn)

Die Angeklagte beteiligte sich mit drei weiteren Personen aufgrund eines zuvor gefassten gemeinsamen Tatplans an einer Straßenblockade der Gruppe „Letzte Generation“. Wie von ihr beabsichtigt, kam es dadurch zu einer erheblichen Verkehrsbeeinträchtigung, einem ca. 60-minütigen Stau. Zur Erschwerung der erwarteten polizeilichen Maßnahmen befestigte sie ihre rechte Hand zudem mit Sekundenkleber auf der Fahrbahn. Dadurch konnten die Polizeibeamten sie erst nach Lösung des Klebstoffs von der Straße tragen, was eine bis eineinhalb Minuten in Anspruch nahm. Das Amtsgericht verurteilte die A wegen gemeinschaftlich begangener Nötigung in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte. Das KG hob die Verurteilung auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer des AG zurück. Als rechtsfehlerhaft erwiesen sich unter anderem die unzureichenden Feststellungen zur Verwerflichkeit der Tat gem. § 240 Abs. 2 StGB sowie die Ausführungen zur Strafbarkeit wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 StGB. Letztere komme zwar auch dann in Betracht, wenn sich der Täter bereits vor Beginn der Vollstreckungshandlung auf der Fahrbahn mit Sekundenkleber o.ä. festklebe, um die Räumung der Fahrbahn zu erschweren. Es bedürfe hier allerdings einer genauen Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, um zu bestimmen, ob das Festkleben als gewaltsamer Widerstand gem. § 113 Abs. 1 StGB zu qualifizieren sei. Dies aber habe das AG versäumt. Für die neue Verhandlung ergebe sich insbesondere das Erfordernis der genauen Beschreibung des Tatorts, der Dauer und Art der Blockade sowie der Motive und Ziele der Angeklagten.

BGH 5 StR 200/23, Beschl. v. 13.09.2023 (Abgrenzung versuchter mittelbarer Täterschaft und Anstiftung eines Strafunmündigen)

Der Angeklagte A forderte seinen 11-jährigen Neffen T auf, seine Mutter zu töten. Er solle dazu abends, wenn die Mutter im Bett liege und schlafe, ein scharfes Messer aus der Küche holen und sie töten. A zeigte dem T außerdem ein Video, auf dem ein Mann eine andere Person erstach. Weitere Vorgaben erfolgten nicht. A versprach dem T als Belohnung Süßigkeiten und Spielsachen. T ging nur zum Schein darauf ein, da er fürchtete, seine Mutter sonst nicht wiedersehen zu dürfen. Das Vorhaben scheiterte, da M das Frauenhaus mit unbekanntem Aufenthalt verlassen hatte. Das LG verurteilte A u.a. wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft. Der BGH änderte den Schuldspruch dahingehend ab, dass A der versuchten Anstiftung zum Mord gem. § 30 Abs. 1 StGB schuldig sei und er insbesondere nicht in mittelbarer Täterschaft gehandelt habe. Denn nach Auffassung des BGH sei das Veranlassen der Tat eines Kindes nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukomme, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen halte. Bei der einzelfallbezogenen Bewertung des Gesamtgeschehens sei von besonderer Bedeutung, inwieweit der Strafunmündige nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der ihm angetragenen Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Ein dahingehendes Defizit begründe regelmäßig Steuerungsmacht und damit Tatherrschaft des Bestimmenden. Bei Anwendung des Maßstabs komme dem A keine Tatherrschaft zu. Der A habe auch nicht unmittelbar zur Tötung angesetzt, da der genaue Zeitpunkt der Tat noch ungewiss gewesen sei und er die Durchführung der Tat dem T überlassen habe. Die Einwirkung auf den Tatmittler sei also noch nicht abgeschlossen gewesen. Zum Zeitpunkt der Beendigung der Einwirkung auf das Kind sei die Gefahr für das geschützte Rechtsgut noch nicht in einer Weise konkretisiert gewesen, dass sich ein Schaden unmittelbar anschließen konnte.

BGH 6 StR 128/23, Beschl. v. 02.11.2023 (Beginn der Geburt und Tötungsvorsatz bei Unterlassen)

Die Angeklagte A war Hebamme bei einer Hausgeburt bei der Nebenklägerin. Nach Beginn der Eröffnungswehen zog sich die Geburt über mehrere Tage und führte letztlich zum Tod des Kindes durch Sauerstoffmangel infolge des Verschluckens eitrigem Fruchtwassers. Nach den Feststellungen des Landgerichts handel-

te die A wissentlich entgegen allen medizinischen und geburtshilflichen Standards und in dem Wissen, dass sich durch den unverhältnismäßig lang andauernden Geburtsverlauf erhebliche Risiken für das Kind ergeben. Das Landgericht verurteilte die A wegen Totschlags durch Unterlassen in Tateinheit mit Körperverletzung durch Unterlassen zu vier Jahren Freiheitsstrafe. Der BGH hob die Verurteilung auf. Keinen Rechtsfehler sah der BGH zunächst bei der Anwendung des § 212 Abs. 1 StGB. Denn für den Beginn der Geburt sei grundsätzlich der Zeitpunkt maßgeblich, an dem die Eröffnungswehen einsetzen, weshalb eine Strafbarkeit nach § 218 StGB hier richtigerweise nicht mehr in Betracht komme. Als rechtsfehlerhaft erwiesen sich allerdings die Feststellungen zum Tötungsvorsatz. Denn ein Unterlassen sei nur dann ursächlich für den Erfolg, wenn dessen Eintritt bei Vornahme der gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre. Das LG habe den Vorsatz, das Abfinden mit dem Tod des Kindes, allerdings erst für einen Zeitpunkt festgestellt, in dem nur noch eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Rettung des Kindes bestanden habe.

BGH 6 StR 179/23, Urt. v. 29.11.2023 (Verabredung zur Verbrechensanstiftung bei noch unbestimmtem Täter)

A suchte eine Person, die gegen Zahlung von bis zu 10.000 Euro bereit war, seinen Nachbarn wegen des zwischen ihnen bestehenden Zerwürfnisses so schwer zu verletzen, dass er als Pflegefall aus dem Nachbarhaus würde ausziehen müssen. Dabei hielt er es für möglich, dass N unter Arg- und Wehrlosigkeit getötet werden würde. A bevorzugte eine Brandstiftung, um eine Rückkehr sicher auszuschließen. Um hierfür an Kontakte zu gelangen, wandte er sich an B. Gemeinsam verabredeten sie die Suche nach einem Täter, wobei sich B das Anliegen des A zu eigen machte. B war bewusst, dass durch sein Tätigwerden ein Täter gefunden würde und die Tat durchgeführt werden könnte. B vermittelte drei Personen an A. A stellte seine Bemühungen allerdings wegen möglicher polizeilicher Ermittlungen vorerst ein. Er hielt sich ein späteres Wiederaufgreifen der Verhandlungen zur Beauftragung Dritter aber offen. Das LG hat eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zu einem Verbrechen verneint.

Der BGH hob das Urteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer des LG zurück. Die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB setze eine vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen voraus, gemeinschaftlich einen Dritten zur Begehung eines bestimmten Verbrechens anzustiften. Die in Aussicht genommene Tat müsse zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen, nicht aber bereits in allen Einzelheiten festgelegt sein. Der Verwirklichung stehe auch nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Übereinkunft die Person des präsumtiven Täters noch nicht feststehe und unklar sei, ob überhaupt ein solcher gefunden und bestimmt werden könne. Daran gemessen würden die Urteilsgründe des LG aber gerade eine verabredete Anstiftung tragen.

KG 3 ORs 72/23 – 161 Ss 167/23, Beschl. v. 03.11.2023 (Innere Tatseite bei gemeinschädlicher Sachbeschädigung)

Die Angeklagte A entfernte als Mitglied der Gruppe „Letzte Generation“ zusammen mit weiteren Mittätern eine vor dem Bundeskanzleramt verlegte Gehwegplatte und legte sie daneben ab. Das Amtsgericht verurteilte die A wegen gemeinschädlicher Sachbeschädigung gem. § 304 StGB zu einer Geldstrafe. Das Berufungsgericht bestätigte die Verurteilung. Die dagegen eingelegte Revision zum KG war erfolgreich und führte zu Aufhebung und Zurückverweisung. Eine Sachbeschädigung scheidet nämlich nach Ansicht des KG aus, wenn die Beseitigung der Substanzverletzung oder Funktionseinbuße mit keinem ins Gewicht fallenden Aufwand verbunden sei. Der Täter müsse es entsprechend subjektiv mindestens für möglich gehalten haben, dass deren Beseitigung einen nicht unerheblichen Aufwand erfordere. Demjenigen allerdings, der sich bei Begehung der Tat (§ 16 StGB) über den Beseitigungsaufwand keinerlei Gedanken gemacht habe, fehle das zur Bejahung des Vorsatzes erforderliche Wissenselement. Entsprechende Feststellungen im Urteil seien nur dann entbehrlich, wenn der Tatvorsatz angesichts des Umfangs der Substanzverletzung oder der Funktionsbeeinträchtigung auf der Hand liege. Weil sich die A nach den getroffenen Feststellungen keine Vorstellungen über den Beseitigungsaufwand gemacht habe, entfalle das für die Vorsatzbildung erforderliche Wissenselement.

Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benotungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen, eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden – echte Bedingungen eben.

Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung,

gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?

- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?

- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?

- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?

- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: „Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!“ trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind „weiche“ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser, bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung von Zwischenprüfungsleistungen mit mind. 15 Punkten; von Klausuren und Hausarbeiten aus den Großen Übungen sowie Studienarbeiten mit mind. 14 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

redaktion@hanoverlawreview.de

an.

Ähnliches gilt für die sogenannten “Studienklausuren”. Nach unserem ersten Jahr haben wir uns entschieden, umfangreiche Klausuren und deren Lösungen selbst zu erstellen, zu lektorieren und abzdrukken.

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte)

Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.

Klausur im Grundkurs BGB IV, 17 Punkte

stud. iur. Niklas Hüneburg

Die Klausur ist in der Veranstaltung Grundkurs BGB IV im Sommersemester 2023 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

Fall 1:

Das Grundstück von Caroline (C) grenzt unmittelbar an das Grundstück ihres Nachbarn Nils (N) an. Während C im Urlaub ist, wütet ein schwerer Sturm. Der Sturm beschädigt eine 20 m hohe Eiche auf dem Grundstück der C derart, dass der Baum auf den Anbau der C zu stürzen droht. In dem Anbau befindet sich das Klavierzimmer der C mit ihrem ganzen Stolz: ein wertvoller Flügel.

N, der selbständiger Landschaftsgärtner ist, erkennt die Umsturzgefahr sofort. Da N die C telefonisch nicht erreichen kann, sieht N keine andere Wahl, als die Eiche selbst zu fällen, zumal in den nächsten Tagen weitere heftige Stürme vorhergesagt sind. Nur so lässt sich die Gefahr, dass der Baum auf den Anbau der C stürzt und deren Flügel zerstört, beseitigen.

N ist angesichts seines Berufs mit Baumfällarbeiten sehr erfahren. Als es absolut windstill ist, setzt er sach- und fachgerecht an, die erforderlichen Schnitte am Baum durchzuführen. Währenddessen wird jedoch, was N nicht vorhersehen konnte, die Eiche von einer ungewöhnlich starken Windböe erfasst. Der Baum stürzt daraufhin entgegen der geplanten Fallrichtung über die Grundstücksgrenze auf den Carport des N, der dadurch vollständig zerstört wird.

Als C aus ihrem Urlaub zurückkommt, erzählt N, was passiert ist. N verlangt von C zum einen eine übliche Vergütung von 500 Euro für die von ihm als Landschaftsgärtner durchgeführten Baumfällarbeiten sowie zum anderen 1.000 Euro für seinen zerstörten Carport.

Der Ärger, den C erwartet, ist aber noch nicht vorbei. Kurz vor ihrem Urlaub hatte sie ihr Beet umgegraben und dabei den Gehweg auf ihrem Grundstück mit Erde beschmutzt. Der Postbote Peter (P) rutschte auf der Erde aus und fiel hin. P war in Eile gewesen und hätte durch genaueres Hinschauen die Rutschgefahr erkennen können. Durch den Sturz geht seine Hose im Wert von 50 Euro kaputt.

A. Hat N einen Anspruch auf 500 Euro für die Baumfällarbeiten und auf 1.000 Euro für sein zerstörtes Carport?

B. Hat P einen Anspruch auf Schadensersatz für die kaputte Hose i.H.v. 50 Euro?

Fall 2:

C ist mit ihrer erwachsenen Tochter Tina (T) in der schönen Hannoveraner Innenstadt unterwegs. Als die beiden auf einem Fußgängerweg entlang schlendern, wird T von dem Fahrradfahrer Fridolin (F) erfasst. Dieser war auf dem baulich nicht abgetrennten Radweg mit seinem Rennrad mit einer hohen Geschwindigkeit unterwegs. Abgelenkt von einer Leuchtreklame hatte er nicht nach vorne geschaut und war vom Fahrradweg abgekommen und auf den Fußgängerweg gefahren, wo er mit T zusammenstieß.

T erleidet schwere Verletzungen in Form von zwei offenen Brüchen und Quetschungen des Bauchraumes. C erleidet durch den Anblick der schweren Verletzungen ihrer Tochter einen – von einem Psychologen später diagnostizierten – Nervenschock, der zu schweren seelischen Beeinträchtigungen führt, welche drei Monate andauern und diese im Alltag stark beeinträchtigen. C fragt sich, ob sie wegen des Nervenschocks einen Anspruch auf Schmerzensgeld habe. F wendet ein, dass er nichts für die, „schwachen Nerven“ der C könne. Eine solche Reaktion sei übertrieben gewesen.

Kann C von F Schmerzensgeld aus § 823 Abs. 1 BGB verlangen?

Gehen Sie auf alle Fragen gutachterlich ein!

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Fall 1:

A. Anspruch des N gegen C auf Ersatz der Kosten für das Carport i.H.v. von 1.000 Euro und auf Vergütung der Baumfällarbeiten i.H.v. 500 Euro gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

N könnte gegen C einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für das Carport i.H.v. 1.000 Euro und auf Vergütung der Baumfällarbeiten gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB i.H.v. 500 Euro haben. Dafür müssten die Voraussetzungen der berechtigten GoA vorliegen.

I. Fremdes Geschäft

N müsste ein fremdes Geschäft getätigt haben. Unter einem Geschäft versteht man alle rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Handlungen mit wirtschaftlichen Folgen. Das Fällen einer Eiche stellt eine tatsächliche Handlung dar. Mithin liegt ein Geschäft vor. Ein Geschäft ist fremd, wenn es zum Pflichten- und Interessenkreis eines anderen gehört. Hier könnte ein objektiv fremdes Geschäft vorliegen. Dieses ist gegeben, wenn das Geschäft nach seinem Erscheinungsbild und Gegenstand für jedermann erkennbar nicht zum Rechtskreis des Handelnden, sondern zum Rechtskreis eines anderen gehört. Das Fällen der Eiche auf dem Grundstück des C fällt für jedermann erkennbar in den Rechtskreis der C. Ein objektiv fremdes Geschäft liegt vor. Demnach hat N ein fremdes Geschäft getätigt.

II. Fremdgeschäftsführungswille

Weiterhin müsste N mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Ein solcher liegt vor, wenn der Geschäftsführer das Geschäft auch subjektiv für einen anderen besorgen wollte. Beim objektiv fremden Geschäft wird der Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Folglich handelte N mit Fremdgeschäftsführungswillen.

III. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

Zudem müsste N ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung gehandelt haben. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung handelt, wer dem Geschäftsherrn gegenüber weder aus Vertrag noch kraft Gesetzes verpflichtet ist. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt besteht zwischen C und N kein vertragliches Schuldverhältnis noch ist er dieser kraft Gesetzes verpflichtet. Insbesondere reicht ein einfaches nachbarschaftliches Verhältnis zur Begründung eines Schuldverhältnisses nicht aus. Somit handelte N ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung.

IV. Übernahme entspricht Interesse und Willen des Geschäftsherrn

Die Übernahme des Geschäfts durch N müsste dem Willen und dem Interesse der C entsprechen. Dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht die Übernahme, wenn sie für diesen objektiv nützlich ist. Durch den Sturm drohte die Eiche auf den Anbau zu stürzen, in dem sich ein wertvoller Flügel befindet. Das Fällen der Eiche verhindert die Zerstörung des Anbaus und des Flügels. Demnach ist die Übernahme des Geschäfts durch N für C objektiv nützlich. Damit entspricht die Übernahme des Geschäfts dem Interesse der C. Willensgemäß ist die Übernahme des Geschäfts, wenn dieser sich mit diesem ausdrücklich oder konkludent einverstanden erklärt hat. N versucht die C anzurufen, um ihren tatsächlichen Willen zu erforschen. Diese ist nicht erreichbar. Damit ist der tatsächliche Wille der C nicht ersichtlich. Jedoch kann die Übernahme des Geschäfts dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen. Der mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn liegt vor, wenn er bei der Berücksichtigung aller Umstände der Geschäftsführung zugestimmt hätte. Dabei entspricht der mutmaßliche Wille regelmäßig dem Interesse. Da es für C objektiv nützlich ist, dass die Eiche zum Schutze ihres Anbaus und des Flügels gefällt wird, hätte sie bei der Berücksichtigung aller Umstände der Geschäftsführung zu-

gestimmt. Damit liegt der mutmaßliche Wille vor. Eine berechnete GoA liegt vor.

V. Rechtsfolge

N müsste Aufwendungen getätigt haben, die er bei der Berücksichtigung der Umstände für erforderlich halten konnte. Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer.

1. Bzgl. der Vergütung i.H.v. 500 Euro

Fraglich ist, ob N einen Anspruch auf die übliche Vergütung für die Baumfällarbeiten i.H.v. 500 Euro verlangen kann. Grundsätzlich stellt eine Vergütung keine Aufwendung dar. Jedoch ist die übliche Vergütung gem. § 1877 Abs. 3 BGB analog ersatzfähig, wenn das Geschäft zum Beruf des Geschäftsführers gehört. Das Fällen einer Eiche gehört zu den Tätigkeiten eines Landschaftsgärtners, der N ist. Damit sind die 500 Euro gem. § 1877 Abs. 3 BGB analog ersatzfähig.

2. Bzgl. des Carports

Fraglich ist, ob es sich bei der Zerstörung um einen grds. nicht ersatzfähigen Schaden handelt. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Beeinträchtigung vermögenswerter und ideeller Interessen. N wollte nicht, dass der Baum auf seinen Carport stürzt. Damit liegt ein Schaden vor. Jedoch könnte es sich um einen risikotypischen Begleitschaden handeln. Dies sind Schäden, die typischerweise bei der Vornahme des Geschäfts auftreten können. Da der Geschäftsführer dennoch das Geschäft freiwillig vornimmt und unter der Berücksichtigung der rechtlichen Wertung des § 110 HGB, sind auch risikotypische Begleitschäden gem. § 670 BGB analog ersatzfähig. Bei dem Fällen eines Baumes bei einem Sturm kann es passieren, dass dieser in die falsche Richtung fällt und etwas beschädigt. Es handelt sich also um einen risikotypischen Begleitschaden. Mithin ist der Schaden i.H.v. 1.000 Euro am Carport gem. § 670 BGB analog ersatzfähig.

VI. Ergebnis

N hat gegen C einen Anspruch i.H.v. 1.000 Euro für das zerstörte Carport und auf die übliche Vergütung i.H.v. 500 Euro.

B. Anspruch des P gegen C auf Schadensersatz für die kaputte Hose i.H.v. 50 Euro gem. § 823 Abs. 1 BGB

P könnte gegen C einen Anspruch auf Schadensersatz für die kaputte Hose gem. § 823 Abs. 1 BGB haben.

I. Rechts- oder Rechtsgutsverletzung

C müsste ein Recht oder ein Rechtsgut i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB des P verletzt haben. Vorliegend kommt eine Eigentumsverletzung in Form einer Substanzverletzung in Betracht. Eine Eigentumsverletzung durch Substanzverletzung liegt vor, wenn eine zunächst intakte Sache körperlich beschädigt oder zerstört wird. Die Hose des P wird zerstört. Eine Verletzung des Eigentumsrechts an der Hose durch Substanzverletzung liegt vor.

II. Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität müsste gegeben sein.

1. Handlung

Dafür bedarf es einer Handlung der C. Eine Handlung unterliegt der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung und ist damit beherrschbar. Sie kann in einem positiven Tun oder Unterlassen liegen. Fraglich ist, ob auf ein positives Tun in Form der Verschmutzung des Weges oder auf ein Unterlassen in Form des Nichtsäuberns abzustellen ist. Für die Abgrenzung ist auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abzustellen. Es ist zunächst nicht unüblich bei Gartenarbeiten den Weg zu verschmutzen, jedoch ist es anschließend geboten, den Weg wieder zu säubern. Damit ist auf ein Unterlassen abzustellen. Es müsste eine Verkehrssicherungspflicht vorliegen. Eine Verkehrssicherungspflicht bedeutet, dass jemand, der in seinem Verantwortungsbereich Gefahren schafft, die notwendigen Vorkehrungen treffen muss, um Gefahren von Dritten abzuwenden. Die Erde führt auf den Gehweg, der vor ihrem Grundstück liegt und damit in ihrem Verantwortungsbereich, zu Rutschgefahren für Fußgänger. Diese Gefahr muss C zum Schutze Dritter beseitigen. Eine Verkehrssicherungspflicht besteht. Diese hat sie auch durch das Nichtsäubern des Weges verletzt.

2. Äquivalenz

Das Unterlassen der C müsste für die Beschädigung der Hose äquivalent kausal sein. Ein Unterlassen ist äquivalent kausal für den Erfolg, wenn eine objektiv gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfele. Hätte C den Weg von der Erde gesäubert, wäre P mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gestürzt und seine Hose wäre nicht zerstört worden. Das Unterlassen der C ist äquivalent kausal.

3. Adäquanz

Das Unterlassen der C müsste auch adäquat kausal für den

Erfolg sein. Eine Handlung ist adäquat kausal, wenn sie generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen und dieser nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit und der allgemeinen Lebenserfahrung liegt. Es liegt nicht völlig fern, dass ein Fußgänger auf einem mit Erde beschmutzten Weg stürzt und seine Hose kaputt geht. Das Unterlassen der C ist adäquat kausal.

4. Schutzzweck der Norm

Der Schutzzweck der Norm müsste vorliegen. Die vom Schädiger verletzte Norm müsste gerade dazu dienen, den eingetretenen Verletzungserfolg zu verhindern. § 823 Abs. 1 BGB schützt vor fremder Beeinträchtigung des Eigentums. Der Schutzzweck der Norm ist gegeben.

III. Rechtswidrigkeit

C müsste rechtswidrig gehandelt haben. Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht indiziert die Eigentumsverletzung die Rechtswidrigkeit. C handelte rechtswidrig.

IV. Verschulden

C müsste die Eigentumsverletzung an der Hose zu verschulden haben. Der Schädiger hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verschulden (§ 276 Abs. 1 BGB). C könnte fahrlässig gehandelt haben. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet (§ 276 Abs. 2 BGB). Bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung hat C vergessen den Weg von der Erde zu befreien und hat somit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt missachtet. Sie handelte fahrlässig. Demnach hat C die Eigentumsverletzung zu verschulden.

V. Rechtsfolge

1. Schaden

P müsste ein Schaden entstanden sein. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ist der Zustand wiederherzustellen, der ohne die Schädigung bestand (§ 249 Abs. 1 BGB). Bei einer Zerstörung eines Gegenstandes durch einen Dritten kann auch der dazu erforderliche Betrag verlangt werden (§ 249 Abs. 2 BGB). Die Hose wurde durch C zerstört. P kann den zur Wiederherstellung erforderlichen Betrag für die Hose gem. § 249 Abs. 2 BGB verlangen.

2. Mitverschulden, § 254 BGB

Dem P könnte ein anspruchminderndes Mitverschulden zur Last fallen. P hätte die Rutschgefahr erkennen können und den Weg meiden können. Eine Quote von 50 % erscheint angemessen.

VI. Ergebnis

P hat gegen C einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 25 Euro gem. § 823 Abs. 1 BGB.

Fall 2:

Anspruch der C gegen F auf Schmerzensgeld gem. § 823 Abs. 1 BGB

C könnte gegen F einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB haben.

I. Rechts- oder Rechtsgutsverletzung

F müsste ein Recht oder ein Rechtsgut i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB der C verletzt haben. Hier kommt eine Gesundheitsverletzung in Betracht. Diese meint die medizinisch erhebliche Störung körperlicher, geistiger oder seelischer Lebensvorgänge, d.h. ein Krankmachen. C erleidet einen Nervenschock durch den Anblick ihrer schwerverletzten Tochter. An eine Gesundheitsverletzung durch einen Nervenschock werden erhöhte Anforderungen gestellt. Die Reaktion muss über das normale Maß an Trauer, Erregung und Bestürzung in vergleichbaren Fällen hinausgehen. Es muss ein behandlungsbedürftiger Zustand erreicht werden mit echtem Krankheitswert. C erleidet schwere seelische Beeinträchtigungen, die über einen erheblichen Zeitraum von drei Monaten bestehen und sie im Alltag beeinträchtigen. Der Zustand erreicht Krankheitswert. Eine Gesundheitsverletzung der C ist gegeben.

II. Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität müsste vorliegen.

1. Handlung

Es müsste eine Handlung des F vorliegen. F fuhr mit einem Rennrad gegen die Tochter der C, die schwer verletzt wurde. Damit liegt eine Handlung vor.

2. Äquivalenz

Die Handlung des F müsste für die Gesundheitsverletzung der C äquivalent kausal sein. Hätte F nicht die T mit dem Rennrad angefahren, hätte diese nicht zwei offene Brüche und Quetschungen im Bauchraum erlitten und daraufhin hätte C keinen Nervenschock beim Anblick bekommen. Die Handlung des F ist äquivalent kausal.

3. Adäquanz

Die Handlung des F müsste für den Nervenschock der C adäquat kausal sein. Es ist nicht völlig unwahrscheinlich, dass beim Zusammenstoß mit einem Rennrad sich eine Person schwer verletzt und andere beim Anblick der Ver-

letzten einen Nervenschock erleiden. Die Handlung des F ist adäquat kausal.

4. Schutzzweck der Norm

Der Schutzzweck der Norm müsste vorliegen. Es darf sich nicht das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht haben. Bei einer Gesundheitsverletzung durch einen Nervenschock wird für die Zurechnung verlangt, dass es sich um einen nahen Angehörigen handelt, der verletzt wurde und die Reaktion darf nicht völlig unverhältnismäßig sein. T ist als Tochter eine nahe Angehörige der C. Unter Berücksichtigung der erheblichen und sichtbaren Verletzungen der T erscheint die Reaktion nicht unverhältnismäßig. Fraglich ist, wie der Umstand zu werten ist, dass C schwache Nerven hat. Der Schädiger hat den Geschädigten in seiner Konstitution zu nehmen. Es wäre unbillig dem Geschädigten aufgrund seines Zustandes, den er nicht beeinflussen kann, zu benachteiligen. Der Schutzzweck der Norm liegt vor.

III. Rechtswidrigkeit

F müsste rechtswidrig gehandelt haben. Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht indiziert die Gesundheitsverletzung der C durch einen Nervenschock die Rechtswidrigkeit. F handelte rechtswidrig.

IV. Verschulden

F müsste die Gesundheitsverletzung der C auch zu verschulden haben. Dabei könnte er fahrlässig gehandelt haben. F fuhr mit hoher Geschwindigkeit mit seinem Rad. Dabei wird er von einer Leuchtreklame abgelenkt und kam auf dem Fußweg, auf dem sich T befand. Darauf folgten die schweren Verletzungen dieser und bei deren Anblick der Schock der C. Somit hat F die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen. Mithin handelte F fahrlässig. Damit liegt ein Verschulden des F vor.

V. Rechtsfolge

1. Schaden

Es müsste ein Schaden vorliegen. Die Beeinträchtigung der C im Alltag stellt ein immaterielles Interesse dar. Ein Schmerzensgeld ist gem. § 253 Abs. 2 BGB ersatzfähig. Insbesondere unter dem Aspekt der langen Dauer der Beeinträchtigung der Gesundheit ist eine billige Entschädigung durch Geld angemessen. Ein Schaden besteht.

2. Mitverschulden, § 254 BGB

Der C könnte ein anspruchminderndes Mitverschulden

gem. § 254 BGB zur Last fallen. C ist nervlich vorgeschädigt. Diese Beeinträchtigung ist jedoch unfreiwillig und kann ihr daher nicht zur Last fallen. Ein Mitverschulden scheidet aus.

VI. Ergebnis

C hat gegen F einen Anspruch auf Schmerzensgeld gem. § 823 Abs. 1 BGB.

ANMERKUNGEN

Das Bestehen einer Handlung im Rahmen der Prüfung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB hätte getrennt von der haftungsbegründenden Kausalität als eigener Prüfungspunkt geprüft werden müssen. Außerdem ist bei Fall 2 § 253 Abs. 2 BGB schon in der Anspruchsgrundlage zu nennen.

17 Punkte

Klausur in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, 14 Punkte

stud. iur. Cora Strecker

Die Klausur ist in der Veranstaltung Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2023 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Priv.-Doz. Dr. Dorothea Magnus, LL.M, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

K, den leichte Übertretungen des Gesetzes reizen, weil bei diesen „Abenteuern“ immer etwas für ihn „rausspringt“, fährt eines schönen Tages mit seinem Fiat spazieren. In einer ruhigen Seitenstraße kommt er an den weit geöffneten Fenstern der Praxis des Internisten Dr. I vorbei. Er verlangsamt die Fahrt, schaut neugierig hinein und sieht, dass das Wartezimmer leer ist. Einem schnellen Entschluss folgend, hält er an und klettert blitzschnell durch eines der Fenster in das Wartezimmer, um zu sehen, ob er von dort nicht etwas mitgehen lassen könnte.

Kaum hat er mit dem forschenden Rundblick begonnen, betritt eine Arzthelferin das Wartezimmer und fordert ihn auf, zur Untersuchung mit ins Sprechzimmer zu kommen. K zögert verduzt und ist unsicher, aber weil er sich nicht verraten will, entschließt er sich mitzugehen. Im Sprechzimmer simuliert er heftige Bauchschmerzen, wird fachgerecht von Dr. I untersucht, erhält am Ende ein Rezept für ein Medikament und geht wieder. Dass er für die Untersuchung nichts bezahlen werde, stand für K von Anfang an außer Zweifel.

Nach diesem doch wenig einträglichen Abenteuer fährt er mit seinem Fiat weiter und hält erst nach zehn Minuten Fahrt wieder an, um noch ein bisschen in der Fußgängerzone herumzuspazieren. Freilich beginnt es nach einer Weile heftig zu regnen.

Er stellt sich im Foyer einer Immobilienfirma unter. Dort hört er, wie der Reisende R sich bei dem Portier P beklagt, dass er noch keine Unterkunft gefunden habe. Da es schon recht spät sei und er einen schweren Koffer habe, sei ihm die weitere Zimmersuche sehr lästig. P erwidert, R solle den Koffer ruhig neben der Portiersloge stehen lassen; er, P, werde aufpassen. R könne dann in Ruhe ein Hotel suchen. Habe er eines gefunden, könne er ja einen Hoteldiener herschicken, um den Koffer abholen zu lassen.

Soweit hört K zu. Dann verschwindet er und eilt ins nahegelegene Hotel „Arabella“. Dort behauptet er, einige Tage bleiben zu wollen, lässt sich einen Hotelbriefbogen geben und schreibt darauf: „Bitte geben Sie, wie vereinbart, dem Überbringer dieses Schreibens meinen bei Ihnen abgestellten Koffer. Herzlichen Dank!“; Unterschrift unleserlich. Den Brief gibt er einem livrierten Hoteldiener, der ihn auftragsgemäß dem P überbringt. P liest und händigt dem Diener das Gepäckstück aus. Dieser bringt es zu K ins Arabella, der seinerseits sofort damit verschwindet. Der Koffer und eine darin befindliche wertvolle Kamera gefallen K gut; beides behält er. Die Kleider findet er zu hässlich; sie landen mitsamt dem persönlichen Rest im Müllcontainer.

Strafbarkeit des K nach dem StGB? Nicht zu prüfen sind die §§ 123 und 267 StGB.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Tatkomplex 1: Behandlungszimmer**A. Strafbarkeit des K gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB**

K könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er versuchte, etwas aus dem Behandlungszimmer des I zu stehlen.

0. Vorprüfung**1. Tatsächliche Nichtvollendung**

Ein vollendeter Diebstahl scheidet am Taterfolg, der Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache.

2. Strafbarkeit des Versuchs, § 23 Abs 1 StGB

Der Versuch ist gem. § 242 Abs. 2 bzw. § 244 Abs. 2 StGB strafbar.

I. Tatentschluss

K müsste Tatentschluss gehabt haben, d.h. Vorsatz bzgl. aller objektiven und subjektiven Merkmale.

1. Tatentschluss bzgl. § 242 Abs. 1 StGB

K müsste vorsätzlich eine fremde bewegliche Sache wegnehmen wollen. Dies sind alle körperlichen Gegenstände, die tatsächlich fortbewegt werden können und nicht im Alleineigentum des Täters stehen oder herrenlos sind. Wegnahme ist der Bruch fremden und Begründen neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen und bestimmt durch die Verkehrsauffassung. Gewahrsam bricht, wer fremden Gewahrsam gegen den Willen des Berechtigten aufhebt und Gewahrsam begründet, wer tatsächliche Sachherrschaft in der Weise erlangt, dass er sie ohne Behinderung des früheren Gewahrsamsinhabers ausüben kann. K kam es gerade darauf an, eine Sache aus dem Wartezimmer des I mitgehen zu lassen. Dadurch wollte er den generellen Gewahrsam des I in der Weise brechen und eigenen begründen, dass er ihn ohne Behinderung des I ausüben konnte. Problematisch ist vorliegend allerdings, dass sich der Vorsatz des K insoweit noch nicht konkretisiert hat, dass er einen bestimmten Gegenstand stehlen wollte. Dies ist indes unbeachtlich, wenn man von einem einheitlichen Stehlwillen ausgeht. K hatte den Vorsatz, fremden Gewahrsam an Is Gegenständen zu brechen. Zudem wollte

sich K zumindest vorübergehend eine eigentümerähnliche Position anmaßen, darauf kam es ihm an und er hatte mithin Aneignungsabsicht. Auch wollte er den K dauerhaft aus seiner Position als Eigentümer verdrängen, er hatte auch Tatentschluss zum Enteignungsvorsatz. K hatte Tatentschluss bzgl. des Zueignungswillens, wusste dass er keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch hat und handelte auch vorsätzlich bzgl. der Rechtswidrigkeit. K hatte Tatentschluss bzgl. § 242 Abs. 1 StGB.

2. Bzgl. § 244 Abs 1 Nr. 3 StGB

K könnte zudem Tatentschluss bzgl. § 244 Abs 1 Nr. 3 StGB haben, dafür müsste er in eine Wohnung einsteigen wollen. Eine Wohnung ist ein Raumgebilde, das Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft dient und den Mittelpunkt der freien Lebensgestaltung darstellt. Hier ist K in das Behandlungszimmer des I geklettert, welches nicht als Lebensmittelpunkt des I angesehen werden kann. Maßgeblich ist die Vertraulichkeit der Kommunikation, welche bei einem Behandlungszimmer nicht bejaht werden kann. K hatte keinen Tatentschluss bzgl. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

II. Unmittelbares Ansetzen

K müsste zur Tat unmittelbar angesetzt haben. Der Täter setzt unmittelbar an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung unmittelbar und ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden. Vorliegend ist problematisch, dass Ks Diebstahlvorsatz noch nicht auf eine bestimmte Sache konkretisiert war. Allerdings ist er bereits durch das Fenster geklettert und hat bereits in der Vergangenheit rechtswidrig gehandelt, mithin dürfte seine Hemmschwelle so niedrig sein, dass er bereits subjektiv das „Jetzt geht's los“ überschritten hat. Auch muss man bedenken, dass gerade bei kleineren Gegenständen eine Gewahrsamsenklaue möglich ist, d.h. der Täter die Sache nur einstecken muss, um eine Wegnahme zu vollenden. Es waren mithin keine wesentlichen Zwischenschritte mehr notwendig. K hat unmittelbar angesetzt.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

IV. Persönlicher Strafaufhebungsgrund

Ein persönlicher Strafaufhebungsgrund in Form des Rücktritts gem. § 24 StGB ist nicht ersichtlich.

V. Strafzumessung: Regelbeispiele, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB

Die Strafe könnte sich an § 243 StGB messen, wenn eines der Regelbeispiele vorliegt.

1. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

K könnte zur Ausführung der Tat in einen Dienst- oder Geschäftsraum oder anderen umschlossenen Raum eingestiegen sein. Letzteres ist jedes Raumgebilde, das von Menschen betreten wird und mit Vorkehrungen ausgestattet ist, die Unbefugte abwehren sollen. Einsteigen ist das Hineingelangen auf einen nicht dafür vorgesehenen Weg. Vorliegend ist K durch das Fenster in den Behandlungsraum der Praxis des I geklettert. Grundsätzlich ist dies ein Dienst- oder Geschäftsraum, zumindest aber ein umschlossener Raum. Problematisch ist vorliegend, dass die Fenster weit geöffnet waren und demnach Unbefugte einen leichteren Zugang verschaffen. Dies muss allerdings abgelehnt werden mit dem Argument, dass es typisch für Fenster ist, diese zeitweise offen zu lassen. Eine Strafbarkeit deswegen ausscheiden zu lassen, erscheint unbillig. Durch Fenster zu klettern ist ein nicht dafür bestimmter Weg, einen Raum zu betreten. K hat § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB erfüllt.

2. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

K könnte den versuchten Diebstahl gewerbsmäßig begangen haben. Dies ist die Absicht, sich durch wiederholte Begehung eine Einnahmequelle von gewisser Dauer und gewissem Umfang zu schaffen. K hat bereits in der Vergangenheit rechtswidrig gehandelt, allerdings ist nicht ersichtlich, dass er sich dadurch eine fortlaufende Einnahmequelle schaffen will. Vielmehr reizt ihn nur das Abenteuer. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB ist nicht erfüllt.

3. Quasi-Vorsatz, § 15 StGB analog

Aufgrund der tatbestandsähnlichen Merkmale muss § 15 StGB analog angewandt werden. K handelte vorsätzlich.

4. Kein Ausschluss der Regelwirkung

Es liegt kein Ausschluss der Regelwirkung vor.

VI. Ergebnis

K hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Ergebnis des ersten Tatkomplexes

K ist gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar. Eine Strafbarkeit des K gem. § 246 Abs. 1 StGB tritt formell subsidiär hinter §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB zurück.

Tatkomplex 2: Sprechzimmer

A. Strafbarkeit des K gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des I

K könnte sich gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des I strafbar gemacht haben, indem er die Behandlungskosten nicht zahlte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschen über Tatsachen

K müsste über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist das intellektuelle Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen, das geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen. Tatsachen sind Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind. Vorliegend wirkte der K in der Weise auf Is Vorstellungsbild ein, indem er Bauchschmerzen simulierte. Hierdurch täuschte K den I konkludent über seine Zahlungswilligkeit, eine innere Tatsache der Gegenwart, die dem Beweis zugänglich ist. Nach allgemeiner Auffassung ist es üblich, dass Patienten nach ihrer Behandlung die Kosten dieser auch bezahlen. Indem K sich also behandeln lies, erklärte er konkludent seine Zahlungsbereitschaft, die von Anfang an nicht vorlag. Eine Täuschung über Tatsachen liegt vor.

b) Dadurch Irrtum

Dadurch müsste ein Irrtum bei I entstanden sein, d.h. eine Fehlvorstellung über Tatsachen. I nahm fälschlicherweise an, dass K im Anschluss seiner Behandlung die Kosten bezahlen werde. Er ging davon aus, dass „alles gut ist“, und hatte mithin sachgedankliches Mitbewusstsein und eine Fehlvorstellung über die innere Tatsache, dass K zahlen werden. Ein Irrtum liegt vor.

c) Dadurch Vermögensverfügung

Es müsste eine Vermögensverfügung vorliegen. Das ist jedes freiwillige Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Vorliegend behandelte I den K, was ein freiwilliges Handeln darstellt. Dass K die fällige Forderung aus einem Behandlungsvertrag mit I nicht zahlen wollte, stellt ein Problem des For-

derungsbetrugs dar. Hierfür ist grds. kein Verfügungsbe-
wusstsein des Getäuschten notwendig. Indem der I den
K behandelte, verfügte er über eine seine Arbeitsleistung,
eine Vermögensverfügung liegt vor.

d) Dadurch Vermögensschaden

Es müsste ein Vermögensschaden vorliegen. Dies ist jede
nachteilige Vermögensdifferenz beim Vergleich des Ver-
mögens vor und nach der Verfügung nach dem Prinzip der
Gesamtsaldierung und unter Beachtung einer Schadens-
kompensation. Vorliegend war bereits mit Vertragsschluss
des Behandlungsvertrags das Vermögen des I aufgrund der
Zahlungsunwilligkeit des K gefährdet, es liegt ein Einge-
hungsbetrug vor. I erhält die Gegenleistung für seine Ar-
beitsleistung nicht und erleidet mithin einen Vermögens-
schaden.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsätzliches Handeln

K handelte mit Wissen und Willen aller Tatumstände und
mithin vorsätzlich.

b) Stoffgleiche Bereicherungsabsicht

Es müsste stoffgleiche Bereicherungsabsicht vorliegen.
Bereicherungsabsicht ist die Absicht, sich oder einem
Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen (dol. dir. 1
Gr.). Stoffgleich ist sie, wenn der Vermögensschaden und
-vorteil auf derselben Verfügung beruhen. K hatte von An-
fang an die Absicht, für die Behandlung nichts zahlen zu
wollen und sich somit einen Vorteil zu verschaffen. Dieser
Vorteil beruht auch auf derselben Verfügung wie Is Vermö-
gensschaden. Stoffgleiche Bereicherungsabsicht liegt vor.

c) Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Vorsatz

K wusste, dass er keinen fälligen, durchsetzbaren An-
spruch auf die Behandlungskosten hat. Er handelte vor-
sätzlich bzgl. der Rechtswidrigkeit.

3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis des zweiten Tatkomplexes

K ist strafbar gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu-
lasten des I.

Tatkomplex 3: Koffer

A. Strafbarkeit des K gem. § 263 Abs. 1 StGB gegen- über P und zulasten des R

K könnte sich gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber P und zu-
lasten des R strafbar gemacht haben, indem er durch den
Brief an Ps Koffer gelangte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschen über Tatsachen

K müsste über Tatsachen getäuscht haben. Vorliegend
schrieb K dem P einen Brief, in dem er erklärte, den Koffer
holen zu wollen. Dadurch erklärte K konkludent, Eigentü-
mer des Koffers zu sein. Dies ist eine Tatsache, die dem Be-
weis zugänglich ist. Eine Täuschung über Tatsachen liegt
vor.

b) Dadurch Irrtum

Dadurch müsste ein Irrtum bei P entstanden sein. Dieser
glaubte, K wäre der rechtmäßige Eigentümer und hatte
mithin eine Fehlvorstellung über Tatsachen. Ein Irrtum
liegt vor.

c) Dadurch Vermögensverfügung

Es müsste eine Vermögensverfügung vorliegen. Problema-
tisch ist vorliegend, dass P über fremdes Eigentum, das des
R, verfügte. Fraglich ist, ob R die Freiwilligkeit des Han-
delns des P zugerechnet werden muss und demnach eine
Vermögensverfügung vorliegt.

Eine Ansicht vertritt die sog. „Lagertheorie“, bei der der
Getäuschte im Lager des Geschädigten stehen muss. Vor-
liegend hat P auf den Koffer des R aufgepasst, wodurch
man durchaus annehmen kann, dass P in dessen Lager
steht. Nach dieser Ansicht liegt eine Vermögensverfügung
vor.

Eine andere Ansicht vertritt die sog. „Befugnistheorie“, bei
der der Getäuschte rechtlich dazu befugt sein muss, über
das Vermögen des Geschädigten zu verfügen. Vorliegend
sollte P auf den Koffer des R aufpassen und ihn anschlie-
ßend wieder an R aushändigen (bzw. dessen Hoteldiener).
Dass P den Koffer an Ks Diener aushändigte, überschreitet
diese Befugnis. Eine Vermögensverfügung liegt nicht vor.

Eine dritte Meinung stellt auf ein „faktisches Näheverhält-
nis“ ab. Wenn der Getäuschte faktisch auf das Vermögen
zugreifen kann, wird dem Geschädigten dieses Handeln
zugerechnet. Vorliegend konnte P über Rs Koffer tatsäch-
lich, also rein faktisch, verfügen. Eine Vermögensverfü-

gung liegt auch nach dieser Ansicht vor.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, ein Streitentscheid ist erforderlich. Gegen Die „Lagertheorie“ spricht, dass das sog. „Lager“ kaum feststellbar ist und demnach gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen kann. Gegen das „faktische Näheverhältnis“ spricht, dass eine Ausweitung des Tatbestandes droht, wenn jede faktische Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen dem Berechtigten zugerechnet werden muss. Für die „Befugnistheorie“ spricht, dass es der Rechtsordnung aus dem Zivilrecht bekannt ist, Handlungen eines Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen, wenn es sich innerhalb dieser Befugnis aufhält (vgl. §§ 164 ff. BGB).

Das bessere Argument spricht für die „Befugnistheorie“, eine Vermögensverfügung liegt nicht vor. Vielmehr hatte der R durch sein Wissen des Ortes des Koffers gelockerten Gewahrsam und wollte keinen Gewahrsamswechsel bezwecken.

Es liegt keine Vermögensverfügung vor.

d) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

K hat sich nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber P und zulasten des R strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des K gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

K könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich von P den Koffer hat aushändigen lassen.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Der Koffer steht im Alleineigentum des R, kann fortbewegt werden und ist ein körperlicher Gegenstand. Eine fremde bewegliche Sache liegt vor.

b) Wegnahme

K müsste die Sache weggenommen haben. Problematisch ist vorliegend, dass K nicht selber handelte, sondern P. In Betracht kommt eine Wegnahme durch P als Tatwerkzeug.

Dafür müssten die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vorliegen.

aa) Strafbarkeitsdefizit des Vordermanns

P müsste an einem Strafbarkeitsdefizit leiden, das ihn straflos stellt. Vorliegend handelte P in dem Glauben, der Brief stammte von R. Er hatte mithin keinen Vorsatz bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. P hatte ein Strafbarkeitsdefizit.

bb) Tatherrschaft des Hintermanns

K müsste Tatherrschaft durch eine überlegene Stellung gehabt haben. Tatherrschaft ist nach der Tatherrschaftslehre das vorsätzliche In-den-Händen-Halten des Tatgeschehens. Vorliegend wollte K den P so beeinflussen, dass dieser von dem R als Absender des Briefes ausgeht. Er hielt das Tatgeschehen mithin vorsätzlich in den Händen und hatte Tatherrschaft. Eine subjektive Ansicht bejaht Tatherrschaft dann, wenn der Handelnde die Tat als eigene will. Ist dies nicht der Fall, kommt allenfalls eine Teilnahme in Betracht. K wollte den Koffer und die Tat demnach für sich. Auch nach dieser Ansicht hatte K Tatherrschaft.

Indem P den Koffer an Ks Diener ausgab, hob er den gelockerten Gewahrsam de R gegen dessen Willen auf. Spätestens als K den Koffer selber erhielt, begründete er in der Weise neue Sachherrschaft, die er ohne Behinderung des R ausüben konnte. Eine Wegnahme liegt vor.

c) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

K handelte mit Wissen und Wollen aller Tatumstände und mithin vorsätzlich.

b) Tatherrschaftswille

K wollte den P bewusst lenken und handelte demnach auch mit Tatherrschaftswillen.

c) Zueignungswille

aa) Bzgl. Koffer und wertvoller Kamera

K müsste bzgl. dem Koffer und der Kamera Zueignungswillen gehabt haben, d.h. Aneignungsabsicht (dol. dir. 1. Gr.) und Enteignungsvorsatz (dol. ev.). K wollte sich zumindest vorübergehend eine eigentümerähnliche Stellung bzgl. der beiden Gegenstände anmaßen, er hatte auch dol. dir. 1. Gr. hierfür. Aneignungsabsicht liegt vor.

Zudem wollte er den K dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung verdrängen. Enteignungsvorsatz liegt vor. Zueignungswille ist gegeben. Problematisch ist vorliegend allerdings, dass K die Kamera erst nach dem Öffnen des Koffers sah und sich der Zueignungswille erst hieran erst später bilden konnte. Allerdings ist dem entgegenzuhalten, dass K den Koffer als Ganzes mit seinem Inhalt wegnehmen wollte. K hatte mithin Zueignungswillen bzgl. dem Koffer und der Kamera.

bb) Bzgl. Kleider und persönlichem Rest

K müsste auch Zueignungswillen bzgl. der Kleider und dem persönlichen Rest gehabt haben. Problematisch ist vorliegend, dass K beide Gegenstände letztendlich weggeworfen hat. Zumindest vorübergehend maßte er sich eine Eigentümerstellung an und handelte mit Aneignungsabsicht. Er hatte aber zum Zeitpunkt der Wegnahme nicht die Absicht, diese Gegenstände bloß zu entsorgen. In solchen Fällen wird die Aneignungsabsicht und damit der Zueignungswille regelmäßig verneint. Zum Tatzeitpunkt hatte K auch den Vorsatz, R dauerhaft aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen. Zueignungswille bzgl. der Kleider und dem persönlichen Rest liegt mithin vor.

cc) Zwischenergebnis

Zueignungswille ist gegeben.

d) Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafzumessung: Regelbeispiel, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

Die Strafe könnte sich nach § 243 StGB richten, wenn ein Regelbeispiel erfüllt ist.

1. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

K könnte eine Sache gestohlen haben, die durch ein verschlossenes Behältnis gegen Wegnahme besonders gesichert ist. Vorliegend befanden sich die Kamera, die Kleidung und persönliche Gegenstände im Koffer. Ein verschlossenes Behältnis ist jedes Raumgebilde, das nicht von Menschen betreten wird und die Wegnahme der Sa-

che erheblich erschwert. Mangels Angaben kann nicht von einer besonderen Sicherung gegen Wegnahme ausgegangen werden. Der Koffer dient vielmehr dem Transport der Gegenstände.

2. Zwischenergebnis

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB ist nicht erfüllt.

IV. Ergebnis

K hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des K gem. § 303 Abs. 1 StGB

Indem K die Kleider und die persönlichen Gegenstände des R in den Müllcontainer warf, erfüllte er auch den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB.

D. Ergebnis des 3. Tatkomplexes

K hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB sowie § 303 Abs. 1 StGB in Tateinheit strafbar gemacht. Eine Strafbarkeit des K gem. §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB tritt formell subsidiär hinter §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zurück.

ANMERKUNGEN

Eine insgesamt schöne Klausur. Sie setzen sehr gute Schwerpunkte. Ferner überzeugt Ihre Argumentation. Auf so gut wie alle Probleme gingen Sie in überzeugender Art und Weise ein – Klasse! Als kleinen Tipp sollten Sie sich noch merken, dass in jedem Fall immer der Rücktritt zu prüfen ist. So hätten Sie hier schnell klarstellen können, dass ein fehlgeschlagener Rücktritt vorliegt. Dennoch – machen Sie weiter so!

Rücktritt leider nicht richtig geprüft.

Eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung.

14 Punkte – Gut

Klausur in der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte

stud. iur Patricia Moreno Blanco

Die Klausur ist in der Übung und Vertiefung im öffentlichen Recht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2023 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Veith Mehde, Mag. Rer. Publ., der sich mit der Veröffentlichung einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

Student J spielt leidenschaftlich gerne Tennis. Auf seinem Fußweg zum Sportcampus in der niedersächsischen Stadt S läuft er dabei regelmäßig eine Strecke, die auch über den P-Platz führt. Am 17. Mai 2023 geht er wieder zum Training, wird aber auf dem P-Platz von zwei Polizistinnen angehalten. Sie fordern ihn auf, seinen Personalausweis vorzuzeigen, um seine Personalien festzustellen. J ist überrascht und fragt die Beamtinnen, warum er seine Personalien offenlegen solle, denn ihm sei nichts vorzuwerfen, er wolle nur Tennis spielen. Die Polizistinnen entgegnen, dass es sich beim P-Platz um einen „gefährlichen Ort“ handle und daher die Kontrolle dort gestattet sei. J kommt der Aufforderung zur Aushändigung des Personalausweises zur Personalienfeststellung daraufhin widerwillig nach.

In den folgenden Tagen lässt J die Kontrolle keine Ruhe. J schreibt daraufhin der örtlich zuständigen Polizeidirektion einen Brief, in dem er erfragt, warum genau der P-Platz als „gefährlicher Ort“ eingestuft sei und warum die Festlegung des P-Platzes von der Polizeidirektion als „gefährlicher Ort“ nicht öffentlich gemacht worden sei. Die Polizeidirektion antwortet nach einigen Tagen auf Js Brief wie folgt:

*„Sehr geehrter Herr J,
vielen Dank für Ihre Nachricht. In den letzten Monaten wurde am P-Platz eine massive Zunahme von Straftaten registriert. Dort ist es mehrfach zu Raubüberfällen gekommen. Daher wurde der P-Platz als „gefährlicher Ort“ eingestuft. Die Nichtbekanntmachung der Einstufung des P-Platzes als „gefährlicher Ort“ erfolgte aus polizeitaktischen Gründen.“*

J möchte gegen dieses aus seiner Sicht willkürliche Verhalten der Staatsmacht vorgehen. Aufgrund von Prüfungsstress vergisst J allerdings die Angelegenheit zunächst. Nach einigen Wochen fällt ihm wieder ein, dass er gegen die aus seiner Sicht willkürliche Maßnahme vorgehen möchte. Er erhebt am 23. Juni 2023 Klage beim örtlich zuständigen Verwaltungsgericht.

J trägt zur Begründung vor, dass die Kontrolle vom 17. Mai 2023 unzulässig gewesen sei. Es hätten objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen, dass er entsprechende Straftaten verüben wollte. Dass der P-Platz vorab nicht als „gefährlicher Ort“ bekannt gemacht worden sei, führe ebenfalls zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme, denn ein unbescholtener Bürger wie er müsse doch vorab erkennen können, wo er kontrolliert werde. Unabhängig davon sei die von der Polizei verwendete Ermächtigungsgrundlage so zu verstehen, dass auch an gefährlichen Orten angetroffene Personen nur dann kontrolliert werden können, wenn diese jedenfalls ansatzweise als potenzielle Straftäter in Betracht kämen.

Die Polizeidirektion entgegnet in ihrer Klageerwiderung, dass die Klage des J ohnehin schon unzulässig sei, weil J sie zu spät erhoben habe. Die Bekanntmachung der Einstufung des P-Platzes als „gefährlicher Ort“ sei aus polizeitaktischen Gründen unmöglich gewesen, da dann mit Ausweichbewegungen zu rechnen sei und die Wirksamkeit der Maßnahme folglich gefährdet werde.

Tatsächlich konnten im Rahmen der unangekündigten Kontrollen bereits mehrere gesuchte Räuber identifiziert werden.

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Das Verwaltungsgericht wird der Klage stattgeben, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und die Klage zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen ergibt sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalnorm des § 40 I 1 VwGO. Voraussetzung dafür ist zunächst das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist gegeben, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Streitentscheidend sind vorliegend die Normen des NPOG, insbesondere §§ 13, 14 NPOG. Diese berechtigen einen Hoheitsträger einseitig, sodass nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Da das Durchführen von Kontrollen als eine präventive polizeiliche Maßnahme gilt, scheidet § 23 I EGGVG als abdrängende Sonderzuweisung aus. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

B. Zulässigkeit**I. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Klagebegehren. Vorliegend möchte J gegen die am 17.05.2023 stattgefundene polizeiliche Kontrolle vorgehen. Die Kontrolle erfüllt alle Merkmale eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 I VwVfG i.V.m. § 1 I NVwVfG,¹ insbesondere entfaltet sie eine Regelungs- und Außenwirkung, als die Polizei J zur Aushändigung seiner Ausweisdokumente aufforderte. Zur Aufhebung eines Verwaltungsakts ist grundsätzlich die Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO statthaft. Zu beachten ist allerdings, dass der Verwaltungsakt sich am Tag der Durchführung der Kontrolle bereits vor Klageerhebung erledigt hat, sodass eine Anfechtungsklage gem. § 42 I Alt. 1 VwGO ausscheidet.

Statthaft ist daher eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG ist anerkannt, dass gegen bereits erledigte Verwaltungsakte die Anwendung einer Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO ana-

log möglich ist. Statthafte Klageart ist somit eine analoge Fortsetzungsfeststellungsklage.

II. Klagebefugnis

J müsste gem. § 42 II VwGO analog klagebefugt sein. Das ist der Fall, wenn J in einem subjektiven Recht verletzt worden ist. Als Adressat der Maßnahme kann nach dem Adressatengedanken nicht evident ausgeschlossen werden, dass J nicht in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt ist. J ist folglich klagebefugt.

III. Vorverfahren

Der Streit, ob im Rahmen einer analogen Fortsetzungsfeststellungsklage ein Vorverfahren nach § 68 I 1 VwGO durchzuführen ist, kann wegen § 68 I 2 VwGO i.V.m. § 80 I NJG dahinstehen.

IV. Richtige Klagegegnerin

Nach dem Behördenprinzip ist die Polizeidirektion die richtige Klagegegnerin, § 78 I Nr. 2 VwGO analog i.V.m. § 79 II NJG.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

J ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO als natürliche Person beteiligtenfähig und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Polizeidirektion ist als niedersächsische Landesbehörde gem. § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. §§ 79 I NJG, 87 I Nr. 3 NPOG beteiligtenfähig und gem. § 62 III VwGO prozessfähig, sofern sie von der Polizeipräsidentin als Behördenleiterin vertreten wird.

VI. Klagefrist

Fraglich ist zunächst, ob die in § 74 VwGO geregelte Klagefrist auf Fortsetzungsfeststellungsklagen nach § 113 I 4 VwGO analog Anwendung findet. Diesbezüglich sind unterschiedliche Positionen vertreten.

Einer Ansicht nach ist die Monatsfrist auch auf analoge Fortsetzungsfeststellungsklagen anzuwenden. Dies wird damit begründet, dass es sonst den Klagesteller einen „unendlichen“ Rechtsschutz gewährt wird. Auch ein noch nicht erledigter, belastender Verwaltungsakt sei an Fristen im Rahmen einer Anfechtungsklage gebunden, weshalb es nicht sachgerecht erscheine, einen bereits erledigten Verwaltungsakt an keine Fristen zu binden.

Einer anderen Ansicht nach ist die Monatsfrist auf Fort-

¹ Auf diesen Zusatz wird im Folgenden verzichtet.

setzungsfeststellungsklagen nicht anwendbar. Gegen eine solche Anwendung spreche zum einen der Wortlaut des § 74 VwGO, wonach lediglich Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklagen thematisiert werden. Die Gliederung des 8. Abschnitts der VwGO unterstütze dies durch ein systematisches Argument. Dabei werden besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen festgelegt. Ferner erscheine es unsachgerecht, gegen einen erledigten Verwaltungsakt keine Rechtsschutzmöglichkeiten erlangen zu können. Dies würde einen Verstoß gegen Art. 19 IV GG stellen. Demnach wäre die Monatsfrist gem. § 74 VwGO unbeachtlich. Die besseren Argumente sprechen gegen die erste und gegen die zweite Ansicht. Die Monatsfrist nach § 74 VwGO ist im hiesigen Fall unbeachtlich.

VII. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

J müsste ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Kontrolle haben. Die Kontrollen finden in den folgenden Tagen regelmäßig statt, sodass eine Wiederholungsgefahr für J ersichtlich ist.

VIII. Zuständiges Verwaltungsgericht

Nach § 45 VwGO entscheidet das Verwaltungsgericht im ersten Instanzenzug über alle Streitigkeiten, soweit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Dies ist hier anzunehmen. Die örtliche Zuständigkeit nach § 52 VwGO ist ebenfalls gegeben.

IX. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig und der Verwaltungsweg ist eröffnet.

C. Begründetheit

Die Klage des J gem. § 113 I 4 VwGO analog müsste begründet sein. Das ist sie, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und er J dadurch in seinen Rechten verletzt.

I. Rechtswidrigkeit der Identitätsfeststellung

Die Identitätsfeststellung vom 17.05.2023 müsste rechtswidrig gewesen sein. Sie ist jedenfalls rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage fußt, bei der die formellen und materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gegeben sind.

1. Ermächtigungsgrundlage

Es müsste eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Identitätsfeststellung vorliegen. Aus dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG folgt, dass staatliche Maßnahmen, die einen Grundrechtsträger belasten, grds. einer

ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen. In Betracht kommt § 13 I Nr. 2 lit. a NPOG als Ermächtigungsgrundlage.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Laut Sachverhaltsanhaben hat die örtlich zuständige Polizeidirektion gehandelt. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 1 I 1, 3 NPOG.

b) Verfahren

Das Verfahren müsste ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Problematisch erscheint zunächst, ob eine Anhörung i.S.d. § 28 I VwVfG von Nöten gewesen ist. Als die Personalien von J festgestellt wurden, wurde ihm allerdings mündlich mitgeteilt, dass dies aufgrund der Gefährlichkeit am P-Platz gestattet ist. Insofern könnte diese mündliche Mitteilung als Anhörung angesehen werden. Jedenfalls wäre die fehlende Anhörung nach § 43 I Nr. 3 VwVfG heilbar.

Zunächst zu beachten ist der Umstand, dass seitens der Polizeidirektion nicht bekanntgegeben wurde, dass der P-Platz als „gefährlicher Ort“ eingestuft wurde. Diese besagte Bekanntmachung wird jedoch nicht in § 18 NPOG vorausgesetzt. Auch ist aus Gründen der effektiven Gefahrabwehr sinnvoll, einen „gefährlicher Ort“ nicht öffentlich bekannt zu geben, da ansonsten mit Ausweichbewegungen der potenziellen Straftäter zu rechnen ist. Das Verfahren ist somit eingehalten worden.

c) Form

Es bestehen keine Bedenken gegen die Einhaltung der Formvorschriften.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen müssten erfüllt worden sein. Dies ist der Fall, wenn die zu kontrollierende Person an einem Ort angetroffen worden ist, von dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung verabreden, vorbereiten oder verüben.

aa) Ort

Der P-Platz müsste einen Ort darstellen. Beim P-Platz handelt es sich um eine klar begrenzte Fläche, sodass dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.

bb) Antreffen

Die Polizeibeamten haben J auf dem P-Platz angetroffen.

cc) Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass Straftaten verübt werden

Weiter müssten Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, dass Straftaten am P-Platz verübt werden. Tatsachen sind konkrete Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind. Hierbei ist eine Zukunftsprognose aus ex-ante Sicht durchzuführen. Es ist bereits mehrfach zu Raubüberfällen am P-Platz gekommen, weshalb aus ex-ante Sicht und aus Betrachtung eines besonnenen Polizeibeamten die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts am P-Platz hoch liegt. Die verübten Raubüberfälle am P-Platz sind dem Beweis zugänglich und stellen daher auch Tatsachen dar. Folglich liegen Tatsachen vor, welche die Annahme rechtfertigen, dass am P-Platz Straftaten verübt werden.

dd) Erhebliche Bedeutung

Diese Raubüberfälle müssten eine erhebliche Bedeutung aufweisen. Gem. § 249 i.V.m. § 12 I StGB handelt es sich beim Raub um ein Verbrechen. Außerdem ist aufgrund der Gewaltanwendung die körperliche Unversehrtheit gefährdet, sodass die erhebliche Bedeutung anzunehmen ist.

ee) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 13 I Nr. 2 lit. a NPOG ist erfüllt.

b) Polizeipflichtigkeit

J müsste richtiger Adressat der polizeilichen Maßnahme sein. Grundsätzlich gilt, dass Maßnahmen gegen den Störer zu richten sind. Auf eine Rechtswidrigkeit der Verursachung bzw. auf ein Verschulden kommt es nicht an. Gem. §§ 9, 13 I Nr. 2 lit. b NPOG ist J als angetroffene Person an einem gefährlichen Ort der richtige Adressat der Maßnahme.

Fraglich ist zunächst, ob objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen müssten, dass J diese Straftaten verüben wollte. Aus dem Wortlaut des § 13 I Nr. 2 lit. a NPOG ist allerdings nicht ersichtlich, dass objektive Anhaltspunkte bzgl. des Adressaten der Maßnahme vorliegen müssten. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der Adressat an einem solchen Ort angetroffen ist.

c) Rechtsfolge: Ermessen

Die Norm räumt die Behörde Ermessen ein. Es ist zunächst zu prüfen, ob die Entscheidung ermessensfehlerfrei war.

aa) Entschließungsermessen

Bezüglich des Entschließungsermessens sind keine Ermessensfehler ersichtlich.

bb) Auswahlermessen

Ermessensfehler bzgl. der Störerauswahl sind nicht ersichtlich. Es könnte bzgl. des Mittels eine Ermessensüberschreitung in Form eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorliegen.

(1) Legitimer Zweck

Zweck der polizeilichen Maßnahme war die Verhütung von Gefahren. Dieses Ziel ist legitim.

(2) Geeignetheit

Die Identitätsfeststellung im Rahmen von Kontrollen war geeignet, dieses Ziel zu fördern.

(3) Erforderlichkeit

Andere gleich effektive, mildere Mittel sind nicht ersichtlich.

(4) Angemessenheit

Die Maßnahme müsste in einem angemessenen Verhältnis zum erstrebten Erfolg stehen. Auf einer Seite steht die allgemeine Handlungsfreiheit des J aus Art. 2 I GG und auf der anderen Seite die Verhütung von Straftaten bzw. eine effektive Gefahrenabwehr. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass i.R.d. unangekündigter Kontrollen bereits mehrere gesuchte Räuber identifiziert werden konnten. Überdies sind im Rahmen der Raubüberfälle Gewalttaten involviert, weshalb auch die körperliche Unversehrtheit der Passanten aus Art. 2 II 1 GG sowie des J selbst gefährdet ist. Die Kontrollen kommen also nicht nur den Passanten am P-Platz zu Gute, sondern auch dem J. Dieses Rechtsgut ist als höherrangig zu betrachten, sodass die allgemeine Handlungsfreiheit des J zurücktreten muss. Darüber hinaus ist eine effektive Gefahrenabwehr die Hauptaufgabe der Polizei. Hätte sie nicht gehandelt, würde der Staat möglicherweise gegen seine Schutzpflichten den Bürgern gegenüber verstoßen. Die Kontrollen waren daher auch angemessen.

(cc) Zwischenergebnis

Die Identitätsfeststellung war formell und materiell rechtmäßig.

4. Zwischenergebnis

Die Klage des J ist unbegründet.

D. Gesamtergebnis

Das Verwaltungsgericht wird der Klage nicht stattgeben.

Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

ANMERKUNGEN

Die Prüfung der Zulässigkeit gelang Ihnen vollumfänglich! Auch die Prüfung der Begründetheit konnte überzeugen. Sie bilden sehr gute Schwerpunkte und argumentieren überzeugend - machen Sie weiter so! Lediglich im Rahmen der Angemessenheit hätten Sie noch etwas dezidierter die Interessen abwägen können (dies nur am Rande).

Eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung.

13 Punkte - Gut

Studienarbeit im Vergaberecht, 12 Punkte

Dipl. Jur. Daniel Müller

Die Studienarbeit zum Thema „Rechtsschutz gegen rechtswidrige Vergabesperren“ wurde im Schwerpunkt 6 im Wintersemester 2020/2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt dabei Frau Prof. Dr. Dageförde, die sich mit der Veröffentlichung der Arbeit einverstanden erklärt hat.

AUFGABE

Auf welche Ansprüche können sich Unternehmen stützen, die gegen eine rechtswidrig verhängte Vergabesperre vorgehen möchten? Prüfen Sie die möglichen Ansprüche. Hat die Einführung des neuen Wettbewerbsregisters nach dem Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) möglicherweise Auswirkungen auf Vergabesperren?

BEARBEITUNG

A. Einführung

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe gewinnt stetig an Bedeutung für die berufliche Praxis.¹ Deutlich wird dies etwa am Anteil der öffentlichen Aufträge am Bruttoinlandsprodukt (BIP) der EU, der im Jahr 2017 bei 13,3 % lag.² Die hohen Auftragsvolumina im Vergabewesen in Deutschland³ bedeuten jedoch auch, dass sich für Wirtschaftsteilnehmer Anreize dafür bieten, Aufträge unter Umgehung des Vergaberechts zu erlangen. Nicht zuletzt aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Schäden für den Staat⁴, besteht ein Interesse daran, die Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu sichern und Rechtsverstöße zu sanktionieren. Wie aber können diese Ziele bei der Auftragsvergabe erreicht werden?

Der Ausschluss solcher Unternehmen vom Wettbewerb, die bereits in der Vergangenheit gegen vergaberechtliche Vorgaben verstoßen haben, bietet eine Möglichkeit. Ein Instrument hierfür stellt die sog. Vergabesperre dar, die häufiger Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist.⁵

Wird ein Unternehmen dauerhaft vom Wettbewerb ausgeschlossen, kann dies erhebliche wirtschaftliche Folgen für dessen Existenz haben. Vor diesem Hintergrund besteht wiederum ein Bedürfnis nach ausreichendem Rechtsschutz.

Welche Ansprüche betroffenen Unternehmen gegen

rechtswidrige Vergabesperren zur Verfügung stehen, soll in dieser Arbeit untersucht werden. Dazu werden zunächst die begrifflichen und rechtlichen Grundlagen sowie praktische Probleme von Vergabesperren aufgezeigt (Abschnitt B.). Sodann folgt eine Darstellung der Ansprüche und ihrer prozessualen Durchsetzung (Abschnitt C.). Die Untersuchung legt den Schwerpunkt auf Vergabesperren, die Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des GWB betreffen. Die nach Landesrecht vorgesehenen Vergabesperren⁶ werden nicht näher betrachtet.

Ein weiteres Instrument des Wettbewerbs- und Vergaberechts ist mit dem neuen Wettbewerbsregister geschaffen worden. Welche Auswirkungen Registereintragungen auf die Verhängung von Vergabesperren haben können, soll ebenfalls analysiert werden (Abschnitt D.).

Ausgehend von den genannten Zielen müssen sich Vergabesperren und Wettbewerbsregister daran messen lassen, ob sie im Zusammenspiel effektive Mittel zur Korruptionsbekämpfung und zum Wettbewerbsschutz darstellen (Abschnitt E.).

B. Die Vergabesperre im System des Vergaberechts

Bevor die einzelnen Ansprüche zur Abwehr rechtswidriger Vergabesperren untersucht werden, bedarf es zunächst der Klärung eines allgemeinen Begriffsverständnisses der Vergabesperre und ihrer Einordnung im System des Vergaberechts. Insbesondere soll ein Überblick über die rechtlichen Vorgaben geschaffen werden, die an die Verhängung einer Vergabesperre zu stellen sind.

I. Begriff und Zweckrichtung

1. Begriffsdefinition

Der Begriff der Vergabesperre ist gesetzlich nicht gere-

¹ Burgi, Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 16.

² BT-Drs. 19/12870, S. 4.

³ Zwischen 2010 und 2017 lag das Gesamtvolumen der öffentlichen Aufträge in Deutschland bei 306.877.838.000 Euro, BT-Drs. 19/12870, S. 3.

⁴ Vgl. BKA, Korruption. Bundeslagebild 2019, 2020, S. 25; Fülling, Korruptionsregister. Zwischen Anspruch und Wirklichkeit, 2014, S. 22.

⁵ Schlichting, Die Verfolgung öffentlicher Interessen mithilfe der Vergabesperre, 2018, S. 40.

⁶ In Niedersachsen nach § 15 Abs. 3 NTVergG.

gelt, sondern wurde in der Rechtsprechung und Literatur entwickelt.⁷ Ebenso gebräuchlich ist die Bezeichnung „Auftragssperre“.⁸ Zwar nehmen eine Reihe von Landesvergabegesetzen Bezug auf jeweils einen dieser Begriffe⁹, doch enthalten auch sie keine Legaldefinitionen.

Eine Vergabesperre ist der Ausschluss eines Unternehmens von der Vergabe öffentlicher Aufträge für einen bestimmten Zeitraum.¹⁰ Sie knüpft dabei an Umstände an, die – aus Sicht der öffentlichen Hand – die fehlende Zuverlässigkeit des Betroffenen bei der Durchführung eines Auftrags begründen.

Der Rechtsnatur nach handelt es sich um eine zivilrechtliche Erklärung des öffentlichen Auftraggebers,¹¹ nicht um einen Verwaltungsakt.¹² Eine Einordnung als solcher kommt nur in Betracht, sofern die Vergabestelle ausdrücklich die äußere Handlungsform eines Verwaltungsaktes wählt.¹³

Abzugrenzen ist die Vergabesperre vom vergaberechtlichen Ausschluss i.S.d. §§ 123 f. GWB.¹⁴ Dieser ist in seiner Wirkung auf ein konkretes Vergabeverfahren beschränkt¹⁵ und hindert betroffene Unternehmen nicht, in anderen Verfahren berücksichtigt zu werden. Im Gegensatz dazu schließt die Vergabesperre Unternehmen von sämtlichen Vergabeverfahren einer Vergabestelle innerhalb einer Frist aus.¹⁶ Entsprechend erschöpft sich die Sperre nicht in einer Feststellung der gegenwärtig fehlenden Eignung. Sie trifft vielmehr die Prognose, dass das Unternehmen auch künftig unzuverlässig sein wird.¹⁷

2. Funktionen der Vergabesperre

Das Instrument der Vergabesperre dient primär dazu, Unternehmen nach dem Kriterium der Unzuverlässigkeit von der Auftragsvergabe auszuschließen¹⁸ und die öffentliche Hand so vor ungewollten Vertragsbeziehungen zu schützen.¹⁹ Dieser Zweck korrespondiert mit den Belangen gleicher und fairer Wettbewerbsbedingungen²⁰ und der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Haushaltsführung.²¹ Die normative Grundlage hierfür liefert § 122 GWB, der die Eignungskriterien im Vergabeverfahren regelt. Darüber hinaus können Vergabesperren jedoch auch generalpräventive Zwecke verfolgen²², wie etwa die Verhütung von Straftaten oder Kartellrechtsverstößen. Entscheidend ist dann, ob zwischen der Auftragsvergabe und dem verfolgten Zweck ein sachlicher Zusammenhang besteht.²³

II. Arten von Vergabesperren

1. Einfache und koordinierte Vergabesperren

In Anknüpfung an die jeweils entscheidungsbefugte Vergabestelle²⁴ lassen sich verschiedene Arten von Vergabesperren unterscheiden. Als Grundform kann eine Vergabesperre zunächst von einer einzelnen Vergabestelle verhängt werden, die sich auf die Vergabeverfahren innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs beschränkt. Einer solchen „einfachen“²⁵ oder „vergabestellenbezogenen Vergabesperre“²⁶ kommt eine vergleichsweise geringe Intensität für die be-

⁷ Schlichting (Fn. 5), S. 23.

⁸ Die Begriffe werden synonym verwendet, vgl. nur Friton in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 18. Edition (Stand: 31. 10. 2020), GWB § 126 Rn. 28; anders Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 125 Rn. 25, der zwischen Auftrags- und Vergabesperren differenziert. Zur Wahrung einer einheitlichen Terminologie verwendet die vorliegende Arbeit ausschließlich den Begriff „Vergabesperre“.

⁹ Siehe etwa §§ 10, 11 BbgVergG; § 10 VgG-MV; § 18 LVG LSA; § 18 ThürVG; § 8 Abs. 3 LTMG-BW; § 15 Abs. 3 NTVergG.

¹⁰ Braun in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, § 16 Rn. 50; Opitz in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1. – GWB – 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 126 Rn. 16; ähnlich Sterner, Rechtsschutz gegen Auftragssperren, NZBau 2001, 423 (423).

¹¹ Heiermann, Zivilrechtliche Aspekte einer Auftragssperre, in: Vygen (Hrsg.), Dem Baurecht ein Forum: Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, 1997, 99 (100).

¹² OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006, 845 (846); OVG Münster BeckRS 2016, 46622; Pietzcker, Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Aspekte einer Auftragssperre, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e. V. (Hrsg.), Seminar. Ausschluss von Unternehmern von der Teilnahme am Wettbewerb aus strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher sowie zivilrechtlicher Sicht, 1995, 55 (55).

¹³ VG Düsseldorf, BeckRS 2015, 45979 Rn. 34; Krefßner, Die Auftragssperre im Vergaberecht, 2006, S. 43; Ruthig in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 26. Aufl. 2021, § 40 Rn. 8b.

¹⁴ S. eingehend hierzu Horn/Götz, Ausschluss vom Vergabeverfahren aufgrund von Kartellrechtsverstößen und die vergaberechtliche Selbstreinigung, EuZW 2018, 13 ff.

¹⁵ Wolters/Voss, Rechtsschutz gegen Vergabesperren, VergabeR 2020, 884 (884).

¹⁶ VK Lüneburg BeckRS 2016, 17220.

¹⁷ Schlichting (Fn. 5), S. 26, Sterner (Fn. 10), 423 (423).

¹⁸ Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar. Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A. 4. Teil: Vergabe öffentlicher Aufträge, 2001, Syst. VIII Rn. 1.

¹⁹ Braun in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 50; Ohle/Gregoritz, Grenzen des Anwendungsbereichs von Auftragssperren der öffentlichen Hand – am Beispiel der Gesetzes- und Verordnungslage des Landes Berlin, ZfBR 2003, 16 (16).

²⁰ Vgl. Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 18, der von der Vermeidung sog. „performance risks“ spricht.

²¹ Insoweit spiegeln die Funktionen der Vergabesperre auch die Zwecke des Vergaberechts wider, vgl. dazu Diederichsen/Renner in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 2 f.

²² Offen gelassen bei Braun in: Gabriel/Kohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 51.

²³ So Krefßner (Fn. 13), S. 44 ff. anders Mestmäcker/Bremer, Die koordinierte Sperre im deutschen und europäischen Recht der öffentlichen Aufträge, BB 1995, Beilage 19 zu Heft 50, 21 (26).

²⁴ So auch Burgi, Ausschluss und Vergabesperre als Rechtsfolgen von Unzuverlässigkeit, NZBau 2014, 595 (599), der dies von der Anknüpfung an den öffentlichen Auftraggeber abgrenzt.

²⁵ Schlichting (Fn. 5), S. 28; Wimmer, Zuverlässigkeit im Vergaberecht: Verfahrensausschluss, Registereintrag und Selbstreinigung, 2012, S. 121.

²⁶ Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 29.

troffenen Unternehmen zu. Demgegenüber können auch unterschiedliche Vergabestellen nach Absprache gemeinsam Vergabesperrungen verhängen. Vielfach wird von einer sog. „koordinierten Vergabesperre“ gesprochen²⁷, wobei noch genauer differenziert werden kann: Eine koordinierte Sperre kann durch sämtliche Vergabestellen desselben öffentlichen Auftraggebers²⁸ verhängt werden.²⁹ Denkbar ist jedoch auch, dass sich Vergabestellen verschiedener Auftraggeber absprechen und eine koordinierte Sperre verhängen.³⁰ Beide Varianten der Koordinierung sind in ihrer Wirkung intensiver als einfache Sperrungen³¹ und können erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen für Unternehmen haben.³²

2. Ausdrückliche und interne Vergabesperrungen

Ferner kommen bei der Verhängung diverse Handlungsmodalitäten der Vergabestelle in Betracht: Sie kann das betroffene Unternehmen zunächst anhören und die Vergabesperre sodann ausdrücklich aussprechen.³³ Stellt diese Situation den Regelfall dar³⁴, kommt es jedoch vor, dass sich die Vergabestelle auf eine interne Entscheidung, ein Unternehmen künftig nicht mehr zu berücksichtigen, beschränkt.³⁵ Dies kann sich je nach Verfahrensart in der Weise manifestieren, dass das Unternehmen trotz des wirtschaftlichsten Gebots nicht berücksichtigt wird oder nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wird.³⁶ Schon die tatsächliche Kenntnisnahme von der Sperrung erweist sich in derartigen Fällen als problematisch.

III. Rechtliche Vorgaben für die Verhängung von Verga-

besperren

Für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes maßgeblich ist die rechtliche Einordnung der Vergabesperre. Will man die Rechtmäßigkeit einer solchen beurteilen, ist zunächst zu klären, welche rechtlichen Vorgaben der öffentliche Auftraggeber zu beachten hat. Ausgehend von der zivilrechtlichen Rechtsnatur der Sperre³⁷ stellt sich insbesondere die Frage, ob es für ihre Verhängung einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

1. Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage?

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die Überlegung, dass der Staat bei der öffentlichen Auftragsvergabe die Grundrechte zu beachten hat. Als „Kehrseite“ der Auftragsvergabe³⁸ ist die Vergabesperre dem Bereich fiskalischen Handelns zuzuordnen. Ursprünglich wurde eine über das Privatrecht hinausgehende Bindung für fiskalische Hilfsgeschäfte abgelehnt.³⁹ Dagegen wird heute überwiegend davon ausgegangen, dass auch staatliches Fiskalhandeln grundrechtlichen Bindungen – wenn auch mit Einschränkungen⁴⁰ – unterliegt.⁴¹ Dafür spricht bereits die uneingeschränkte Geltung des Art. 1 Abs. 3 GG.⁴²

Trotz einer solchen grundsätzlichen Bindungswirkung des Verfassungsrechts besteht keine Einigkeit über die Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage. Zwar gibt es spezialgesetzliche Regelungen, die für einzelne Bereiche Vergabesperrungen vorsehen.⁴³ Soweit diese nicht greifen, besteht jedoch keine „einheitliche“ gesetzliche Grundlage für Vergabesperrungen.

²⁷ Höß/Chevalier, (Un-)Zulässigkeit koordinierter Vergabesperrungen?, IBR 2001, 1005 Rn. 2; Pietzcker, Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, 242 (245).

²⁸ Der öffentliche Auftraggeber, dem die Vergabestellen angehören, entspricht hier dem Begriff des Rechtsträgers, z.B. dem Land Niedersachsen.

²⁹ Diese Konstellation legen etwa Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 29 und Mestmäcker/Bremer (Fn. 23), BB 1995, Beil. 19, 1 (4) zugrunde. Teilweise wird auch von einer „intern koordinierten Vergabesperre“ gesprochen, s. Schlichting (Fn. 5), S. 28 f.

³⁰ So Ohle/Gregoritza (Fn. 19), ZfBR 2003, 16 (16); Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (423).

³¹ Burgi (Fn. 24), NZBau 2014, 595 (599).

³² Braun in: Gabriel/Krohn/Neumann (Fn. 10), § 16 Rn. 53; Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 4.

³³ Krefßner (Fn. 13), S. 30.

³⁴ So Ohle/Gregoritza (Fn. 19), ZfBR 2003, 16 (17); Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 15.

³⁵ Pietzcker, Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 107, 61 (86); Schlichting spricht insoweit von „heimlichen Vergabesperrungen“, Verfolgung öffentlicher Interessen, Schlichting (Fn. 5), S. 34 f.

³⁶ Pietzcker (Fn. 35), AöR 107, 61 (86).

³⁷ S. dazu B.I.

³⁸ Krefßner (Fn. 13), S. 43.

³⁹ So noch BGHZ 36, 91 (96) („Gummistrümpfe“) für die öffentliche Beschaffung, die nicht der unmittelbaren Aufgabenerfüllung dient; BVerwGE 5, 325 (329 f.); Emmerich, Die Fiskaltgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, JuS 1970, 332 (338).

⁴⁰ Dafür Pietzcker, in: Seminar (Fn. 12), S. 55 f.; Stober in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 13. Aufl. 2017, § 23 Rn. 42a; dagegen für eine uneingeschränkte Bindung BVerwGE 128, 226 (244).

⁴¹ BKartA NZBau 2000, 53 (53); OLG Düsseldorf DÖV 1981, 537; OLG Brandenburg NVwZ 1999, 1142; Höß/Chevalier (Fn. 27), IBR 2011, 1005 Rn. 56; Pietzcker (Fn. 35), AöR 107, 61 (71 ff.); ders. in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 22; Stoye, Korruptionsprävention durch Vergaberecht. Plädoyer für ein Bundes-Korruptionsregister, 2012, S. 35.

⁴² Vgl. Stoye (Fn. 41), S. 36 ff.

⁴³ So etwa in § 5 SchwarzArbG, § 21 AEntG, § 19 MiLoG, § 98c AufenthG; S. zu landesrechtlichen Vorschriften B.III.3.

a) Vertragsfreiheit der öffentlichen Hand

Rechtsprechung und Teile der Literatur lehnen das Erfordernis einer Rechtsgrundlage ab.⁴⁴ Insbesondere wird dabei der Eingriffscharakter der Vergabesperre verneint, da es sich um eine lediglich zivilrechtliche Erklärung ohne hoheitlichen Charakter handele.⁴⁵

b) Eingriffswirkung der Vergabesperre

Demgegenüber wird teilweise eine gesetzliche Grundlage für erforderlich gehalten.⁴⁶ Der Staat trete trotz der zivilrechtlichen Handlungsform nicht wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer auf, sondern greife mit der Vergabesperre in geschützte Rechtspositionen der Unternehmen ein.⁴⁷

c) Eigene Stellungnahme

Zwar genießt die öffentliche Hand grundsätzlich Privatautonomie, soweit sie zivilrechtliche Verträge mit Marktteilnehmern schließt.⁴⁸ Dies dürfte in erster Linie für die Entscheidung über einen Vertragsschluss sowie für die konkrete Ausgestaltung des Vertrages relevant sein. Bei der Vergabesperre ist die Konstellation eine andere: Durch sie wird dem betroffenen Unternehmen die Teilnahmemöglichkeit am Wettbewerb verweigert.⁴⁹ Während die Berücksichtigung im Rahmen der konkreten Zuschlagerteilung grundrechtlich nicht geschützt ist⁵⁰, begründet der dauerhafte Ausschluss vom Wettbewerb einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit.⁵¹ Entscheidend hierbei ist, dass der Staat die Bedingungen für die Grundrechtsausübung – hier die berufliche Tätigkeit – durch die Vergabe öffentlicher Aufträge selbst bestimmt.⁵² Wird einem Unternehmen der Zugang zum Markt faktisch verwehrt, wird die Berufsfreiheit in ihrer teilhaberechtlichen Dimension betroffen.⁵³ Anders als bei reinen

Berufsausübungsregelungen wird hier von vornherein die Ausübung der Berufsfreiheit faktisch unmöglich gemacht, was erst recht für die Eingriffsqualität spricht.⁵⁴ Dass es sich um eine zivilrechtliche Erklärung und nicht um eine hoheitliche Maßnahme i.S.d. § 35 VwVfG handelt, ändert an der Eingriffswirkung nichts.⁵⁵

d) Zwischenergebnis

Angesichts der besonderen Rolle des Staates bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erscheint es überzeugend, einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit anzunehmen. Darüber hinaus bewirkt die Vergabesperre – mangels Schutzes bloßer Erwerbchancen – zwar keinen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG.⁵⁶ Doch bedarf der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG für sich schon einer Rechtfertigung. Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ist somit eine gesetzliche Eingriffsgrundlage zu fordern. Soweit der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta eröffnet ist⁵⁷, führen Vergabesperren ferner zu einem Eingriff in die von Art. 16 GRCh geschützte unternehmerische Freiheit.⁵⁸

2. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit**a) §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB als Rechtsgrundlage?**

Geht man von der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage aus, so ist zu klären, welche Vorschrift als solche in Betracht kommt.

Keine hinreichende Grundlage bilden die Vorschriften über die Eignungsprüfung in VOB und VgV.⁵⁹ Denkbar wäre die unmittelbare Heranziehung der §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB.⁶⁰ § 126 GWB regelt in Anknüpfung an die §§ 123, 124 GWB ausdrücklich die zulässige Höchstdauer für den Ausschluss von Vergabeverfahren. Darüber hinaus gilt

⁴⁴ KG Berlin NZBau 2012, 56; NZBau 2012, 389; Ohrtmann in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 126 Rn. 16; ähnlich Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 17.

⁴⁵ Pietzcker, in: Seminar (Fn. 12), S. 57.

⁴⁶ Battis/Bultmann, Rechtsprobleme eines Korruptionsregisters – Die Sperre bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ZRP 2003, 152 (153); § 16 Rn. 31; Kaufmann in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht. Handkommentar, 3. Aufl. 2019, GWB § 126 Rn. 33; Niebuhr, Der fakultative Ausschluss vom Vergabeverfahren zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessensentscheidung am Beispiel des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wegen früherer mangelhafter Auftragsausführung, VergabeR 2017, 335 (335); Schlichting (Fn. 5), S. 124 f.

⁴⁷ Vgl. Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 33; Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (885 f.).

⁴⁸ Vgl. Emmerich (Fn. 39), JuS 1970, 332 (337 f.).

⁴⁹ Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 43.

⁵⁰ Vgl. Knöbl (Fn. 49), S. 40; Pietzcker (Fn. 27), NZBau 2003, 242 (244).

⁵¹ Battis/Bultmann (Fn. 46), ZRP 2003, 152 (153); Knöbl (Fn. 49), S. 43; Schlichting (Fn. 5), S. 115 ff.

⁵² Schlichting (Fn. 5), S. 155 f.

⁵³ Schlichting (Fn. 5), S. 115 f. hebt die gleichheitsrechtliche Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG hervor.

⁵⁴ Battis/Bultmann (Fn. 46), ZRP 2003, 152 (153).

⁵⁵ So aber Pietzcker (Fn. 27), NZBau 2003, 242 (244 f.).

⁵⁶ Battis/Bultmann (Fn. 46), ZRP 2003, 152 (155); vgl. auch Knöbl (Fn. 49), S. 48 bzgl. der Vergabeentscheidung.

⁵⁷ Dies ist bei der Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten der Fall, Art. 51 GRCh.

⁵⁸ Schlichting (Fn. 5), S. 123. In diesen Fällen folgt das Erfordernis einer Rechtsgrundlage aus Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh.

⁵⁹ Braun in: Gabriel/Krohn/Neumann (Fn. 10), § 16 Rn. 55.

⁶⁰ VK Lüneburg BeckRS 2016, 17220. Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 31 beschränkt dies auf koordinierte Sperren.

die Höchstdauer in § 126 GWB auch für Vergabesperren außerhalb konkreter Vergabeverfahren.⁶¹ Eine explizite Befugnis zur Verhängung einer Sperre enthält die Vorschrift dagegen nicht. Entsprechend wird die Eignung des § 126 GWB als Rechtsgrundlage abgelehnt.⁶² Neben dem Wortlaut der Norm spricht hierfür, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 126 GWB bewusst auf eine Kodifikation der Vergabesperre verzichtete.⁶³ Überzeugender erscheint daher eine analoge Anwendung der §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB.⁶⁴ So dürfte zumindest von einer Regelungslücke⁶⁵ sowie einer mit dem Ausschluss vergleichbaren Interessenlage auszugehen sein. Andernfalls müssten Vergabesperren mangels Rechtsgrundlage konsequenterweise als rechtswidrig eingestuft werden.⁶⁶

b) Voraussetzungen im Einzelnen

aa) Materiell-rechtliche Anforderungen

Die materiellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Vergabesperren sind in Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden. Mit der Vergaberechtsnovelle sind die Vorschriften über den Ausschluss neu gefasst worden, auf die teilweise auch in der Situation einer Vergabesperre zu rekurren ist.

Eine Vergabesperre setzt die fehlende Zuverlässigkeit des Unternehmens aufgrund eines Fehlverhaltens voraus.⁶⁷ Die Zuverlässigkeit ist kein eigenes Eignungskriterium i.S.d. § 122 GWB.⁶⁸ Begründet wird ihr Fehlen durch das Vorliegen eines Ausschlussgrundes i.S.d. §§ 123, 124 GWB.⁶⁹ Die §§ 123, 124 GWB unterscheiden zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen. Zwingende Gründe sind

etwa die Verurteilung wegen bestimmter Wirtschaftsstraftaten⁷⁰ sowie abgabenrechtliche Verstöße des betroffenen Unternehmens, vgl. §§ 123 Abs. 1 Nr. 4–9, Abs. 4 GWB. Dabei rechtfertigt nicht jeder Ausschlussgrund die fehlende Zuverlässigkeit⁷¹, vielmehr dürfte der jeweilige Ausschlussgrund nach den Umständen des Einzelfalles zu bewerten sein.⁷² Die besondere Eingriffsintensität einer Vergabesperre spricht dafür, besonders hohe Anforderungen an den Nachweis der Unzuverlässigkeit zu stellen.⁷³

Verwirklicht eine natürliche Person einen Ausschlussgrund, muss ihr Verhalten dem Unternehmen nach § 123 Abs. 3 GWB⁷⁴ zugerechnet werden können.

Aufgrund ihrer verfahrensübergreifenden Wirkung erfordert die Vergabesperre zudem eine Prognose über die künftige Unzuverlässigkeit des Unternehmens.⁷⁵ Die Vergabestelle muss also prüfen, inwieweit eine Wiederholungsfahrer bisheriger Fehlverhaltens bei künftigen Verfahren besteht.⁷⁶

Zu beachten ist ferner die zulässige Höchstdauer für Ausschlüsse in § 126 GWB, die auch auf Vergabesperren anwendbar ist.⁷⁷ Sie beträgt im Falle zwingender Ausschlussgründe höchstens fünf, bei fakultativen Gründen höchstens drei Jahre.

Weitere materielle Anforderungen an die Ausgestaltung einer Vergabesperre folgen aus den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit aus Art 20 Abs. 3 GG⁷⁸ und des Willkürverbotes aus Art. 3 Abs. 1 GG.⁷⁹

Schließlich enthalten einige Normen des Kartellrechts spezielle Anforderungen für Vergabestellen, soweit diese eine marktbeherrschende oder überlegene Stellung innehaben.⁸⁰

⁶¹ So auch schon die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/6281, S. 111.

⁶² Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 31 ff.; Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Aufl. 2016, S. 771 Rn. 2508; Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 17.

⁶³ BT-Drs. 18/6281, S. 111.

⁶⁴ So auch Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (886) mit Hinweis auf die allgemein anerkannte Zulässigkeit von Vergabesperren.

⁶⁵ Es muss indes eingeräumt werden, dass Bedenken hinsichtlich der Planwidrigkeit der Regelungslücke bestehen.

⁶⁶ So Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 33 f.

⁶⁷ Braun in: Gabriel/Krohn/Neumann (Fn. 10), § 16 Rn. 56.

⁶⁸ Anders noch § 97 Abs. 1 S. 4 GWB a.F., s. Wimmer (Fn. 25), S. 21 f.

⁶⁹ BT-Drs. 18/6281, S. 101.

⁷⁰ Begriff nach Schlichting (Fn. 5), S. 76.

⁷¹ Vgl. BGH NZBau 2020, 609 (612).

⁷² Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR, 884 (886); ähnlich zur alten Rechtslage Kreßner (Fn. 13), S. 96 ff., der die Qualität der unternehmerischen Verfehlung anhand von Einzelfallkriterien bestimmen will.

⁷³ Braun in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 56.

⁷⁴ Ggf. in analoger Anwendung, soweit die fakultativen Ausschlussgründe nicht ausdrücklich auf § 123 Abs. 3 GWB verweisen, Schlichting (Fn. 5), S. 93.

⁷⁵ Schlichting (Fn. 5), S. 96 m.w.N.

⁷⁶ Kreßner (Fn. 13), S. 105.

⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 111; so auch BGH NZBau 2020, 609 (612); Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 31; Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 17; Pauka in: Münchener Kommentar. Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Bd. 3, Vergaberecht I, 2. Aufl. 2018, GWB § 126 Rn. 1; Stolz in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht. Kommentar, 4. Aufl. 2020, GWB § 126 Rn. 1. A.A.: Braun in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 57; Friton in: BeckOK VergabeR (Fn. 8), GWB § 126 Rn. 30.

⁷⁸ Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 23; Kreßner (Fn. 13), S. 115 ff. befürwortet eine modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung.

⁷⁹ Vgl. BGH NJW 1977, 628 (629 f.); Kreßner (Fn. 13), S. 117 f.

⁸⁰ Vgl. §§ 20, 19 Abs. 1, 2 Nr. 1, 18 GWB, s. dazu C.II.1.a).

bb) Verfahrensrechtliche Anforderungen

Trotz ihrer zivilrechtlichen Einordnung unterliegt die Verhängung einer Vergabesperre rechtsstaatlichen Bindungen. Ähnlich dem Erlass belastender Verwaltungsakte bedarf es einer vorherigen Anhörung des betroffenen Unternehmens analog § 28 Abs. 1 VwVfG.⁸¹ Ebenso hat die Vergabestelle ihre Entscheidung dem Unternehmen schriftlich mitzuteilen⁸² und analog § 39 VwVfG auch zu begründen. Hierfür spricht der Umstand, dass ein erfolgreiches Rechtsschutzersuchen die Kenntnis der die Sperre tragenden Gründe voraussetzt.⁸³

3. Landesrechtliche Vorschriften

Vorschriften über die Verhängung von Vergabesperren finden sich außerdem in den meisten Vergabegesetzen der Länder.⁸⁴ Lediglich in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Schleswig-Holstein gibt es derzeit keine entsprechenden Regelungen.⁸⁵

Oftmals sind Sperren in den Landesgesetzen als Sanktion für Verstöße der Unternehmen gegen Bestimmungen über Tariftreue und Mindestentgelte bei der Auftragsausführung vorgesehen.⁸⁶ So sieht etwa § 15 Abs. 3 NTVergG eine Sperre solcher Unternehmen vor, die grob fahrlässig oder mehrfach gegen die Pflichten aus ihrer abgegebenen Tariftreueerklärung verstoßen. Dem Wortlaut nach ist das Unternehmen in diesen Fällen zwingend für bis zu drei Jahre auszuschließen.⁸⁷ Dagegen ist die Entscheidung über eine Sperre in anderen Ländern in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gestellt.⁸⁸

Besonders hinzuweisen ist auf die Vorschriften einzelner Länder über die Errichtung eines Vergabe- bzw. Korruptionsregisters oder ähnlicher Meldestellen.⁸⁹ Einige sehen von der Eintragung unabhängige Entscheidungen über

Vergabesperren vor⁹⁰, während in wenigen Fällen Eintragungen auch zum Ausschluss des Unternehmens führen sollen.⁹¹

IV. Zwischenfazit: Reformbedarf?

Der Umgang mit Vergabesperren in Verwaltung und Rechtsprechung zeigt, dass überwiegend von der Zulässigkeit dieses Instruments ausgegangen wird.⁹² Dem steht nicht der Befund entgegen, dass es sich bei der Vergabesperre um eine grundrechtsbelastende staatliche Maßnahme handelt. Denn wie gezeigt können die §§ 126 i.V.m. §§ 123, 124 GWB als Rechtsgrundlage analog herangezogen werden.

Gleichwohl stößt die Verhängung von Vergabesperren in der Literatur auf berechtigte Kritik.⁹³ Unabhängig von der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit bestehen nach wie vor Unklarheiten hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen an Vergabesperren. So sind den §§ 123 ff. GWB auch bei analoger Anwendung nur partiell materielle Anforderungen zu entnehmen. Diese sind ihrem Zweck nach für den Ausschluss konzipiert und daher nicht uneingeschränkt auf Vergabesperren übertragbar. Eigene Vorgaben zum Sperrverfahren existieren dagegen nicht. Zwar enthalten zahlreiche Spezialgesetze sowie Vergabegesetze und Verwaltungsvorschriften der Länder detaillierte Vorgaben für ihre Sperren. Diese dienen jedoch in der Regel anderen Gesetzeszwecken bzw. besitzen keine Außenwirkung und können daher nicht als Ersatz für die fehlenden rechtlichen Vorgaben im Anwendungsbereich des GWB dienen.⁹⁴

Insgesamt ergibt sich mithin eine unbefriedigende Situation: Sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für die betroffenen Unternehmen besteht ein Defizit an Rechtsklarheit und -sicherheit. Trotz der möglichen analogen

⁸¹ Pietzcker, in: Seminar (Fn. 12), S. 65f.; vgl. Prieß in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, § 8 Rn. 132; Schlichting (Fn. 5), S. 165 f.; Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (423).

⁸² Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (887).

⁸³ Krefßner (Fn. 13), S. 135.

⁸⁴ Vgl. § 8 Abs. 3 LTMG BW; § 17 Abs. 3 BerlAVG; § 10 Abs. 3 BbgVergG; § 17 Abs. 4 Brem-TtVG; § 6 S. 3 HbgVergG; § 18 Abs. 2, Abs. 3 HessVgG; § 10 Abs. 4 VgG-MV; § 15 Abs. 3 NTVergG; § 7 Abs. 3 LTTG-RP; § 10 Abs. 3 STTG; § 18 Abs. 3 LVG-LSA; § 18 Abs. 3 ThürVgG.

⁸⁵ Während Bayern kein eigenes Landesvergabegesetz erlassen hat, enthielt § 13 TTG-SH a.F. eine Rechtsgrundlage für die Auftragsperren. Das neue VG-SH verzichtet dagegen auf eine Regelung etwaiger Sperren. Auch das neue TVgG NRW sieht keine Vergabesperre vor, anders noch § 12 TVgG NRW a.F.

⁸⁶ Schlichting (Fn. 5), S. 31.

⁸⁷ Vgl. § 15 Abs. 3 NTVergG: „hat der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen [...] auszuschließen“.

⁸⁸ So etwa in § 8 Abs. 3 LTMG BW; § 17 Abs. 4 Brem-TtVG; § 6 S. 3 HbgVergG; § 7 Abs. 3 LTTG-RP. Die übrigen Vergabegesetze enthalten überwiegend Soll-Vorschriften.

⁸⁹ Vgl. § 2 BerlKRG; § 2 BremKorG; § 2 HbgGrfW; § 4 KorruptionsbG NRW; ferner auch VwV „Korruptionsverhütung und -bekämpfung“, Ziff. 3.4.4 (Baden-Württemberg); Gemeinsamer Runderlass zum Ausschluss von Bewerbern und Bietern wegen schwerer Verfehlungen, Ziff. 6 (Hessen); VwV „Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung“, Ziff. 4.3.5 (Rheinland-Pfalz).

⁹⁰ So § 2 Abs. 1 S. 2 BerlKRG; § 6 Abs. 1 HbgGrfW; ähnlich § 4 Abs. 2 S. 1 KorruptionsbG NRW.

⁹¹ So § 6 Abs. 1 BremKorG und § 6 Abs. 2 HbgGrfW.

⁹² Vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 111.

⁹³ Vgl. Leinemann (Fn. 62), S. 773 Rn. 2516.

⁹⁴ Vgl. Burji (Fn. 24), NZBau 2014, 595 (600).

Anwendung der §§ 123 ff. GWB wäre eine eigene gesetzliche Regelung der Vergabesperre wünschenswert.⁹⁵ Diese sollte eigene Gründe für die fehlende Zuverlässigkeit normieren⁹⁶ und in formeller Hinsicht Verfahrensvoraussetzungen insbesondere hinsichtlich einer Sperrerklärung⁹⁷ sowie differenzierte Zuständigkeitsregelungen enthalten.⁹⁸ Auf diese Weise könnte der Gesetzgeber die Handhabung der Vergabesperre in der Praxis erleichtern.

C. Rechtsschutz gegen die rechtswidrige Verhängung von Vergabesperren

Für die von Vergabesperren betroffenen Unternehmen stellt sich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten ihnen gegen die Entscheidung der Vergabestellen zur Verfügung stehen. Probleme ergeben sich bereits bei der Bestimmung der einschlägigen Rechtsbehelfe. Der Schwerpunkt dieser Untersuchung soll jedoch auf den materiell-rechtlichen Abwehrensprüchen liegen. Daneben soll ein Überblick über mögliche Schadensersatzansprüche der Unternehmen gegeben werden.

I. Klärung des Rechtsschutzbegehrens

Vorab bedarf der Klärung, welche verschiedenen Rechtsschutzsituationen im Zusammenhang mit Vergabesperren auftreten können. Danach richtet sich das jeweilige Sachbegehren des betroffenen Unternehmens. Dieses bildet den Ausgangspunkt sowohl für die materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen als auch für die Bestimmung der prozessualen Mittel.⁹⁹

In erster Linie dürften betroffene Unternehmen – mit Blick auf die wirtschaftlichen Folgen – ein Interesse daran haben, gegen bereits verhängte Vergabesperren vorzugehen oder unmittelbar bevorstehende Sperren zu verhindern. Insoweit wird von Primärrechtsschutz gesprochen.¹⁰⁰ Hierbei ist zwischen der Verhängung einer Vergabesperre in einem laufenden Vergabeverfahren und außerhalb eines solchen zu differenzieren.¹⁰¹ Relevant ist diese Unterscheidung für die Rechtswegbestimmung.

Ferner kann das Sachbegehren des Unternehmens auch auf Ersatz des aufgrund einer rechtswidrigen Sperre ent-

standenen Schadens gerichtet sein (sog. Sekundärrechtsschutz).¹⁰²

II. Primärrechtsschutz im laufenden Vergabeverfahren

Im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens stehen den Vergabestellen verschiedene Möglichkeiten offen, um vermeintlich unzuverlässige Bieter vom Wettbewerb auszuschließen. Sie können Bieter von diesem Verfahren nach §§ 123 ff. GWB ausschließen¹⁰³ oder sie auch für ihre künftigen Verfahren sperren. Letztere Konstellation soll hier näher betrachtet werden.

1. Ansprüche gegen rechtswidrige Vergabesperren

In der Regel dürfte es den Bietern darum gehen, eine bereits verhängte Vergabesperre zu beseitigen. Etwaige Ansprüche sind somit auf die Aufhebung der Sperre gerichtet. Es kann jedoch vorkommen, dass ein Bieter eine bevorstehende Vergabesperre verhindern will, weil er von der Absicht der Vergabestelle Kenntnis erlangt hat. Dann ist das Anspruchsziel eine vorbeugende Unterlassung.¹⁰⁴ Fraglich ist, welche Ansprüche Bieter in beiden Fällen geltend machen können, um ihre Teilnahme am Wettbewerb zu erwirken. Es kommen gleichermaßen öffentlich-rechtliche wie zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen infrage.

a) Öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen

aa) Ansprüche aus §§ 33 i.V.m. 19, 18 GWB

Ein Anspruch auf Aufhebung einer verhängten sowie auf Unterlassung einer künftigen Vergabesperre könnte zunächst aus § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. §§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 1, 18 GWB folgen.¹⁰⁵ § 33 GWB unterscheidet zwischen Ansprüchen auf Beseitigung (Abs. 1 1. Alt.), Unterlassung (Abs. 1 2. Alt.) sowie auf vorbeugende Unterlassung (Abs. 2) von Beeinträchtigungen.¹⁰⁶ Somit sind grundsätzlich beide möglichen Rechtsschutzziele eines Bieters erfasst.

Voraussetzung für Ansprüche aus § 33 Abs. 1 GWB ist ein Verstoß gegen eine Vorschrift des ersten Teils des GWB. Möglicher Anknüpfungspunkt für einen solchen im Fall einer Vergabesperre sind die §§ 18, 19 GWB. Ein Verstoß er-

⁹⁵ So auch Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 32; Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (886).

⁹⁶ Dadurch ließen sich insbesondere Unsicherheiten bzgl. der Anwendung einzelner Ausschlussgründe der §§ 123 f. GWB ausräumen, vgl. Schlichting (Fn. 5), S. 154 f.

⁹⁷ Vgl. Schlichting (Fn. 5), S. 162 ff.

⁹⁸ Burgi (Fn. 24), NZBau 2014, 595 (601) plädiert für eine sog. „lead agency“ bei koordinierten Vergabesperren.

⁹⁹ Vgl. zur Bindung der Gerichte an die Anträge § 88 VwGO sowie § 308 Abs. 1 ZPO sowie der Vergabekammern § 168 Abs. 1 GWB.

¹⁰⁰ Krefßner (Fn. 13), S. 136.

¹⁰¹ Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423, (425).

¹⁰² Krefßner (Fn. 13), S. 136.

¹⁰³ S. zur Abgrenzung B.I.

¹⁰⁴ Vgl. Krefßner (Fn. 13), S. 145.

¹⁰⁵ Vgl. Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 20.

¹⁰⁶ Alexander, Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle – Ein Überblick, JuS 2007, 109 (113).

fordert den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Vergabestelle.¹⁰⁷ Wann eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens besteht, bestimmt § 18 GWB, wobei § 33 Abs. 1 GWB zwischen verschiedenen Monopolsituationen differenziert und die Abs. 3, 3a Beurteilungskriterien enthalten. In der Praxis kann sich der Nachweis dieses Merkmals als problematisch erweisen.¹⁰⁸ Denn eine marktbeherrschende Stellung kann nicht ohne Weiteres aufgrund der Zugehörigkeit zur öffentlichen Hand angenommen werden.¹⁰⁹ Sie ist vielmehr für jede Vergabestelle im Einzelfall zu bestimmen.¹¹⁰ Eine Hilfestellung bietet § 18 Abs. 4 GWB, nach dem eine marktbeherrschende Stellung bei einem Marktanteil von mindestens 40 Prozent vermutet wird. Darin liegt eine Beweislastumkehr zugunsten des anspruchstellenden Bieters im Zivilprozess.¹¹¹

Gelingt der Nachweis der marktbeherrschenden Stellung, muss die Vergabestelle diese nach § 19 Abs. 1 GWB missbraucht haben. Beispiele für missbräuchliches Verhalten sind in § 19 Abs. 2 GWB genannt. Ist die verhängte Vergabesperre rechtswidrig¹¹², begründet dies eine unbillige Behinderung sowie eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des Bieters i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.¹¹³ Für einen Verstoß muss die marktbeherrschende Stellung kausal für den wettbewerbsschädlichen Erfolg sein¹¹⁴, was auf eine rechtswidrige Vergabesperre regelmäßig zutreffen dürfte.

Die weitere Anspruchsvoraussetzung der Betroffenheit des Anspruchstellers nach § 33 Abs. 3 GWB ist bereits mit dem Ausschluss des Bieters von künftigen Vergabeverfahren erfüllt.

Will der Bieter die Beseitigung nach § 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GWB erreichen, bedarf es eines gegenwärtigen rechtswidrigen Zustandes.¹¹⁵ Ein solcher wird bei einer rechtswidrigen Vergabesperre regelmäßig zu bejahen sein. Im Fall eines

Unterlassungsanspruchs muss dagegen entweder eine Erstbegehungs- oder eine Wiederholungsgefahr vorliegen. Letztere wird aufgrund eines begangenen Kartellrechtsverstosses grundsätzlich vermutet¹¹⁶, kann aber durch die Vergabestelle widerlegt werden.

bb) Anspruch aus §§ 33 i.V.m. 19, 20 GWB

Über § 33 Abs. 1 GWB kann ferner ein Verstoß gegen die §§ 20 Abs. 1, 2, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu einem Aufhebungs- bzw. Unterlassungsanspruch führen.

Diese erfordern den Missbrauch einer relativen Marktmacht der Vergabestelle.¹¹⁷ Von einer solchen spricht man, soweit kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von einem Unternehmen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen, § 20 Abs. 1 S. 1 GWB. Speziell für Anbieter von Leistungen trifft § 20 Abs. 1 S. 3 GWB eine Vermutung der Abhängigkeit¹¹⁸, soweit ein Nachfrager zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt. Greift die Vermutungsregel nicht, muss die Abhängigkeit eines Unternehmens danach bestimmt werden, ob für den Bieter ausreichende und zumutbare anderweitige Absatzmöglichkeiten existieren.¹¹⁹ Wie auch im Rahmen von § 18 GWB ist dieses Merkmal für jede Vergabestelle im Einzelfall zu prüfen¹²⁰, wobei sich in der Rechtsprechung eine Reihe von Fallgruppen herausgebildet haben.¹²¹ Befindet sich der gesperrte Bieter demnach in einer sortimentsbedingten, unternehmensbedingten, mangelbedingten oder nachfragebedingten Abhängigkeit vom öffentlichen Auftraggeber¹²², muss die Vergabestelle diese Abhängigkeit unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1, Abs. 2 GWB missbraucht haben.

Für die übrigen Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 GWB, insbesondere der Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr,

¹⁰⁷ Lettl, Kartellrecht, 4. Aufl. 2017, § 9 Rn. 28.

¹⁰⁸ Prieß, Rechtsschutz und Ersatzansprüche nicht berücksichtigter Bieter, in: Ipsen (Hrsg.) Öffentliches Auftragswesen im Umbruch, 7. Bad Iburger Gespräche, 1997, 81 (90).

¹⁰⁹ Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (105).

¹¹⁰ Emmerich, Zivilrechtliche Probleme des Ausschlusses von Bewerber, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e. V. (Hrsg.), Seminar. Ausschluss von Unternehmen von der Teilnahme am Wettbewerb aus strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher sowie zivilrechtlicher Sicht, 1995, 27 (38).

¹¹¹ Wolf in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 18 Rn. 81; ähnlich Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht. Bd. 4. Vergaberecht. Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 18 Rn. 197.

¹¹² Etwa wegen fehlender Unzuverlässigkeit des Unternehmens oder wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. B.III.2.b).

¹¹³ Krefßner (Fn. 13), S. 141; vgl. Gröning in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. IV, Rn. 122.

¹¹⁴ Fuchs in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 111), GWB § 19 Rn. 72; Lettl, KartellR (Fn. 107), § 9 Rn. 28.

¹¹⁵ Lettl, KartellR (Fn. 107), § 11 Rn. 64.

¹¹⁶ Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 33 Rn. 16; Franck in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 111), GWB § 33 Rn. 12.

¹¹⁷ Vgl. Bechtold/Bosch, GWB (Fn. 116), § 20 Rn. 11.

¹¹⁸ Lettl, KartellR (Fn. 107) § 9 Rn. 112; Markert in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 111), GWB § 20 Rn. 51 ff; s. zur umstrittenen Frage der Wirkung im Zivilprozess Westermann in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 20 Rn. 49 m.w.N.

¹¹⁹ Lettl, KartellR (Fn. 107), § 9 Rn. 114.

¹²⁰ Krefßner (Fn. 13), S. 74.

¹²¹ Vgl. zu diesen Westermann in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 20 Rn. 28 ff.

¹²² Vgl. Bechtold/Bosch, GWB (Fn. 116), § 20 Rn. 30 ff.

gilt das zuvor Gesagte.¹²³ Bei Vorliegen aller Voraussetzungen kann der betroffene Bieter die Beseitigung der Vergabesperre oder ggf. Unterlassung verlangen.

b) Zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen

aa) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c. i. c.)

Als zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für die Aufhebung einer rechtswidrigen Vergabesperre kommt die Haftung aus *culpa in contrahendo* nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.¹²⁴

Das erforderliche vorvertragliche Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1-3 BGB wird durch die Teilnahme des Bieters an einem konkreten Vergabeverfahren begründet.¹²⁵ Abhängig von der Verfahrensart kann es jeweils mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen¹²⁶, der Stellung eines Teilnahmeantrags¹²⁷ oder der Aufforderung zu Vertragsverhandlungen¹²⁸ entstehen.¹²⁹

Fraglich ist, worin die Verletzung vorvertraglicher Pflichten bei der Verhängung einer Sperre zu sehen ist. Konkretisiert werden die vorvertraglichen Pflichten durch die bieterschützenden Vorschriften der Verdingungsordnungen.¹³⁰ Ursprünglich wurde angenommen, dass nur ein Verstoß gegen solche Vorschriften¹³¹ zu einer vorvertraglichen Pflichtverletzung führt und bei aus sonstigen Gründen rechtswidrigen Vergabesperren kein Anspruch aus c. i. c. besteht.¹³² Indes spricht Vieles dafür, das Vertrauen des Bieters nicht auf die Einhaltung der Vorschriften der Verdingungsordnungen zu beschränken, sondern auch auf die Einhaltung der sonstigen Normen über Vergabesperren außerhalb der Verdingungsordnungen auszudehnen. Denn bei der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ist es

naheliegend, dass der Bieter auf rechtmäßiges Vorgehen der Vergabestelle vertraut – erst recht, wenn es um einen dauerhaften Ausschluss geht. Folglich ist bei einer rechtswidrigen Vergabesperre zugleich von einer vorvertraglichen Pflichtverletzung auszugehen.¹³³

Wird die Pflichtverletzung bejaht, muss die Vergabestelle diese auch nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten haben, also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Das Vertretenmüssen wird grundsätzlich vermutet und dürfte im Fall der rechtswidrigen Sperre regelmäßig erfüllt sein.¹³⁴ Ein etwaiges Verschulden der Behördenbediensteten kann der Vergabestelle über § 278 BGB zugerechnet werden.¹³⁵ Dem Umfang nach ist der Anspruch aus c. i. c. nach § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution gerichtet¹³⁶, sodass die Aufhebung der rechtswidrigen Vergabesperre verlangt werden kann.¹³⁷

bb) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 123 ff. GWB

Ein deliktischer Anspruch auf Aufhebung bzw. Unterlassung könnte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 123 ff. GWB folgen.¹³⁸ Da dies die Anwendbarkeit der Vorschriften des GWB voraussetzt, kann ein solcher Anspruch nur für Verfahren oberhalb der Schwellenwerte wirken.¹³⁹

Entscheidend ist hierfür die Frage, ob die §§ 123 ff. GWB als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren sind. Für die Vorschriften der Verdingungsordnungen wurde dies ursprünglich zwar abgelehnt. Doch seit der Reform des Vergaberechts ist die Schutznormqualität dieser Vorschriften nicht per se auszuschließen.¹⁴⁰ Die §§ 123 ff. GWB besitzen Gesetzesqualität und dienen jedenfalls auch dem Schutz der Bieter nach § 97 Abs. 6 GWB.¹⁴¹ Sie kommen damit grundsätzlich als Schutzgesetze infrage.¹⁴² Geht man hiervon aus, muss die Vergabestelle gegen sie verstoßen haben. Als problematisch erweist sich dabei, dass die

¹²³ C.II.1.a).aa).

¹²⁴ Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 20.

¹²⁵ BVerwGE 129, 9 (13f.); BGH NZBau 2011, 498 (499); KG Berlin NZBau 2012, 56 (59).

¹²⁶ Im Fall des offenen Verfahrens nach § 119 Abs. 3 GWB.

¹²⁷ Im Fall des nichtoffenen Verfahrens nach § 119 Abs. 4 GWB.

¹²⁸ Im Fall des Verhandlungsverfahrens nach § 119 Abs. 5 GWB.

¹²⁹ Zum Ganzen Kreßner (Fn. 13), S. 142, m.w.N.

¹³⁰ BGHZ 120, 281 (284 ff.); Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 27 (51); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (113).

¹³¹ Etwa §§ 7 ff. VOB/A n.F., §§ 17, 18 VOB/A n.F.

¹³² So Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 50 (51 f.); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (113 f.).

¹³³ So im Ergebnis auch Bornheim/Stockmann, Die neuen Vergabevorschriften – Sind auch private Auftraggeber zur europaweiten öffentlichen Vergabe von Bauaufträgen verpflichtet?, BB 1995, 577 (581 f.); ähnlich Kreßner (Fn. 13), S. 142 für Verstöße gegen die Verdingungsordnungen aufgrund einer Sperre.

¹³⁴ Kreßner (Fn. 13), S. 142.

¹³⁵ Kreßner (Fn. 13), S. 142; Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V Rn. 223.

¹³⁶ Vgl. Grüneberg in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 311 Rn. 54.

¹³⁷ Kreßner (Fn. 13), S. 143.

¹³⁸ Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890).

¹³⁹ Vgl. zur Problematik der Einordnung auch Kreßner (Fn. 13), S. 143 f.

¹⁴⁰ Vgl. Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 27 (51 f.); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (114), die die Schutzgesetzqualität je nach Vorschrift differenziert beurteilen wollen.

¹⁴¹ Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2008, 21262.

¹⁴² So auch Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890).

§§ 123 ff. GWB nicht uneingeschränkt auf Vergabesperren anwendbar sind.¹⁴³ Sie bedürfen vielmehr einer differenzierten Betrachtung. Die §§ 123 ff. GWB sind dem Wesen nach auf den Einzelfallausschluss zugeschnitten. Lediglich § 126 GWB bezieht sich auf Vergabesperren und kann unmittelbar auf diese angewandt werden.¹⁴⁴ Insoweit ist ein Verstoß und damit eine Schutzgesetzverletzung möglich.¹⁴⁵ Dagegen erscheinen Verstöße gegen die übrigen Vorschriften mangels unmittelbarer Anwendbarkeit fernliegend.¹⁴⁶

In der Konsequenz ist eine Schutzgesetzverletzung auf die Fälle einer gegen § 126 GWB verstoßenden Vergabesperre beschränkt. In einer solchen Konstellation wird die erforderliche Rechtswidrigkeit durch den Verstoß indiziert.¹⁴⁷

Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog folgt nicht nur ein Beseitigungsanspruch, der die Aufhebung einer Sperre ermöglicht¹⁴⁸, sondern auch ein Unterlassungsanspruch bezüglich künftiger Sperren.

cc) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Weiterhin sind Ansprüche des Bieters aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG denkbar.¹⁴⁹ Ob Art. 3 Abs. 1 GG als Schutzgesetz herangezogen werden kann, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird eine solche Schutzgesetzqualität des allgemeinen Gleichheitssatzes abgelehnt.¹⁵⁰ Entscheidend für die konkrete Konstellation dürfte sein, ob eine unmittelbare Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand besteht.¹⁵¹ Sofern man im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe eine solche annimmt, kommt auch Art. 3 Abs. 1 GG als mögliches Schutzgesetz infrage.¹⁵² Als Gleichheitsgrundrecht dient Art. 3 Abs. 1 GG gerade dem Schutz der Grundrechtsträger, hier also des gesperrten Bieters.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, die sachlich nicht

gerechtfertigt ist, voraus.¹⁵³ Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ist eine bisherige Verwaltungspraxis¹⁵⁴, von der im konkreten Fall abgewichen wird. Dies kann für den betroffenen Bieter zu Schwierigkeiten führen. Die Vergabestelle muss bereits eine Praxis zur Sperrung von Unternehmen in Verfahren entwickelt haben, was nicht immer der Fall ist.¹⁵⁵ Dass es nur wenige gesetzliche Vorgaben für Vergabesperren gibt, erschwert die Konkretisierung von Gleichbehandlungspflichten. Gibt es einschlägige Verwaltungsvorschriften, können diese eine Verwaltungspraxis zwar konkretisieren. Eine solche Praxis dürfte jedoch schwer nachzuweisen sein¹⁵⁶, insbesondere bei bloß intern verhängten Sperren.

Gelingt der Nachweis dennoch, beschränkt sich die Prüfung der Rechtfertigung – jedenfalls bei geringer Intensität der Ungleichbehandlung – auf ein Willkürverbot.¹⁵⁷ Wenn die Vergabestelle also einen sachlichen Grund für ihre Abweichung von der Praxis darlegen kann, ist eine Verletzung ausgeschlossen.¹⁵⁸ Andernfalls kann der Bieter Beseitigung und Unterlassung gemäß § 823 Abs. 2 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog verlangen.

dd) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundfreiheiten

Angesichts der Schutzgesetzqualität des Art. 3 GG ist zu klären, ob auch die unionsrechtlichen Grundfreiheiten¹⁵⁹ über § 823 Abs. 2 BGB zu Ansprüchen des Bieters führen können. Die Grundfreiheiten als solche vermitteln sog. derivative Teilhaberechte, die eine Gleichbehandlung von inländischen Bietern und den Bietern anderer Mitgliedstaaten fordern.¹⁶⁰ Angesichts dieser Schutzwirkung können sie grundsätzlich als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert werden¹⁶¹, wobei die Schutzgesetzqualität im

¹⁴³ S. B.III.2.

¹⁴⁴ Anders aber Friton in: BeckOK VergabeR (Fn. 8), GWB § 126 Rn. 30.

¹⁴⁵ Spindler in: Beck-Online Grosskommentar. BGB (Stand: 1. 11. 2020), § 823 Rn. 382 m.w.N.

¹⁴⁶ Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890).

¹⁴⁷ Vgl. Herrler in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 60.

¹⁴⁸ Krefßner (Fn. 13), S. 143.

¹⁴⁹ Vgl. KG Berlin BeckRS, 34806 Rn. 55.

¹⁵⁰ So Siegel, Das Haushaltsvergaberecht – Systematisierung eines verkannten Rechtsgebiets, VerwArch 107, 1 (18 f.).

¹⁵¹ Vgl. OLG Stuttgart ZfBR 2002, 517 (518).

¹⁵² So OLG Stuttgart ZfBR 2002, 517 (518 f.); vgl. auch Gabriel, Einflussnahme von Unternehmen auf öffentliche Auftragsvergaben: Persuasion, Kollusion oder Korruption?, VergabeR 2006, 173 (178). Offenlassend KG Berlin BeckRS 34806 Rn. 55.

¹⁵³ Kischel in: Beck'scher Online-Kommentar. Grundgesetz, 46. Edition (Stand: 15. 02. 2021), Art. 3 Rn. 14.

¹⁵⁴ Knöbl (Fn. 49), S. 35.

¹⁵⁵ Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (889).

¹⁵⁶ Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (889).

¹⁵⁷ Vgl. Kischel in: BeckOK GG (Fn. 153), Art. 3 Rn. 31.

¹⁵⁸ Vgl. BVerfGE 1, 14 (52); Knöbl (Fn. 49), S. 37.

¹⁵⁹ Je nach Art des öffentlichen Auftrags können unterschiedliche Grundfreiheiten einschlägig sein wie etwa die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) oder die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).

¹⁶⁰ Vgl. Knöbl (Fn. 49), S. 95 f.

¹⁶¹ Bitterich, Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht, 2013, S. 830 f.

Einzel Fall bestimmt werden muss.¹⁶²

Als Vorfrage muss indes die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten untersucht werden. Denn ihr Anwendungsbereich ist sachlich beschränkt: Nur Vergabeverfahren von Binnenmarktrelevanz¹⁶³ ermöglichen die unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten. Erforderlich hierfür ist ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ an einem öffentlichen Auftrag.¹⁶⁴ Der EuGH bestimmt dieses Merkmal nicht nur anhand der wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Auftrags, sondern stellt in einer funktional-qualitativen Betrachtung¹⁶⁵ auf Faktoren wie den Ort der Leistungserbringung oder die technischen Merkmale des Auftrags ab.¹⁶⁶ Die Einordnung eines öffentlichen Auftrags ist demnach eine Frage der Einzelfallumstände und trotz der tendenziell weiten Auslegung durch den EuGH mit einer gewissen Rechtsunsicherheit für Bieter verbunden.¹⁶⁷ Festzuhalten bleibt dennoch, dass es Bietern im Grundsatz möglich ist, sich im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB auf die Grundfreiheiten zu berufen.

ee) Anspruch aus § 826 BGB

Fraglich ist, ob dem betroffenen Bieter ein deliktischer Anspruch aus § 826 BGB zur Verfügung steht.

Der für den Anspruch erforderliche Schaden erfasst jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage¹⁶⁸ und erfasst damit anders als § 823 BGB auch den Verlust bloßer Erwerbchancen.¹⁶⁹ Auf den ersten Blick erscheint diese Haftung für den Bieter vorteilhaft. Denn durch den Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren werden dem Bieter die Chancen auf Zuschlagserteilung, also Erwerbchancen, entzogen, was für einen Vermögensschaden in diesem Sinne genügt.

Allerdings bereitet das Merkmal der Sittenwidrigkeit Probleme.¹⁷⁰ Entsprechend dem Begriff in § 138 BGB fällt darunter ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden

verstößt.¹⁷¹ Schon die Abstraktheit dieser Formel weist auf die Schwierigkeit hin, die Sittenwidrigkeit einer rechtswidrigen Vergabesperre erfolgreich darzulegen. Auch kann nicht per se von der Rechtswidrigkeit des Handelns auf die Sittenwidrigkeit geschlossen werden.¹⁷² Praktisch dürfte dieser Anspruch daher nur Ausnahmefälle erfassen¹⁷³, in denen eine Sperre mit besonders gravierenden Folgen willkürlich verhängt wurde.

Im Übrigen muss die Vergabestelle mit Schädigungsvorsatz gehandelt haben, wofür *dolus eventualis* genügt.¹⁷⁴ Davon, dass die Vergabestelle den Vermögensschaden des Bieters zumindest billigend in Kauf nimmt, wird bei einer sittenwidrigen Sperre auszugehen sein.

Handelt es sich in dem Ausnahmefall um eine sittenwidrige Schädigung, erfasst der Anspruch nach § 826 i.V.m. § 1004 BGB analog die Beseitigung bzw. Unterlassung der Sperre.

ff) Anspruch aus § 823 Abs. 1 i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Ein Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung könnte ferner aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb herzuleiten sein.¹⁷⁵ Dieses ist als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.¹⁷⁶

(1) Subsidiarität

Die Anwendung dieses Rechts wird indes durch seinen Charakter als Auffangtatbestand eingeschränkt.¹⁷⁷ Nach ständiger Rechtsprechung kann nur darauf zurückgegriffen werden, soweit keine abschließenden spezielleren Regelungen einschlägig sind.¹⁷⁸ Ein Rückgriff auf § 823 Abs. 1 BGB ist ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs, der den Sachverhalt abschließend regelt, nicht erfüllt sind.

Als *leges speciales* kommen zunächst die kartellrechtlichen

¹⁶² Bitterich, Vergabeverfahren (Fn. 161), S. 831.

¹⁶³ Ausführlich zum Kriterium der Binnenmarktrelevanz im Vergabeverfahren Meister, In dubio pro Binnenmarktrelevanz? Mehr Transparenz im Unterschwellenbereich – auch bei geringem Auftragswert, NZBau 2015, 757 ff.

¹⁶⁴ EuGH NZBau 2015, 377 (383).

¹⁶⁵ Begriff nach Prieß, Was heißt und welchem Zweck dient das „grenzüberschreitende Interesse“?, NZBau 2015, 57 (58).

¹⁶⁶ Vgl. EuGH NVwZ 2008, 766 (768); NZBau 2015, 377 (381); s. insoweit auch die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 1.8.2006, Dok. 2006/C179/02.

¹⁶⁷ Meister (Fn. 163), NZBau 2015, 757 (760).

¹⁶⁸ RGZ 79, 55 (58); BGHZ 179, 344 (347); Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 826 Rn. 3.

¹⁶⁹ OLG Frankfurt a.M. NZG 2009, 222 (223); OLG Saarbrücken NJW-RR 1987, 500.

¹⁷⁰ Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (889).

¹⁷¹ BGHZ 10, 228 (232); Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 826 Rn. 4.

¹⁷² Vgl. BGHZ 22, 167 (180); BGH NJW 2017, 2613 (2613).

¹⁷³ Vgl. auch Bitterich, Vergabeverfahren (Fn. 162), S. 823 f. zur geringen praktischen Bedeutung des § 826 BGB im Sekundärrechtsschutz.

¹⁷⁴ BGH NJW 1951, 596 (597 f.); Förster in: Beck'scher Online-Kommentar. BGB, 57. Edition (Stand: 01. 02. 2021), § 826 Rn. 32.

¹⁷⁵ Vgl. Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426).

¹⁷⁶ Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 20.

¹⁷⁷ Vgl. BGHZ 59, 30 (34); 65, 325 (328); 105, 346 (350); Sack, Die Subsidiarität des Rechts am Gewerbebetrieb, VersR 2006, 1001 (1003) m.w.N.

¹⁷⁸ BGHZ 69, 128 (138f.); Spindler in: BeckOGK BGB (Fn. 145), § 823 Rn. 213.

Ansprüche aus §§ 33, 18 ff. GWB infrage. Diese stehen Bietern in Verfahren oberhalb der Schwellenwerte zur Verfügung, setzen aber eine marktbeherrschende oder -starke Stellung der Vergabestelle voraus. Besteht eine solche, sind die kartellrechtlichen Ansprüche gegenüber § 823 Abs. 1 BGB vorrangig, andernfalls ist noch an die allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüche zu denken.

Wie gezeigt dürfte die Haftung aus c. i. c. im laufenden Vergabeverfahren in der Regel zum Erfolg führen, soweit die Beseitigung einer Sperre begehrt wird. Dann bleibt für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB kein Raum. Dagegen vermittelt die c. i. c. keinen Unterlassungsanspruch bzgl. drohender Vergabesperren. Ein solcher lässt sich zwar prinzipiell aus dem Deliktsrecht herleiten, doch auch hier gibt es Grenzen: So kann § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 123 ff. GWB nur in Verfahren oberhalb der Schwellenwerte und nur bei Verstößen gegen § 126 GWB¹⁷⁹ wirken. Dieser Anspruch ist somit weder im Unterschwellenbereich gegenüber § 823 Abs. 1 BGB vorrangig, noch bei Vergabesperren, die aus anderen Gründen rechtswidrig sind. Die Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und § 826 BGB sind nicht vergleichbar eingeschränkt, enthalten aber hohe Anforderungen hinsichtlich der notwendigen Schutzgesetzverletzung bzw. der sittenwidrigen Schadenszufügung.¹⁸⁰ Fraglich ist, ob darin gegenüber § 823 Abs. 1 BGB abschließende Regelungen für drohende Vergabesperren zu sehen sind.

Dagegen spricht, dass es dem betroffenen Bieter bei dieser Annahme an einer effektiven Rechtsschutzmöglichkeit fehlen würde.¹⁸¹ So begegnet der Nachweis einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG praktischen Schwierigkeiten. Noch seltener dürfte Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB vorliegen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die in den sonstigen Fällen bestehende Rechtsschutzlücke der Intention des Gesetzgebers entspricht.¹⁸²

Im Ergebnis muss der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB daher zur Verfügung stehen, wenn Bieter im laufenden Vergabe-

verfahren die Unterlassung künftiger Vergabesperren im Unterschwellenbereich fordern. Soweit dagegen die spezielleren Ansprüche des Kartellrechts oder des Zivilrechts hinreichenden Rechtsschutz bieten, ist § 823 Abs. 1 BGB nicht anwendbar.

(2) Betriebsbezogener Eingriff

Inhaltlich bedarf die erforderliche Rechtsverletzung eines betriebsbezogenen Eingriffs in den Gewerbebetrieb des Bieters.¹⁸³ Die relevante Verletzungshandlung muss sich dabei gerade gegen den Betrieb als solchen und seine Organisation richten.¹⁸⁴ Nicht ausreichend sind bloß mittelbare Beeinträchtigungen¹⁸⁵ und solche, die vom Betrieb ablösbare Rechtspositionen betreffen.¹⁸⁶

Ob eine rechtswidrige Vergabesperre einen betriebsbezogenen Eingriff begründet, bedarf der Klärung. Die Frage könnte generell zu verneinen sein¹⁸⁷, wenn aufgrund einer Vergabesperre allein Erwerbs- und Gewinnchancen des Bieters betroffen wären. Diese genießen als solche keinen Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB.¹⁸⁸ Ein Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch würde ausscheiden.

Demgegenüber könnte ein betriebsbezogener Eingriff aufgrund einer rechtswidrigen Vergabesperre zumindest möglich sein.¹⁸⁹ Es käme dann auf die weiteren Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB an.

Stellt man auf die wirtschaftlichen Auswirkungen von Vergabesperren ab, führen diese zum Ausschluss von gegenwärtigen bzw. künftigen Verfahren. Der gesperrte Bieter kann einen möglichen Zuschlag nicht mehr erhalten und verliert dadurch primär eine bloße Erwerbchance. Allerdings erschöpfen sich die Auswirkungen einer Sperre darin nicht. Vielmehr kann sie auch die Reputation des Bieters und seine gegenwärtigen Geschäftsbeziehungen nachhaltig beeinflussen.¹⁹⁰ Insoweit bietet sich eine Differenzierung nach der Art der Sperre¹⁹¹ an. Koordinierte Vergabesperren sind in ihrer Wirkung mit Boykottaufrufen vergleichbar¹⁹², welche grundsätzlich als Fallgruppe

¹⁷⁹ Der Anspruch ist also auf Fälle nach § 126 GWB überlanger Sperren beschränkt.

¹⁸⁰ Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 885 (889).

¹⁸¹ Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890) für sämtliche zivilrechtliche Ansprüche.

¹⁸² Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890 f.).

¹⁸³ Krefßner (Fn. 13), S. 144; vgl. Sack (Fn. 177), VersR 2006, 1001 (1009).

¹⁸⁴ BGHZ 29, 65 (72); 55, 153 (161).

¹⁸⁵ Spindler in: BeckOGK BGB (Fn. 145), § 823 Rn. 207.

¹⁸⁶ BGHZ 29, 65 (74); 86, 152 (156); OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2017, 108580 Rn. 29.

¹⁸⁷ Ähnlich Krefßner (Fn. 13), S. 144 für einfache Vergabesperren.

¹⁸⁸ Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 11.

¹⁸⁹ So BGH NJW 1977, 628 (629); OLG Koblenz, NVwZ-RR 1989, 182; Bitterich, Vergabeverfahren (Fn. 162), S. 824; Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 27 (53); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (115); Knöbl (Fn. 49), S. 92; Schnorbus, Der Schadensersatzanspruch des Bieters bei der fehlerhaften Vergabe öffentlicher Aufträge, BauR 1999, 77 (82); Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426). Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (891). Von der Möglichkeit eines Eingriffs ausgehend KG Berlin NZBau 2012, 56 (59).

¹⁹⁰ Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 885 (891).

¹⁹¹ Zur Typisierung der Sperren s. B.II.1.

¹⁹² Krefßner (Fn. 13), S. 144.

betriebsbezogener Eingriffe anerkannt werden.¹⁹³ Die erheblichen wirtschaftlichen Einbußen legen einen Eingriff zumindest bei koordinierten Sperren nahe.¹⁹⁴ Doch auch eine einfache Sperre dürfte die Gefahr der Stigmatisierung bergen. Verfestigt sich der Eindruck, ein Bieter sei unzuverlässig, ist zu erwarten, dass sich dessen Geschäftspartner abwenden. Insbesondere für kleinere Unternehmen, die nur über einen geringen Kundenstamm verfügen, kann dies existenzbedrohend sein.

Ein mögliches Indiz für die Eingriffsbestimmung ist ferner der Wille des Schädigenden.¹⁹⁵ Dieser ist im Fall einer Sperre darauf gerichtet, die Vergabe öffentlicher Aufträge an den konkreten Bieter künftig zu verhindern. Damit verbunden ist eine Einschränkung des Rechts des Bieters auf Teilnahme am Vergabeverfahren.¹⁹⁶ Der Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe als solcher ist damit keine bloße Nebenfolge der Sperre. Auswirkungen auf die Geschäftsbeziehungen des Bieters dürften zwar nicht von der Vergabestelle gewollt sein. Mit ihnen dürfte aber zumindest dann zu rechnen sein, wenn die Vergabestelle ihre Entscheidung publik macht.

Es stellt sich schließlich die Frage, worin die Funktion des Merkmals der Betriebsbezogenheit liegt. Mit ihm sollen Fälle vom Schutz des § 823 Abs. 1 BGB ausgenommen werden, in denen Unternehmen von einem Schaden nicht anders betroffen sind als gewöhnliche Verkehrsteilnehmer.¹⁹⁷ Davon ist indes bei einer rechtswidrigen Vergabesperre nicht auszugehen. Sie ist eo ipso auf die unternehmerische Tätigkeit des Bieters bezogen, sei es auch nur auf einen Teilbereich. Der Schutz vor einer rechtswidrigen Sperre entspricht daher dem Schutzzweck des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

In der Gesamtschau erscheint es sachgerecht, bei einer drohenden rechtswidrigen Vergabesperre von einem betriebsbezogenen Eingriff i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB auszugehen. Dies muss angesichts der intensiveren Wirkung erst recht für koordinierte Sperren gelten.

(3) Weitere Anspruchsvoraussetzungen

Zu den weiteren Voraussetzungen des Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB zählen die haftungsbegründende Kausalität, die

Rechtswidrigkeit sowie das Vertretenmüssen. Die Rechtswidrigkeit wird anders als in den übrigen Fällen des § 823 Abs. 1 BGB nicht indiziert, sondern setzt eine umfassende Güter- und Interessenabwägung voraus.¹⁹⁸ Zu berücksichtigen ist hierbei neben den betroffenen Grundrechten des Bieters¹⁹⁹ die Rechtswidrigkeit der fraglichen Vergabesperre.²⁰⁰ Im Ergebnis dürfte das Interesse des Bieters an der Teilnahme am Vergabeverfahren bei einer drohenden rechtswidrigen Vergabesperre das Interesse der Vergabestelle am Bestand der Sperre überwiegen.²⁰¹ Rechtsfolge bei Bejahung aller Voraussetzungen ist der quasinegatorische Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog.²⁰²

(4) Zwischenergebnis

In bestimmten Konstellationen – namentlich der drohenden Verhängung einer rechtswidrigen Vergabesperre im laufenden Verfahren unterhalb der Schwellenwerte – liefern die übrigen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen keinen ausreichenden Rechtsschutz. Dann ist an einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu denken. Dessen Schutzwirkung eignet sich für die Situation eines Bieters, dem eine Sperre droht. Im Übrigen, d.h. wenn die speziellen kartellrechtlichen oder zivilrechtlichen Ansprüche einschlägig sind, bleibt für § 823 Abs. 1 BGB kein Raum.

2. Prozessuale Durchsetzung

Bei Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche des Bieters stellt sich die Frage, auf welchem Wege er sie erfolgreich durchsetzen kann.

a) Unterscheidung nach Erreichen der Schwellenwerte

Für den Rechtsschutz gegen eine Sperre im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens kann an die Ausschlusswirkung in diesem Verfahren angeknüpft werden. In dieser Konstellation ist für die Bestimmung des einschlägigen Rechtsbehelfs die Unterscheidung nach den Schwellenwerten des § 106 GWB maßgeblich. Sind die Schwellenwerte überschritten und die Vorschriften des GWB daher

¹⁹³ Vgl. Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 143.

¹⁹⁴ So auch Kreßner (Fn. 13), S. 144.

¹⁹⁵ Vgl. BGHZ 69, 128 (139); 90, 113 (123); Kritisch dazu Förster in: BeckOK BGB (Fn. 174), § 823 Rn. 186.

¹⁹⁶ Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (881). Dieses Recht soll auch für Vergaben im hier relevanten Unterschwellenbereich bestehen.

¹⁹⁷ Wagner in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 369.

¹⁹⁸ BGHZ 45, 296 (307); BGH NJW 2005, 2766 (2770); Förster in: BeckOK BGB (Fn. 174), § 823 Rn. 188; Wagner in: MüKo BGB (Fn. 197), § 823 Rn. 370.

¹⁹⁹ Zur Eingriffswirkung der Vergabesperre siehe unter B.III.1.

²⁰⁰ Vgl. BGH NZBau 2020, 609 (611); Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (892).

²⁰¹ Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (892).

²⁰² Kreßner (Fn. 13), S. 145.

auf das fragliche Vergabeverfahren anwendbar, kann der Bieter ausschließlich im Wege des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens (§§ 155 ff. GWB) gegen die Sperre vorgehen.²⁰³ Es kommt dabei nicht auf den genauen Zeitpunkt der Verhängung an, d.h. der Bieter kann auch solche Sperren überprüfen lassen, die noch vor Beginn des laufenden Vergabeverfahrens ausgesprochen wurden.²⁰⁴ Unterhalb der Schwellenwerte steht das Nachprüfungsverfahren Bieter nicht offen. Ihnen bleibt nur der vorläufige Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten²⁰⁵ und ferner eine Gegenvorstellung bei der Vergabestelle sowie ggf. eine Dienstaufsichtsbeschwerde.²⁰⁶

b) Die Wirkung der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren

Die Vergabekammer besitzt eine umfassende Prüfungs-kompetenz und prüft sowohl vergaberechtliche Vorschriften als auch zivil- und kartellrechtliche Ansprüche.²⁰⁷ Im Fall eines erfolgreichen Nachprüfungsantrags ist jedoch fraglich, welche Reichweite die Entscheidung über eine rechtswidrige Sperre hat. Teilweise wird vertreten, dass die Aufhebung einer Sperre nicht über das laufende Vergabeverfahren hinausgeht.²⁰⁸ Demgegenüber sollte nach dem Zeitpunkt der Verhängung differenziert werden: Sperren, die erst im laufenden Vergabeverfahren verhängt werden, können vollständig aufgehoben, früher verhängte Sperren dagegen nur für im laufenden Vergabeverfahren nicht anwendbar erklärt werden²⁰⁹ und müssten somit gesondert angegriffen werden.²¹⁰ Für letztere Position spricht die Regelung des § 168 Abs. 1 S. 1, 2 GWB²¹¹, nach der die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um Rechtsverletzungen zu beseitigen und „an die Anträge nicht gebunden“ ist.

III. Primärrechtsschutz außerhalb von Vergabeverfahren

Neben der soeben dargestellten Konstellation kann es vorkommen, dass sich Unternehmen außerhalb eines laufenden Vergabeverfahrens gegen eine Vergabesperre wehren möchten. Die Unterschiede, die hierbei gegenüber An-

sprüchen im laufenden Verfahren auftreten, sollen kurz dargestellt werden, ebenso die Spezifika der Rechtsweg-eröffnung.

1. Ansprüche gegen rechtswidrige Vergabesperren

Keine wesentlichen Änderungen ergeben sich für die kartellrechtlichen Ansprüche aus §§ 33 i.V.m. 18 ff. GWB. Es sind die gleichen Anforderungen an die marktbeherrschende bzw. marktstarke Stellung der Vergabestelle²¹² zu beachten.

Anders verhält es sich mit dem Aufhebungsanspruch aus c. i. c.: Ein vorvertragliches Schuldverhältnis kann ohne Teilnahme des Unternehmens an einem konkreten Vergabeverfahren nicht angenommen werden²¹³, sodass dieser Anspruch ausscheidet.

Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 126 GWB können ebenfalls außerhalb laufender Vergabeverfahren geltend gemacht werden, da § 126 GWB gerade unabhängig von einzelnen Vergabeverfahren für Vergabesperren gelten soll.²¹⁴ Gleiches gilt für die weiteren deliktischen Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB sowie § 826 BGB, für die sich außerhalb von Vergabeverfahren keine zusätzlichen rechtlichen Hürden ergeben. Zu beachten ist aber, dass in tatsächlicher Hinsicht erforderliche Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzungen möglicherweise noch schwerer darzulegen sind als in einem laufenden Vergabeverfahren. Insbesondere das schwer fassbare Kriterium der Binnenmarktrelevanz dürfte rein abstrakt für künftige Vergabeverfahren noch schwerer zu bestimmen sein, und auch die ohnehin schwer nachweisbare Sittenwidrigkeit einer Sperre wird ohne einen Bezug zu einem konkreten Auftrag äußerst selten vorliegen.

Angesichts des Wegfalls der Haftung aus c. i. c. können wiederum Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB an Bedeutung gewinnen. Denn die Subsidiarität gegenüber der c. i. c. für Ansprüche auf Beseitigung einer bestehenden Sperre besteht außerhalb eines Verfahrens²¹⁵ nicht mehr. Insoweit besteht wegen des fehlenden vorvertraglichen Schuldverhältnisses ein größerer Bedarf nach effektivem Rechts-

²⁰³ KG Berlin NZBau 2004, 345; Krefßner (Fn. 13), S. 137; Ohrtmann in: Byok/Jaeger, VergabeR (Fn. 44), § 126 Rn. 17.

²⁰⁴ Krefßner (Fn. 13), S. 137. Vgl. auch Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (425), der insoweit von einer Inzidentprüfung ausgeht.

²⁰⁵ Krefßner (Fn. 13), S. 139. Zur Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gegen Vergabesperren siehe C. III. 2.

²⁰⁶ Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (425).

²⁰⁷ Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (425).

²⁰⁸ So Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (887).

²⁰⁹ So auch Krefßner (Fn. 13), S. 138.

²¹⁰ Siehe zum Rechtsschutz außerhalb eines Vergabeverfahrens C.III.2.

²¹¹ Vgl. Krefßner (Fn. 13), S. 138 zu § 114 I GWB a.F.

²¹² Siehe hierzu C.II.1.a), b).

²¹³ KG Berlin BeckRS 2019, 34806 Rn. 46; NZBau 2012, 56 (59); Krefßner (Fn. 13), S. 142.

²¹⁴ S. B.III.2.

²¹⁵ Im laufenden Vergabeverfahren kann die Beseitigung einer verhängten Sperre bereits aus c. i. c. verlangt werden, s. C.II.1.cc).

schutz, dem durch die Auslegung des betriebsbezogenen Eingriffs entsprochen werden kann.

2. Prozessuale Durchsetzung

Grundlegend anders als im laufenden Vergabeverfahren gestaltet sich die prozessuale Durchsetzung dieser Ansprüche. Nach § 156 Abs. 2 GWB können Ansprüche, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern geltend gemacht werden. Daraus folgt, dass das Nachprüfungsverfahren nur für solche Ansprüche eröffnet ist, die zumindest einen Bezug zu einem konkreten Vergabeverfahren haben.²¹⁶ Außerhalb eines Vergabeverfahrens kann eine Vergabesperre mithin nicht nach §§ 155 ff. GWB überprüft werden.²¹⁷ In diesem Fall bestimmt sich der einschlägige Rechtsweg nach den §§ 40 VwGO, 13 GVG.²¹⁸ Da Vergabesperren in aller Regel zivilrechtlicher Natur sind,²¹⁹ wird der ordentliche Rechtsweg und nur im Ausnahmefall der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.²²⁰

IV. Sekundärrechtsschutz

Unabhängig vom Ersuchen von Primärrechtsschutz kann es für gesperrte Unternehmen von Interesse sein, Schadensersatz von der öffentlichen Hand zu verlangen. Die Anspruchsgrundlagen, die ihnen dafür zur Verfügung stehen, korrespondieren weitgehend mit denen des Primärrechtsschutzes.²²¹

Ein besonderer kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch folgt aus § 33a Abs. 1 GWB, der unter den Voraussetzungen des Abwehranspruchs aus § 33 GWB greift. Daneben bestehen die allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 2, 826 BGB sowie aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.²²² Die Haftung aus c. i. c. setzt wie auch im Primärrechtsschutz ein laufendes Vergabeverfahren voraus.²²³ Der Haftungsumfang der genannten Ansprüche erfasst grundsätzlich das positive Interesse, also den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).²²⁴ Für den Haftungserfolg ist

regelmäßig das Merkmal der haftungsausfüllenden Kausalität ausschlaggebend.²²⁵ Abzustellen ist hierbei auf die hypothetische Zuschlagserteilung, d.h. das Unternehmen muss darlegen, dass es den Zuschlag ohne die rechtswidrige Sperre tatsächlich erhalten hätte.²²⁶ Der Nachweis dürfte oft praktische Schwierigkeiten bereiten.²²⁷

Eine weitere Anspruchsgrundlage steht Unternehmen mit § 181 GWB zur Verfügung. Dieser Anspruch ist auf den Ersatz des Vertrauensschadens, also des negativen Interesses beschränkt²²⁸ und ermöglicht die Kostenerstattung für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Voraussetzung ist nach § 181 GWB, dass der Bieter eine „echte Chance“ auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte. Die Anforderungen an die echte Chance sind umstritten²²⁹, wobei der BGH zu einer restriktiven Auslegung neigt.²³⁰

Schließlich ist noch an Amtshaftungsansprüche aus § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu denken.²³¹ Allerdings dürfte es für diese meist an einer hoheitlichen Tätigkeit der Vergabestelle fehlen.²³²

V. Zwischenfazit zu C

Von einer rechtswidrigen Vergabesperre betroffene Unternehmen können auf ein ausdifferenziertes Anspruchssystem zurückgreifen. Rechtliche Schutzlücken, die sich aus der besonderen Natur der kartellrechtlichen Ansprüche und der Haftung aus c. i. c. ergeben, können prinzipiell mit den allgemeineren zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen aufgefangen werden. Dies betrifft insbesondere die Beschränkungen der c. i. c. auf die Geltendmachung eines laufenden Vergabeverfahrens und auf die Beseitigung bestehender rechtswidriger Sperren. Insoweit stellen die Ansprüche des allgemeinen Deliktsrechts adäquate Mittel dar, um einen umfassenden Rechtsschutz zu erreichen. Von wesentlicher Bedeutung ist der Anspruch aus einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dem eine Auffangfunktion im Rechtsschutzsystem der Auftragsvergabe zukommt. Schließlich

²¹⁶ Dittmann in: Ziekow/Völlink (Fn. 77), § 156 Rn. 14.

²¹⁷ LG Düsseldorf BeckRS 2007, 05522; KG Berlin NZBau 2012, 56 (57); Wimmer (Fn. 25), S. 132.

²¹⁸ Kreßner (Fn. 13), S. 140; Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426).

²¹⁹ Siehe zur Rechtsnatur B.I.

²²⁰ Vgl. BVerwGE 5, 325; OLG Frankfurt a.M. WuW 1997, 335; Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 36; Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 20.

²²¹ Kreßner (Fn. 13), S. 147.

²²² Kreßner (Fn. 13), S. 147.

²²³ Kreßner (Fn. 13), S. 147.

²²⁴ Kreßner (Fn. 13), S. 147; Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V, Rn. 241, 294.

²²⁵ Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426f.).

²²⁶ Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V, Rn. 241; Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426).

²²⁷ Ausführlich dazu Kreßner (Fn. 13), S. 149 ff.

²²⁸ Antweiler in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 181 Rn. 23.

²²⁹ Vgl. Lösch in: Ziekow/Völlink (Fn. 77), GWB § 181 Rn. 20; Kreßner (Fn. 13), S. 148 f. zu § 126 GWB a.F.

²³⁰ Vgl. Gröning in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 181 Rn. 13.

²³¹ Vgl. Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426).

²³² Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V, Rn. 300.

bieten die untersuchten Anspruchsgrundlagen die Möglichkeit, Schadensersatz zu fordern. Dass dies unabhängig vom Primärrechtsschutz möglich ist, stärkt die Position rechtswidrig gesperrter Unternehmen.

Dieses begrüßenswerte Rechtsschutzsystem vermag indes in der Praxis nicht immer zum Erfolg bei der prozessualen Durchsetzung führen. Denn es ist festzustellen, dass bei einer Reihe von Anspruchsvoraussetzungen Nachweisschwierigkeiten auftreten können. Dieses Problem ist nicht etwa auf fehlende rechtliche Ausgestaltung zurückzuführen, sondern auf fehlende Tatsachenkenntnis der betroffenen Unternehmen. Auf diesen Umstand können die Unternehmen nur bedingt Einfluss nehmen, da die Kenntnis vom Ablauf eines Sperrverfahrens davon abhängt, wie die Vergabestellen die Vergabesperre in der Praxis handhaben. Das unter Abschnitt B. behandelte Fehlen umfassender gesetzlicher Regelungen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit der Beteiligten tragen hierzu bei.

D. Das neue Wettbewerbsregister und seine Auswirkungen auf Vergabesperren

I. Das Wettbewerbsregistergesetz

1. Entstehungsgeschichte

Am 29.07.2017 ist das Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen in Kraft getreten²³³, welches an die Stelle der Abfrage- und Registrierpflichten öffentlicher Auftraggeber nach SchwarzArbG, ArbEntG, MiLoG und der GewO tritt.²³⁴ Das darin vorgesehene Wettbewerbsregister beendet damit vorerst eine rund 20 Jahre lang geführte Diskussion über die Einführung eines bundeseinheitlichen Korruptionsregisters²³⁵ und ersetzt die bisherigen Register einzelner Länder.²³⁶ Deren unterschiedliche Ausgestaltung und die damit verbunde-

ne uneinheitliche Rechtslage²³⁷ wurde als unbefriedigend empfunden.²³⁸ Dennoch scheiterten mehrere frühere Gesetz- und Referentenentwürfe in der 15., 16. und 17. Wahlperiode.²³⁹

2. Korruptionsvermeidung und Wettbewerbsschutz als Regelungszwecke

Das Ziel des WRegG besteht zum einen in der „wirksamen Bekämpfung und Prävention von Wirtschaftskriminalität“.²⁴⁰ Versteht man Korruption als „Angriff auf die sachgerechte Aufgabenerfüllung durch eine regelwidrige Austauschbeziehung zwischen Geber und Nehmer“²⁴¹, zeigt sich, dass die öffentliche Auftragsvergabe nach wie vor einen korruptionssensiblen Bereich darstellt.²⁴²

Darüber hinaus soll das WRegG den fairen Wettbewerb um öffentliche Aufträge schützen.²⁴³ Insoweit beschränkt sich die Zweckrichtung nicht auf die bloße Korruptionsvermeidung.²⁴⁴ Vielmehr geht es dem Gesetzgeber darum, dass öffentliche Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die keine erheblichen Rechtsverstöße begangen haben.²⁴⁵

Erreicht werden soll dies mit einer erleichterten Bereitstellung von Informationen über Ausschlussgründe i.S.d. §§ 123, 124 GWB an öffentliche Auftraggeber, vgl. § 1 Abs. 2 WRegG. Denn bislang erwies sich die Prüfung von Ausschlussgründen gegen Unternehmen für Vergabestellen oft als praktisch schwierig.²⁴⁶ Gründe hierfür können fehlende Erkenntnisse oder die Abhängigkeit von externen Informationsquellen (etwa Eigenerklärungen der Unternehmen oder Auszüge aus anderen Registern) sein.²⁴⁷

II. Das Konzept des neuen Wettbewerbsregisters

1. Der Status quo

Vergabestellen waren bislang bei der Prüfung von Ausschlussgründen darauf verwiesen, auf Informationen aus

²³³ BGBl. I S. 2739; im Folgenden: Wettbewerbsregistergesetz (WRegG).

²³⁴ Ohrtmann in: Byok/Jaeger (Fn. 44), § 126 Rn. 20; Schaller, Neues Register zum Schutz des öffentlichen Wettbewerbs, LKV 2017, 440 (440).

²³⁵ Meixner, Wettbewerbsregistergesetz: Korruptionsprävention im Vergabeverfahren, DVBl. 2018, 215 (217).

²³⁶ Fülling/Freiberg, Das neue Wettbewerbsregister, NZBau 2018, 259 (260).

²³⁷ Siehe hierzu Fülling (Fn. 4), S. 59 ff.

²³⁸ Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (217).

²³⁹ S. zu den früheren Einführungsversuchen BT-Drs. 16/9780, S. 4, sowie Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 36a und Kreßner (Fn. 13), S. 161 f.

²⁴⁰ BT-Drs. 18/12051, S. 16.

²⁴¹ Stoye (Fn. 41), S. 7.

²⁴² Vgl. BKA, Bundeslagebild (Fn. 4), S. 22 f. Gleichwohl ist festzustellen, dass der Anteil am Gesamtwert erlangter Vorteile von 2018 auf 2019 um fast 50 % zurückgegangen ist, s. BKA, aaO., S. 23.

²⁴³ BT-Drs. 18/12051, S. 16.

²⁴⁴ Fülling unterscheidet begrifflich zwischen „Korruptionsregistern im Wortsinn“ und zentralen Vergaberegistern, s. Fülling (Fn. 4), S. 27.

²⁴⁵ Pfannkuch, Das bundesrechtliche Wettbewerbsregistergesetz – Überblick und Bedeutung im Vergabeverfahren, ZfBR 2018, 342 (342).

²⁴⁶ Vgl. Diederichs, Das Wettbewerbsregister – eine erste Betrachtung, VergabeR 2018, 623 (623); Wolters, Das Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, KriPoZ 2017, 244 (244).

²⁴⁷ Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (218); vgl. Wirth, Das neue Wettbewerbsregister, CCZ 2018, 181 (181).

Bundeszentralregister (BZR), Gewerbezentralregister (GZR) und ggf. den Landesregistern zurückzugreifen.²⁴⁸ Abgesehen von der fraglichen Vergleichbarkeit landesrechtlicher Einträge enthalten das BZR und das GZR jeweils nur einen eingeschränkten Informationswert bzgl. der von Unternehmen begangenen Rechtsverstöße.²⁴⁹

Mit dem neuen Wettbewerbsregister erfolgt eine Bündelung der relevanten Informationen beim Bundeskartellamt als Registerbehörde, vgl. § 1 Abs. 1 WRegG. Seine Einrichtung war ursprünglich bis 2020 vorgesehen.²⁵⁰ Sie steht jedoch derzeit noch aus, da die in § 11 WRegG vorgesehene Verordnung über den Betrieb des Wettbewerbsregisters (WRegVO) noch nicht in Kraft getreten ist.²⁵¹ Geplant ist nun, dass das Register Anfang 2021 seinen Betrieb aufnimmt.²⁵² Bis dahin sind die im WRegG enthaltenen Melde- und Abfragepflichten nicht anwendbar, vgl. § 12 Abs. 1 WRegG.

2. Die Regelungen des WRegG im Überblick

a) Die Eintragung und ihre Voraussetzungen

Zentrale Vorschriften des WRegG sind die §§ 2 und 3, die die Voraussetzungen und den Inhalt einer Eintragung bestimmen. Der Katalog der Eintragungsvoraussetzungen in § 2 WRegG²⁵³ umfasst einerseits rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen und Strafbefehle, die in jedem Fall zu einer Eintragung führen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1a) – e)). Bei diesen Tatbeständen handelt es sich um Korruptionsdelikte, Steuerdelikte und andere, besonders schwere Straftaten. Sie begründen zugleich einen zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren nach § 123 GWB.²⁵⁴ Daneben sind Rechtsverstöße aufgeführt, die erst ab einem bestimmten Strafmaß bzw. einer bestimmten Bußgeldhöhe zu einem Registereintrag führen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WRegG) und den bisherigen Rechtsverstößen in § 150a GewO entsprechen.²⁵⁵

chen.²⁵⁵

Bei Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen des § 2 WRegG unterliegt die Registerbehörde einer Eintragungspflicht.²⁵⁶ Welche Informationen sie über das Unternehmen zu speichern hat, regelt § 3 Abs. 1 WRegG. Zu beachten ist vor einer Eintragung die Pflicht der Registerbehörde zur Anhörung des betroffenen Unternehmens nach § 5 Abs. 1 WRegG und dessen Anspruch auf Auskunftserteilung über den Registerinhalt in § 5 Abs. 2 S. 1 WRegG.

b) Löschung von Eintragungen und Selbstreinigung

§ 7 Abs. 1 WRegG regelt abhängig von der jeweiligen Eintragungsvoraussetzung nach § 2 WRegG Fristen von drei bzw. fünf Jahren, innerhalb derer eine Eintragung zwingend zu löschen ist. Der Gesetzgeber knüpft damit erkennbar an die Vorschrift des § 126 GWB an,²⁵⁷ der die zulässige Höchstdauer für Vergabesperren regelt. Nach erfolgter Löschung eines Eintrags darf der der Eintragung zugrundeliegende Rechtsverstoß nicht mehr in Vergabeverfahren verwertet werden, wie Abs. 2 statuiert.

Von dieser Löschung von Amts wegen ist die vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung des Unternehmens in § 8 WRegG zu unterscheiden. Die Löschung erfolgt auf Antrag des Unternehmens, soweit dieses eine erfolgreiche Selbstreinigung nachweisen kann. Es handelt sich dabei um Maßnahmen zur Wiederherstellung der Integrität des Unternehmens und zur Verhinderung der Begehung künftiger Rechtsverstöße.²⁵⁸ Das WRegG verweist insoweit auf die §§ 123 Abs. 4 S. 2, 125 GWB, in denen Selbstreinigungsmaßnahmen²⁵⁹ aufgeführt sind.

III. Konsequenzen für die Verhängung von Vergabesperren

Der Zweck des WRegG, faire Wettbewerbsbedingungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu schaffen, und der weitgehend fehlende gesetzliche Rahmen für die Verhän-

²⁴⁸ Vgl. Wirth (Fn. 247), CCZ 2018, 181 (181).

²⁴⁹ So erfasste das BZR nur natürliche Personen, vgl. § 5 I Nr. 1 BZRG, während das GZR keine Zurechnungsvorschriften enthält, Wirth (Fn. 247), CCZ 2018, 181 (181).

²⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 18/12051, S. 23.

²⁵¹ Diese soll unter anderem die technischen und organisatorischen Voraussetzungen des Registers regeln, vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 WRegG. Der jüngste Verordnungsentwurf der Bundesregierung vom 20.01.2021 ist auf der Internetseite des BMWi einsehbar, <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/verordnung-ueber-den-betrieb-des-registers-zum-schutz-des-wettbewerbs-um-oeffentliche-auftraege-und-konzessionen.html> (Abruf v. 14.03.2021).

²⁵² So die Mitteilung auf der Internetseite des BKartA, Das Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt, https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/WettbewReg_node.html (Abruf v. 14.03.2021).

²⁵³ Für eine ausführliche Darstellung der Eintragungstatbestände s. Rieder/Damman de Chaptó, Das neue Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt – ein Anlass für noch mehr Compliance?, NZKart 2018, 8 (8ff.).

²⁵⁴ Filling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (261).

²⁵⁵ Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (246).

²⁵⁶ Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (218).

²⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 18/12051, S. 31; Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (627); Pfannkuch (Fn. 245), ZfBR 2018, 342 (344).

²⁵⁸ Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 440 (445).

²⁵⁹ Eingehend zu diesen Horn/Götz (Fn. 14), EuZW 2018, 13, (13 ff.).

gung von Vergabesperren lassen vermuten, dass sich das neue Wettbewerbsregister auf die Sperrpraxis auswirken wird. In welchem Ausmaß Vergabestellen bei ihrer Entscheidung über Sperren beeinflusst oder gar gebunden werden, ist jedoch genauer zu untersuchen. Differenziert werden muss zwischen den Rechtsfolgen einer Eintragung und ihren faktischen Wirkungen.²⁶⁰

1. Die eigenverantwortliche Entscheidung der Vergabestelle

Rechtsfolgen einer Registereintragung könnten grundsätzlich ein automatischer Ausschluss oder eine automatische Vergabesperre des Unternehmens von den Vergabeverfahren eines Auftraggebers sein.²⁶¹ Dieses Szenario hat der Gesetzgeber bei Erlass des WRegG auch erwogen, letztlich jedoch abgelehnt.²⁶² Stattdessen entscheiden nach seiner Wertung Auftraggeber²⁶³ in eigener Verantwortung über den Ausschluss eines Unternehmens, § 6 Abs. 5 WRegG. Die Eintragung soll die Entscheidung über den Ausschluss also gerade nicht vorwegnehmen²⁶⁴, und berührt auch nicht die subjektiven Rechte der Unternehmen im Vergabeverfahren.²⁶⁵ Vielmehr betrifft sie allein das Rechtsverhältnis zwischen verschiedenen Stellen der öffentlichen Verwaltung,²⁶⁶ indem sie bestimmte Abfragepflichten begründet.²⁶⁷ Mangels einer rechtlichen Außenwirkung liegt es daher nahe, die Eintragung als reinen Realakt zu qualifizieren.²⁶⁸

Gleichwohl ist davon auszugehen, dass sich eine Eintragung in tatsächlicher Hinsicht auf die Entscheidungen von Vergabestellen auswirkt. Jedenfalls eine Eintragung wegen eines nach § 123 GWB zwingenden Ausschlussgrundes dürfte regelmäßig zu einem Ausschluss oder einer Sperre führen.²⁶⁹ Unter dem Stichwort „schwarze Liste“²⁷⁰ stößt das Wettbewerbsregister in diesem Zusammenhang auch auf Kritik.²⁷¹ Sofern der Begriff weit ausgelegt wird und

reine Melde- und Informationsstellen für die öffentliche Hand erfasst,²⁷² trifft dies auch auf das Wettbewerbsregister zu.²⁷³ Indes kann keine Rede von einer unmittelbaren Bindungswirkung für Ausschlussentscheidungen sein. Schließlich liegt auch die Gefahr einer öffentlichen „Prangerwirkung“²⁷⁴ fern, da Registereinträge nicht öffentlich einsehbar sind.²⁷⁵

2. Abfragepflichten des öffentlichen Auftraggebers

Trotz der soeben festgestellten Unabhängigkeit von Registereintragung und Ausschluss im Vergabeverfahren bleiben Eintragungen für die Vergabestellen nicht ohne Folgen. Von besonderer Bedeutung sind die nach dem WRegG bestehenden Abfragepflichten und Abfragebefugnisse der öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB.²⁷⁶

§ 6 Abs. 1 WRegG ordnet eine zwingende Abfrage des Registers vor Zuschlagserteilung bei einem Auftragswert ab 30.000 Euro an. Dieser Wert ist geringer als die Schwellenwerte des GWB und erfasst mithin auch Verfahren im Unterschwellenbereich. Unterhalb dieses Wertes liegt die Abfrage im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers²⁷⁷, vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 1 WRegG.

3. Zwingende Berücksichtigung von Eintragungen?

Muss die Vergabestelle demnach ab einem bestimmten Auftragswert das Wettbewerbsregister konsultieren, stellt sich die Frage, ob auf diese Weise nicht doch eine mittelbare Bindungswirkung erreicht wird. Eine solche könnte dadurch entstehen, dass die Vergabestelle die Eintragungen bei ihrer Ausschlussentscheidung zwingend zugrunde zu legen hat.²⁷⁸ Diese Annahme wird insbesondere durch den Umkehrausschluss aus § 7 Abs. 2 WRegG gestützt²⁷⁹, wonach gelöschte Eintragungen nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Sie vermag jedoch nichts an der Grundsatzentscheidung zu ändern, nach der die Vergabestelle

²⁶⁰ Vgl. Fülling (Fn. 4), S. 34 ff.

²⁶¹ Wimmer (Fn. 25), S. 122.

²⁶² Vgl. BT-Drs. 18/12051, 18, 31.

²⁶³ Und damit wiederum Vergabestellen, die für die Verhängung von Vergabesperren zuständig sind.

²⁶⁴ Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (625).

²⁶⁵ Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262); vgl. Wimmer (Fn. 25), S. 131 für Vergaberegister im allgemeinen.

²⁶⁶ Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262).

²⁶⁷ S. zu diesem sogleich unter D.III.2.

²⁶⁸ Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262). Vgl. auch Wimmer (Fn. 25), S. 132.

²⁶⁹ Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (220); Pfannkuch (Fn. 245), ZfBR 2018, 342 (345); Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 440 (444); vgl. ferner BT-Drs. 18/12051, S. 31.

²⁷⁰ Siehe zur Terminologie Fülling (Fn. 4), S. 25; Stoye (Fn. 41), S. 11 f.

²⁷¹ Seeliger/Gürer, Das neue Wettbewerbsregister – ein Überblick aus kartellrechtlichem Blickwinkel, BB 2017, 1731 (1731).

²⁷² So wohl auch Stoye (Fn. 41), S. 11 f.

²⁷³ Anders Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262), die die Einordnung als „schwarze Liste“ ablehnen.

²⁷⁴ Seeliger/Gürer (Fn. 271), BB 2017, 1731 (1731).

²⁷⁵ Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262).

²⁷⁶ Vgl. Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (220); Pfannkuch (Fn. 245), ZfBR 2018, 342 (345).

²⁷⁷ Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 442 (444); Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (251).

²⁷⁸ So Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (625).

²⁷⁹ Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (625).

eigenverantwortlich entscheidet: In welchem Umfang sie eine Eintragung berücksichtigt, ist Teil ihres Entscheidungsspielraums. Sie ist auch bei vorliegenden Eintragungen nicht zu einer Vergabesperre gezwungen.²⁸⁰

Einen Sonderfall stellt die Entscheidung der Registerbehörde über Löschungen von Amts wegen und vorzeitige Löschungen dar. In beiden Konstellationen dürfen gelöschte Eintragungen nach § 7 Abs. 2 WRegG nicht mehr zum Nachteil der Unternehmen verwertet werden. Hier entfaltet eine Entscheidung der Registerbehörde ausnahmsweise Bindungswirkung²⁸¹ – in dieser Konstellation zugunsten des Unternehmens. Umgekehrt bindet eine ablehnende Entscheidung über einen Löschungsantrag den Auftraggeber nicht, § 7 Abs. 2 S. 2 WRegG.

IV. Rechtsschutz

Das WRegG sieht in § 11 als Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Registerbehörde die Beschwerde zum nach § 171 Abs. 3 GWB zuständigen Vergabesenat des OLG Düsseldorf vor.²⁸² Es handelt sich hierbei um eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.d § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

E. Gesamtbetrachtung und Ausblick

Das neue Wettbewerbsregister ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, bei der öffentlichen Auftragsvergabe für mehr Transparenz zu sorgen und den Auftraggebern den Ausschluss unzuverlässiger Unternehmen von ihren Vergabeverfahren zu erleichtern. Auch wenn sich der Gesetzgeber bewusst gegen einen Automatismus von Registereintragung und Vergabesperre entschieden hat, schafft das WRegG zumindest die Voraussetzungen dafür, dass Vergabestellen von etwaigen Rechtsverstößen frühzeitig Kenntnis erhalten und diese bei ihren Entscheidungen berücksichtigen können. Es ist gleichwohl zu begrüßen, dass die Entscheidung über eine Vergabesperre nicht präjudiziert wird. Denn auf diese Weise verbleiben Raum für zusätzliche Ermessenserwägungen im Vergabeverfahren und verschiedene Ansatzpunkte für Rechtsschutzersuchen der Unternehmen. Inwieweit sich die öffentlichen Auftraggeber in der Praxis auf die Eintragungen stützen, bleibt abzuwarten.

Letzteres ist vor dem Hintergrund sinnvoll, dass die rechtlichen Vorgaben für die Verhängung von Vergabesperren selbst lückenhaft sind. Denn die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten wirken sich auf die Sperrpraxis aus

und erschweren es betroffenen Unternehmen, einzelne Anspruchsvoraussetzungen nachzuweisen. Das für sich genommen ausdifferenzierte Anspruchssystem büßt aufgrund dieser Nachweisprobleme an Effektivität ein. Hier wäre es zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber zeitnah durch eine umfassende Regelung der Vergabesperre Abhilfe schafft.

ANMERKUNGEN

In Ihrer Arbeit setzen Sie sich umfassend mit Vergabesperren, den Rechtsschutzmöglichkeiten sowie dem Wettbewerbsregister auseinander. Der Aufbau ist sinnvoll und stimmig gewählt. In Ihrer Einleitung führen Sie souverän zum Thema Ihrer Untersuchung hin und geben einen Überblick über den weiteren Verlauf der Arbeit. Es gefällt, dass Sie anschließend zunächst eine Begriffsklärung vornehmen und sodann die Vergabesperre im System des Vergaberechts einordnen (B.I.1 u. 2.). Hierbei fällt u.a. positiv auf, dass Sie auf das Fehlen einer Legaldefinition hinweisen, eine Definition aus der Literatur nennen sowie die Vergabesperre von einem vergaberechtlichen Ausschluss im Sinne des § 123 GWB abgrenzen (B.I.1). Sie erklären ferner in verständlicher Weise die verschiedenen Arten von Vergabesperren (B.II.).

Die Überleitung zu den rechtlichen Vorgaben für die Verhängung von Vergabesperren (B.III.) überzeugt. Sie weisen hier kurz auf die Bedeutung der rechtlichen Einordnung für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes hin. Im Folgenden geben Sie zunächst die verschiedenen Ansichten zur Frage, ob eine Rechtsgrundlage für die Erteilung der Vergabesperre erforderlich ist, wieder und schließen mit einer eigenen Stellungnahme. Die Darstellung der Ansichten erfolgt inhaltlich zutreffend, wenn auch knapp. Die eigene Stellungnahme ist argumentativ ausführlicher und überzeugend.

Allerdings können die folgenden Ausführungen unter B.III.2. nicht in derselben Weise überzeugen. Sie verneinen, dass eine Norm aus VOB und VgV als Rechtsgrundlage in Betracht kommt, ohne den Grund hierfür zu nennen. Ferner werfen Sie die Frage auf, ob die §§ 126 i.V.m. 123 f. GWB als Rechtsgrundlage heranzuziehen sind und verneinen dies. Sie stellen dann fest: „Überzeugender erscheint daher eine analoge Anwendung der §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB.“, wobei Sie in der eingefügten Fußnote schreiben „Es muss ein-

²⁸⁰ Wie wahrscheinlich es ist, dass eine Vergabestelle wegen besonderer Umstände trotz Eintragung zwingender Ausschlussgründe von einem Ausschluss absieht, wird die Praxis zeigen müssen.

²⁸¹ Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 442 (446); Wirth (Fn. 247), CCZ 2018, 181 (182); Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (251).

²⁸² Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (251).

geräumt werden, dass Bedenken hinsichtlich der Planwidrigkeit der Regelungslücke bestehen.“ (B.III.2.). Sie führen hier leider nicht aus, weshalb eine analoge Anwendung in Betracht kommt und gehen nicht auf die Voraussetzungen für eine Analogie im Einzelnen ein, obwohl sich aus Ihrer Fußnote ergibt, dass Bedenken bestehen, ob die Voraussetzungen einer Analogie erfüllt sind. Hier hätten Sie sich (argumentativ) mit den Voraussetzungen einer Analogie auseinandersetzen müssen. Es wird auch nicht deutlich, ob Sie somit als Rechtsgrundlage auf §§ 126 i.V.m. 123 f. GWB analog zurückgreifen.

Sie sprechen in B.III.2.b) aa) von einer Vergaberechtsnovelle, nennen aber nicht deren Zeitpunkt.

Ihre Ausführungen zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen unter B.III.2.bb) überzeugen nicht, da Sie nicht deutlich genug darstellen, warum eine analoge Anwendung der Vorschriften des VwVfG in Betracht kommt. Ihren Einleitungssatz hierzu, dass die Vergabesperre rechtsstaatlichen Bindungen unterliegt, hätten Sie argumentativ unterfüttern bzw. begründen sollen – u.a. deshalb, weil Sie zuvor unter B.III.1 die verschiedenen Meinungen zur rechtlichen Natur der Vergabesperre dargestellt haben.

Sie widmen sich anschließend (C.I.-V.) dem Rechtsschutz und den Rechtsschutzmöglichkeiten der Unternehmen. Es gefällt, dass Sie auf den Primär- und den Sekundärrechtsschutz (C.I.II, u. III.) eingehen und nach der Erteilung der Vergabesperre während des laufenden Vergabeverfahrens und außerhalb von Vergabeverfahren unterteilen (C.II. u. III.). Hinsichtlich des Primärrechtsschutzes nennen Sie die relevanten Anspruchsgrundlagen aus dem öffentlichen Recht und aus dem Zivilrecht und leiten diese verständlich her. Im Rahmen jeder Anspruchsgrundlage prüfen Sie die relevanten Voraussetzungen und legen nachvollziehbar dar, an welchen Stellen es zu Umsetzungsschwierigkeiten (z.B. die Schwierigkeit der Darlegung oder des Beweises) kommen kann. Leider zitieren Sie im Rahmen der zivilrechtlichen Ansprüche die Ansprüche aus § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nicht im Zusammenhang mit § 1004 Abs. 1 BGB, sondern nennen diesen nur als Rechtsfolge. § 1004 Abs. 1 BGB ist aber Anspruchsgrundlage. Sie prüfen detailliert und zutreffend, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt sein kann und gehen hierbei umfassend auf die grundsätzliche Subsidiarität des Auffangtatbestands ein sowie dessen Anspruchsvoraussetzungen. Ferner widmen Sie sich der prozessualen Durchsetzung und stellen diese korrekt dar. Auch die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen im Sekundärrechtsschutz werden (knapp) behandelt.

Anschließend stellen Sie das 2017 in Kraft getretene WRegG dar, gehen auf dessen wesentliche Zielsetzung ein und stellen überblicksartig die Regelungen des Gesetzes dar (D.I.). Sie widmen sich dem Wettbewerbsregister und erörtern die Konsequenzen für die Verhängung von Vergabesperren (D.III.). Hier gefällt, dass Sie darstellen, dass die Eintragung in das Wettbewerbsregister keine unmittelbare Bindungswirkung für eine Vergabesperre oder eine Ausschlussentscheidung hat, ihm jedoch eine faktische Wirkung zukommt. In einer Gesamtbetrachtung und einem Ausblick (E.) fassen Sie die wesentlichen Ergebnisse zutreffend und präzise zusammen.

Ihre Arbeit überzeugt in weiten Teilen. Sie arbeiten verständlich heraus, was Vergabesperren sind und gehen umfassend auf die Rechtsschutzmöglichkeiten ein. Hier erörtern und prüfen Sie die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zutreffend. An einigen Stellen sind Ihre Ausführungen jedoch unvollständig, nicht begründet genug oder argumentativ zu dünn. Die Darstellungen zum Wettbewerbsregister gefallen.

In Anbetracht dessen wird Ihre Arbeit bewertet mit 12 Punkten (vollbefriedigend).

„Survival Guide Jura“ – ein Blick in den Jura-Ratgeber von Jannina Schäffer

stud. iur. Simon Weber

Vorwort:

Jannina Schäffer, für viele wohl eher unter dem Namen ihrer Redaktion „JURios“ bekannt (über 10.000 Follower auf Instagram), hat den Schritt gewagt und zusammen mit diversen Gastautoren aus der Rechtsbranche auf 224 Seiten einen Ratgeber für den Start in das Jurastudium veröffentlicht. Doch Ratgeber für Jurastudierende gibt's bereits einige. Was unterscheidet dieses kompakt grün-rote Buch des UTB-Verlags von den anderen und ist es die Anschaffung wert?

Kurz nach der Veröffentlichung flatterte ein druckfrisches Exemplar bereits in unseren HanLR-Briefkasten, verbunden mit der kollegialen Bitte um eine ehrliche Rezension. *Vorweg: Das Buch sowie die digitale E-Version wurden mir kostenlos im Rahmen der Rezension zur Verfügung gestellt. Jannina und ich haben zwar bereits mehrfach zusammengearbeitet, doch die Rezension ist selbstverständlich objektiv und unabhängig. Darum wurde ich auch explizit gebeten. Auf den Inhalt oder Umfang wurde keinerlei Einfluss genommen. Eine vorherige Begutachtung der Rezension fand lediglich im Rahmen der üblichen HanLR-Begutachtung redaktionsintern statt.*

Der Aufbau des Ratgebers

Das Buch aufgeschlagen und erstmal einen tiefen Atemzug genommen. Jap, riecht genau so gut wie jedes druckfrische Buch – Check! Der Blick in das Inhaltsverzeichnis offenbart die bereits angesprochene Menge an Gastautoren – insgesamt 23 an der Zahl! Dabei hat jeder Gastautor ein bis zwei Abschnitte bekommen, welche sich einem individuellen Thema widmen. Eine durchdachte Herangehensweise, denn würde man 23 Juristen zu einem Thema um ihre Meinung bitten, würde man bekannter Maßen über 23 verschiedene Meinungen bekommen.

Der Aufbau des Ratgebers ist chronologisch und beginnt mit dem Einstieg in das Studium, gefolgt von Tipps während des Studiums. Das ist per se nicht neu, aber hat sich für Ratgeber eben bewährt. Als letzten größeren Abschnitt finden sich Beiträge, welche den Weitblick neben dem Ju-

rastudium fördern sollen. Hier werden Bereiche wie die Fachschaft, Moot Courts, Law Clinics und Auslandssemester thematisiert. Für die Mitarbeit in einer Law Review bzw. einem Law Journal war hier anscheinend kein Platz. Schade eigentlich...

Und wie ist der Inhalt nun?

Der erste Abschnitt von Kristijan Maticovic holt die Leserschaft direkt dort ab, wo sich die Zielgruppe gerade befindet: Am Ende der Schulzeit. Es werden auf kurzweilige Weise die Unterschiede zum Schulsystem beschrieben. Zudem wird bereits auf einige neue Hindernisse eingegangen, die der Wechsel an eine Universität mitbringt. Dabei gibt es in jedem Abschnitt taktische Querverweise, um so schnell zu einem anderen Abschnitt springen zu können, welcher die jeweils angesprochene Thematik weiter vertieft. Das spart Zeit beim Lesen und zeugt von einer guten Struktur innerhalb des Buches.

Die Passagen wechseln zwischen Fließtext, Zwischenüberschriften, Bullet-Points und einigen Tabellen und Abbildungen, was den Text einerseits layoutet und andererseits auch für das Auge Abwechslung schafft. Ein systematischer Einsatz von Kursivschrift lässt sich beim Lesen jedoch nicht erkennen, dieser wirkt manchmal etwas willkürlich. Am Ende eines jeden Abschnitts, welcher meist ca. 6 Seiten lang ist, findet man eine Zusammenfassung sowie QR-Codes zu vertiefenden Quellen. Teilweise JURios-Artikel aus der eigenen Redaktion, häufig aber auch Podcast-Folgen, Universitäts-Webseiten oder andere Quellen. Das ist eine sehr schöne kollegiale Zusammenarbeit, da viele Autoren, gerade im juristischen Bereich, ihr veröffentlichtes Werk gerne als „allumfassenden heiligen Grahl“ ansehen. Hier bekommt man jedoch das Gefühl, keinen JURios-Ratgeber zu lesen, bei welchem das Interesse darauf liegt, die Leserschaft innerhalb JURios-Bubble zu behalten, sondern einen entkoppelten Ratgeber, der wirklich daran interessiert ist, die besten Tipps und Informationen zu geben. Dabei wird sich nicht gescheut, auf andere Kollegen zu verweisen, die auch zu den speziellen Thematiken veröffentlicht haben. Tolle Sache!

Von den Kneipentouren der O-Woche bis zum sinnlosen Bücherkauf zum Studienstart, werden zunächst alle lebensnahen Situationen aufgegriffen. Es gibt eine alphabetische Übersicht der wichtigsten Jura-Begriffe mit Erklärung von der Herausgeberin persönlich. Was ist der „Freischuss“? Was ist eine „Remonstrations“ und wofür steht „Vier gewinnt!“? Jura-Vokabular, bei dem es einfach hilfreich ist, es bereits zum Studienstart zu kennen. Zeitmanagement – ein sehr wichtiges Thema in unserem Studium. Auch hierzu finden sich Abschnitte über „Welche Vorlesung ist sinnvoll?“ und „Welcher Lerntyp bist du?“.

Prof. Roland Schimmel, einer der renommiertesten Gastautoren des Ratgebers, schreibt über juristische Fach-/Ausbildungszeitschriften wie die JA, ZJS und JuS sowie ob sich deren Anschaffung überhaupt lohnt. Hier findet sich (zu meiner Freude) auch ein kurzer Hinweis auf die Law Reviews der Universitäten mit Erwähnung der *Ad Legendum* – unseren Kollegen der Universität Münster. Allerdings kann und muss ich der Aussage „Eine gute Redaktion gibt es nicht umsonst, ebenso wie Druck und Vertrieb“, welche ebenfalls von Prof. Schimmel in diesem Abschnitt fällt und u. a. eine Rechtfertigung des Preises der *Ad Legendum* (aktuell 4 EUR/Ausgabe) darstellen soll, als Teammitglied der kostenlosen *Hanover Law Review* stolz widersprechen.

Back to topic: Es folgen weitere Kapitel zum Thema „Definitionen und Schemata“, der Gegenüberstellung von Gutachten- und Urteilsstil sowie „7 Tipps für deine erste Juraklausur“. Lernmethoden, kleine Seitenhiebe gegen *Lawfluencer* und eine ausgewählte Übersicht an Jura-Podcast, geben den Studierenden eine Grundorientierung und ein Nachschlagewerk für ihren Einstieg in das Gebiet der Rechtswissenschaften. Beim Lesen huschte das ein oder andere Schmunzeln über meine Lippen.

Ganz klar, dieser Ratgeber versucht zunächst nicht, in die Tiefe zu gehen. Er behandelt dafür aber so gut wie jede Thematik, mit der man zum Beginn des Studiums in Berührung kommt, kurzweilig und verdichtet. Die Gastautoren können dabei mit ihrem Spezialwissen über das jeweilige Gebiet glänzen. Das bringt jedoch natürlich auch einen Nachteil mit sich. So wird es bspw. für den Abschnitt „Sieben Gründe einer Jura-Fachschaft beizutreten“ vom Kollegen Malte Deutschmann, welcher selbst Fachschaftsratsmitglied in Hamburg ist, sicherlich auch Sieben Gegenargumente geben. Dadurch, dass die Abschnitte nicht im Diskurs geschrieben wurden, wird jeweils nur eine Ansicht

dargestellt. Das Für und Wider, bspw. einer Fachschaft beizutreten, ist aber auch kein gewollter Fokus des Ratgebers. Das merkt man beim Lesen schnell. Vielmehr gibt er einen umfassenden Einblick über den Start ins Studium sowie das Campusleben allgemein. Für weiterführende Diskussionsargumente gibt es ja auch noch die tiefergehenden Verweise am Ende eines Abschnitts. Durch die verschiedenen Autoren bekommt man deren individuelle Schreibstile vorgelegt, was auf den ersten Blick für Abwechslung sorgt, in Hinsicht auf Zitationsweise und gendergerechte Sprache aber gerne einmal hin und her springt. Hier könnte eine konsequentere Richtlinie für die Autoren, in derer sie sich bewegen dürfen, Abhilfe schaffen.

Ein Aspekt, der mir allerdings doch fehlt, ist eine brandaktuelle Frage: Auf welchen Abschluss soll ich Jura studieren? Schließlich liegt vor mir ein „Jura-Ratgeber“ und kein „Staatsexamens-Ratgeber“. Klar, für viele Karrierewege verlangt es zwangsläufig, ein Staatsexamen oder sogar die Befähigung zum Richteramt (d.h. zwei Staatsexamen). Doch ist die Integration des Jura-Bachelors seit Monaten Deutschlandweit in heißer Diskussion und in absehbarer Zeit an vermutlich jeder juristischen Fakultät möglich. Zunächst erscheint es widersprüchlich, sich in den ersten Semestern bereits mit dem Ende des Studiums zu beschäftigen. Immerhin ist ein Wechsel aus dem klassischen Jurastudium in das Bachelor-/Master-System unter Anrechnung einiger Klausurleistungen meist möglich. Doch kann es nicht schaden, sich bereits zum Beginn seines Studiums zu überlegen, ob man überhaupt das Staatsexamen braucht und wie man seinen Weg vom Start an bereits zielgerichteter planen kann. Schade, dass hier die Gastautoren ihre Expertise nicht vollumfassend genutzt haben, zumal auch einige der Autoren einen LL.B. oder LL.M.-Titel führen.

Zum Ende des Ratgebers findet sich noch eine persönliche Note der Gastautoren, bei der jeder seine „Dos“ und „Don'ts“ vorstellt. Eine sehr schöne Idee, die ein Gefühl von privaten Tipps vermittelt, die zwar teilweise schon zwischen den Zeilen der entsprechenden Beiträge zu lesen waren, teilweise aber auch einfach keinen passenden Platz im Hauptteil gefunden haben und dennoch dem Leser einen Mehrwert bieten. Ein gelungener Ausklang eines unterhaltsamen, abwechslungsreichen Buches.

Fazit

Vergleicht man den Survival-Guide mit anderen Juraratgebern wie bspw. „Lifehacks für Jurastudium und Examen“ vom Beck-Verlag (19,80 EUR) oder „JURA – erfolgreich studieren“ vom dtv-Verlag (16,90 EUR), liegt der angesetzte Preis von 20,00 EUR in vergleichbarer Nähe. Juristische Bücher sind ohnehin nicht dafür bekannt, super erschwinglich zu sein. Berücksichtigt man zusätzlich die Anzahl an Gastautoren, die an diesem Werk beteiligt waren, scheint der Preis wirklich fair. Was die vorgenannten Werke von Janninas Ratgeber auch unterscheidet, ist das junge Autorenteam. Man merkt, dass die Autoren sich entweder selbst noch im Studium befinden oder gerade erst heraus sind. Das ist meiner Meinung nach ein ganz wichtiger Punkt. Das Studium ist zwar nicht dafür bekannt, sich schnell zu wandeln, dennoch macht es ein Unterschied, ob bspw. ein Autorenteam einen Jura-Ratgeber schreibt, das selbst bereits seit 5 Jahren im Berufsleben steht. Zurückgerechnet ist dadurch der Studienbeginn nämlich gerne mal 12 Jahre her. Beim JURios-Autorenteam macht es vermutlich der Mix. Die Aktualität von jungen Berufseinsteigern gepaart mit dem Wissen erfahrenerer Juristen wie Prof. Schimmel ergeben eine für den Leser wertvolle Kombination.

Es ist beachtlich, wieviel Recherchearbeit in diesem Buch steckt, bspw. durch die genannte Masse an Querverweisen und vertiefender Literatur am jeweiligen Abschnittsende. Dadurch bekommt der Leser nicht nur die Meinung der über 20 Gastautoren und der Herausgeberin selbst, sondern zusätzlich bereits weiterführende Materialien an die Hand. Die Idee eines Jura-Ratgebers ist nicht neu, aber die Herangehensweise ist eine andere. Das Buch versucht sich eben nicht, als „allumfassenden heiligen Grahl“ darzustellen, sondern eine Vielzahl an Themen übersichtlich und prägnant darzustellen. Sollte man weiterführende Informationen suchen, werden einem diese bereits auf dem Silbertablett mittels QR-Codes serviert. Sowas sieht man leider nicht oft und darf gerne auch in Neuauflagen anderer Ratgeber Einzug finden. Dadurch muss man das Buch auch nicht zwangsläufig von vorne bis hinten durchlesen. Es kann auch als Nachschlagewerk für gewisse Thematiken dienen, die einem innerhalb der ersten Semester im Studium begegnen. Die von mir o. g. Kritikpunkte sind dabei wirklich Meckern auf hohem Niveau. Zu dieser gelungenen Veröffentlichung kann ich die Kollegin und das gesamte Team nur beglückwünschen. Es bleibt zu hoffen, dass das Autorenteam am Ball bleibt und der Ratgeber zu gegebener Zeit eine Neuauflage bekommt. Falls in dieser

dann auch ein Abschnitt über die Arbeit in einer *Law Review* ergänzt werden soll, steht das HanLR-Team als Gastautorenschaft natürlich gerne beratend zur Seite.

Von mir gibt's daher bereits jetzt eine ganz klare Lese- und Kaufempfehlung!

Geschichte der Methodenlehre - Eine Darstellung anhand des doppelbändigen Werks „Recht als Wissenschaft“ von Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder Teil 1: 1500 bis 1933

Johannes Greiser

Der Autor ist seit 2006 Richter am Sozialgericht Osnabrück und seit 2015 Lehrbeauftragter der Universität Osnabrück. Der Autor des Aufsatzes dankt dem Autor des zusammengefassten Werks, Prof. Dr. Dr. h.c. *Jan Schröder*, für die kritische, aber auch ermutigende Begleitung des Projekts.

Juristische Methodenlehre fristet bei vielen Studierenden der Rechtswissenschaft ein Schattendasein. Zu Unrecht, wie ich finde! Die Methodenlehre ist schließlich die Metaebene hinter den ganzen Meinungsstreitigkeiten und Auslegungsproblemen, mit denen man sich während des Studiums befasst. M.E. macht einen guten Juristen – neben anderen Qualitäten – auch und gerade ein sicherer Umgang mit der Methodenlehre aus!

Der zweiteilige Aufsatz soll die Geschichte dieser Disziplin seit 1500 zusammenfassen. Dies erfolgt durch eine Zusammenfassung eines doppelbändigen Werks von Prof. Dr. Dr. h.c. *Jan Schröder* namens *Recht als Wissenschaft*. Im vorliegenden ersten Teil des Aufsatzes wird der Inhalt des ersten Buchs und damit die Zeit von 1500 bis 1933 dargestellt. In der Ausgabe 3/2024 folgt die Zeit von 1933 bis 1990. Dabei versteht sich von selbst, dass ich nicht in alle Einzelheiten gehen kann. Ich werde mich also neben Grundsätzlichem auf die Dinge konzentrieren, die ich bemerkenswert oder besonders wichtig finde.

A. Einführung

Das Buch untergliedert die einzelnen Epochen jeweils in die Abschnitte Rechtsquellenlehre und Methodenlehre.

Die große Bedeutung, die der Autor der Rechtsquellenlehre (und der Definition, was Recht ist) einräumt, hat mich zunächst überrascht. Dass dies sinnvoll ist, zeigt sich aber bereits in der ersten besprochenen Epoche. Wird Recht – wie in der Zeit ab 1500 – nicht formal und wertneutral, sondern materiell und werthaltig verstanden (Teil I, S. 9), so hat dies weite Auswirkungen, auf die sogleich (B. II. 2.) zurückzukommen sein wird.

In der Methodenlehre unterscheidet der Autor zwischen der Theorie der Gesetzesinterpretation und der Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung oder (später) Rechtsbearbeitung. In den ersten drei Epochen wird zudem noch ein Kapitel zur juristischen Argumentations-

theorie, der Topik, „vorgeschaltet“. Die Topik und Interpretation sind dabei unterschiedliche Zugänge zum Recht. Topik ist das logisch richtige Arbeiten mit Rechtssätzen, Interpretation das Verstehen des Sinns der Rechtssätze (Interpretation, Hermeneutik). Die Bedeutung der Topik stellt der Autor gleich zu Beginn als besonders wichtig heraus (Teil I, S. 3).

Die Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung befasst sich mit Rechtsregeln, die durch Systematisierung gefunden werden. Die Rechtswissenschaft stößt „zu neuen Rechtssätzen vor“ (Teil I, S. 82). Dies kann etwa durch Verallgemeinerungen bestehender Vorschriften erfolgen, etwa die Zusammenfassung von Verträgen und Testamenten unter dem allgemeinen Begriff des Rechtsgeschäfts und der Zuordnung der allgemeinen Regel, dass solche nichtig sind, wenn sie durch Drohung „abgenötigt sind“ (Teil I, S. 82). Auch der Umfang, der diesem Bereich jeweils eingeräumt wird, hat mich zunächst überrascht.

B. Die Zeit von 1500 bis 1650 – Fortsetzung der mittelalterlichen Tradition und erste Neuerungen

I. Die Rechtsquellenlehre

Wie bereits erwähnt (siehe unter A.), war in der Rechtsquellenlehre dieser Zeit ein werthaltiger Rechtsbegriff dominierend. Entscheidend war also – auch beim geschriebenen Recht – nicht allein der formelle Erlassakt eines Staats, sondern die Regelung musste auch gerecht sein (Teil I, S. 9). Gerechtigkeit oder wenigstens materielle Richtigkeit oder Zweckmäßigkeit waren hiernach ein Wesensmerkmal des Rechts (Teil I, S. 10).

Rechtsquellen sind Naturrecht, Völkerrecht, positives Recht (Gesetz und Gewohnheitsrecht) und die Billigkeit (Teil I, S. 10, 15). Dabei war das Naturrecht christlich geprägt (S. 13) und das Völkerrecht unterfiel in ein Recht, das

(fast) allen Völkern gemein ist und ein solches, das zwischen den Völkern gilt (S. 11). Unter ersteres fiel Vieles, was wir heute wohl eher als Naturrecht einordnen würden. Das positive Recht unterfiel in Gesetz und Gewohnheitsrecht (S. 15). Gewohnheitsrecht wurde dabei, ganz im Rahmen des Rechtsbegriffs dieser Zeit, aus dem Volkswillen und der Vernunft und nicht dem Willen der gesetzgebenden Gewalt hergeleitet (S. 16). Neben dem positivem Recht stand die Billigkeit als Korrektiv. Diese war neben dem Naturrecht als weitere Rechtsquelle notwendig, da das Naturrecht sehr lückenhaft gedacht wurde (S. 18 f.). Übergibt jemand bei „gesundem Verstand“ Waffen an jemanden zur Verwahrung, so soll er sie nicht zurückfordern können, wenn er sich im Zeitpunkt der Rückforderung im „Zustand des Wahnsinns“ befindet. Das Beispiel findet sich bereits bei Platon in seinem Werk „*Politeia*“. Die fehlende Pflicht zur Rückgabe war letztlich nur über das Korrektiv der Billigkeit zu konstruieren (S. 19).

II. Die Methodenlehre

Die Methodenlehre unterfiel in Topik, Interpretation und wissenschaftliche Rechtsfindung.

1. Die Topik

Die Topik definiert Schröder als „Disziplin, die Wahrheiten zu (er)finden lehrt, indem sie an bestimmten „Örtchen“ (griechisch: *topoi*, lateinisch: *loci*) Argumente anbietet (S. 27). Das klingt sehr sperrig. Die Topik ist Teil der Logik, aber als angewandte Methodenlehre auch Teil der Einzelwissenschaften. Ein Beispiel kann das Ganze vielleicht erleichtern: Der Topos „*a simili*“ ist der Schluss aus der wesentlichen Ähnlichkeit von Sachverhalten und der Maxime, dass wesentlich Ähnliches ähnlich oder gleich zu behandeln ist, auf das Ergebnis einer analogen Anwendung einer Vorschrift (nach unserem heutigen Verständnis, siehe S. 44).

Es ist zwischen kunstvollen und kunstlosen Topoi zu unterscheiden (S. 33). Bei den kunstvollen Topoi findet sich eine Vielzahl von uns teilweise sehr fremden Schlüssen („verwirrende Fülle“, S. 43). Teilweise geht es dabei auch um die Ermittlung oder Würdigung des Sachverhalts, was aus unserer heutigen Sicht nichts mit Methodenlehre zu tun hat. Die Vielfältigkeit der Topoi wurde im 16. Jahrhundert aber als Stärke gesehen (S. 44). Der wichtigste kunstlose Topos war der der „*communis opinio*“ (S. 47 ff.), was wir heute „herrschende Meinung“ nennen würden.

2. Die Interpretation

In der besprochenen Zeit gibt es noch keinen einheitlichen Interpretationsbegriff (S. 77). Überwiegend wird aber von einem Dreiklang der deklarativen, restriktiven und extensiven Interpretation ausgegangen (S. 59). Grob gesagt, die Feststellung des Inhalts der Regelung, die Begrenzung und die Erweiterung der Anwendung. Aber, die Einzelheiten sind kompliziert.

Probleme dieser Art ergeben sich zumeist, wenn Wortlaut und Sinn einer Regelung auseinanderfallen (heutige Terminologie: teleologische Reduktion und Extension oder Analogie). Die „*mens*“ (lat. Geist), der Sinn des Gesetzes, ist zu dieser Zeit dabei grundsätzlich vorrangig vor dem Wortlaut (S. 63). Überraschenderweise kann dies nach damaligem Verständnis bereits auf der ersten Ebene, der Deklaration, auftreten. Die Deklaration geht also über die Ermittlung des Wortsinns hinaus (S. 62 ff.). Dies macht eine Abgrenzung von den weiteren Interpretationsformen schwierig.

Eine Extension im engeren Sinne liegt nach Ansicht des Autors deshalb nur vor, wenn das Gesetz auch über die „*mens*“ hinaus ausgedehnt wird (S. 68). Dies ähnelt auf den ersten Blick der Unterscheidung von Rechtsfortbildung innerhalb des Plans des Gesetzes und einer solchen, die darüber hinausgeht (Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 191 ff., S. 232 ff.). Der Vergleich hinkt aber, denn mit „*mens*“ war damals weniger der tatsächliche Wille des Gesetzgebers, sondern ein „vernünftiger oder zweckmäßiger Grund des Gesetzes“ gemeint (S. 64).

Hier schließt sich der Kreis zu den Aussagen in der Rechtsquellenlehre (werthaltiger Rechtsbegriff): Wenn auch das geschriebene Recht nur eine Verwirklichung einer darüber hinaus bestehenden Gerechtigkeit ist und diese Verwirklichung notwendige Voraussetzung dafür ist, dass es sich überhaupt um Recht handelt, dann ist es naheliegend, dass der Wille des konkreten Gesetzgebers weniger wichtig erscheint. Auch die heutige Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung anhand des möglichen Wortsinns trifft die Problematik nicht, denn auch in der Deklaration des Gesetzes gab es wohl keine Bindung an den möglichen Wortsinn (S. 76).

3. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Eine Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung findet sich in der relevanten Zeit noch nicht (S. 94 f.). Es gibt zwar erste Ansätze zur Systematisierung des Stoffs (S. 84 ff.), hierüber gingen die Ansätze aber nach Ansicht des Autors noch nicht hinaus (S. 94).

C. Die Zeit von 1650 bis 1800 – Die Entdeckung der konstruktiven Vernunft und der Geschichte

I. Rechtsquellenlehre

In der Rechtsquellenlehre kommt es in der besprochenen Zeit zu großen Änderungen, die uns mittlerweile völlig „normal“ vorkommen. Im Gegensatz zur Zeit vor 1650 ging man nicht mehr von einem werthaltigen Rechtsbegriff aus. Dies war Folge der Umbrüche infolge der Religions- und Bürgerkriege dieser Zeit (S. 102). Lange Zeit hatte man noch geglaubt, sich über „die religiöse Wahrheit“ einigen zu können. Diese Hoffnungen waren erst im 17. Jahrhundert geschwunden. Der Westfälische Frieden schuf 1648 eine Ordnung für ein dauerhaftes Nebeneinander der (christlichen) Religionen (S. 103).

Durch die Wertneutralität spaltete sich das positive Recht erstmals deutlich vom Naturrecht ab (S. 101). Nun konnten die Rechtsquellen also erstmals im Widerspruch zueinander stehen (S. 108). In diesem Konfliktfall wurde das positive Recht als vorrangig angesehen (S. 116). Im Zuge der Abspaltung wurde erstmals der Wille des historischen Gesetzgebers als relevante Größe erkannt (S. 101 f.). Beide Entwicklungen lassen sich in der Aussage von *Hobbes* zusammenfassen: „Die Autorität und nicht die Wahrheit macht das Gesetz“ (S. 102). Für *Hobbes* war es, gerade vor dem Hintergrund der angesprochenen Konflikte, entscheidend, dass der Staat jenseits des Streits um „Wahrheit“ sicheres Recht erzeugen konnte (S. 103).

Das Naturrecht spielte daneben aber weiterhin eine Rolle. Dieses hatte seinen Grund aber nicht mehr in Gott als Schöpfer der Natur, sondern in der Natur des Menschen und seiner Vernunft (S. 103). Das Naturrecht wurde zudem nun als vollständig gedacht (S. 106). Zuvor ging es nicht über den Dekalog („Die zehn Gebote“, 2. Mose 20, Vers 1 ff.) hinaus (S. 104). Weitergehende übereinstimmende Vorschriften (fast) aller Völker wurden als Teil des Völkerrechts gesehen (siehe dazu B. I.). Diese Figur wurde nun aufgegeben und als Teil des Naturrechts angesehen (S. 105). Darüber

hinaus wurde dieses nun erstmals stärker gegen Religion und Moral abgegrenzt (S. 107).

Auch das Verständnis des Gewohnheitsrechts änderte sich. Während in der vorherigen Periode Gewohnheitsrecht noch weitgehend unabhängig vom Souverän als „Erzeugnis des Volkes“ angesehen wurde (siehe oben: B. I.), tritt mit der Entdeckung des Willens des Gesetzgebers die zumindest stillschweigende Zustimmung des Souveräns deutlicher hervor (S. 110).

Neben Gesetz und Gewohnheitsrecht etablierte sich als dritte Rechtsquelle des positiven Rechts die „*Analogia iuris*“ (Rechtsanalogie). Es handelte sich um eine „richterliche Rechtsfortbildung bei Gesetzeslücken“ (S. 113). Auch hier zeigt sich die Positivierung des Rechts. Dem Rückgriff auf das Naturrecht wurde nunmehr eine Lückenschließung „im Geist des Gesetzbuchs“ vorgezogen (S. 113).

II. Die Methodenlehre

1. Die Topik

Die oben (B. II. 1.) näher betrachtete Topik als juristische Argumentationstheorie und damit Teil der Methodenlehre „bricht“ in der besprochenen Zeit „zusammen“ (S. 124 ff.). Während andere Wissenschaften, wie die Philosophie, diese Disziplin vollständig hinter sich ließen (S. 124 ff.), greift die Rechtswissenschaft weiterhin auf zwei Topoi zurück, nämlich den Ähnlichkeitsschluss und das „Argument aus der Konsequenz“ (S. 127). Dabei wird aus dem Topos „*a simili*“ die Analogie (S. 128 ff.).

2. Die Interpretationstheorie

Wie bereits herausgearbeitet (C. I.), wurde im Zuge der Positivierung des Rechts der Wille des Gesetzgebers entdeckt. Dieser spielte nun bei der Interpretation des positiven Rechts eine entscheidende Rolle (S. 142).

Es gab drei Arten von Interpretationen, die doktrinale, die authentische und die usuale (S. 144). Am umfangreichsten stellt der Autor die doktrinale, die gelehrte Interpretation vor (S. 146 ff.). Diese unterfiel in eine grammatische und eine logische Interpretation.

In der grammatischen Auslegung wurde der gewöhnliche Sprachgebrauch ermittelt (S. 146). In der logischen Interpretation war der Sinn des Gesetzes herauszuarbeiten. Dieser wurde von der zuvor allgemein vernünftig gedach-

ten „ratio“ abgegrenzt. Der Wille des Gesetzgebers war nun auch relevant, wenn er willkürlich war (S. 148). Bei der Ermittlung des Sinns wurden erstmals auch Erkenntnisse aus Politik, Ökonomie und Geschichte zugelassen (S. 151). Damit rückte die historische Situation, in der das Gesetz erlassen wurde, ins Blickfeld. Wenn sich ein Sinn des Gesetzes aber nicht ermitteln ließ, so war auch weiterhin ein Rückgriff auf einen (allgemeinen) vernünftigen Grund möglich (S. 153). Diese Figur wird uns bis in die Gegenwart noch häufig begegnen.

In der restriktiven Auslegung wurde man wegen der stärkeren Bindung an den Willen des Gesetzgebers deutlich vorsichtiger. Dies zeigte sich insbesondere bei Wegfall des Grundes eines Gesetzes und einer Korrektur durch Billigkeitserwägungen (*aequitas*). Wenn der Gesetzgeber ein Gesetz nach Fortfall des Grundes nicht ändere, so müsse der Richter dieses so behandeln, als sei ihm der Sinn des Gesetzes nicht bekannt (S. 157). Zuvor hatte man hier das Prinzip „*Cessante ratione cessat lex ipsea*“ („Fällt der Sinn eines Gesetzes weg, so fällt das Gesetz selbst weg“) angewandt. Mit der Abkehr hiervon war das, was wir teleologische Reduktion nennen, zwar nicht ausgeschlossen, aber zur vorherigen Praxis deutlich eingeschränkt (S. 157). Eine – letztlich unter Rückgriff auf das Naturrecht – erfolgende Billigkeitskontrolle wurde nicht mehr anerkannt.

Auch bei der extensiven Auslegung wurde man ebenfalls vorsichtiger. Eine Ausdehnung auf eine ähnliche *ratio* (dazu oben: B. II. 2.), war nicht mehr zulässig (S. 143). Zudem bildete sich der Grundsatz heraus, dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind (S. 164 ff.).

Daneben traten die bereits angesprochenen Formen der authentischen und usualen Interpretation. Erstere war eine Auslegung durch den Gesetzgeber selbst (S. 167). Der Richter musste bei Unklarheiten eine Stellungnahme des Gesetzgebers einholen (S. 168). Teilweise allerdings erst nach der Entscheidung des streitigen Falls.

Die usuale Interpretation war mit Gewohnheitsrecht vergleichbar (S. 170). Sie entstand durch regelmäßige Anwendung durch die Gerichte (S. 80).

3. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Die Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung fand in der besprochenen Zeit am stärksten im immer noch

ergänzend geltenden, und nunmehr als vollständig gedachten, Naturrecht (dazu: C. I.) statt. In Abgrenzung zu Aristoteles wurden „notwendige Aussagen“ in der Rechtswissenschaft nun für möglich gehalten (S. 174). Aristoteles hatte dies abgelehnt, da es beim richtigen Handeln keine sichere Erkenntnis gebe. Auch der ebenfalls aristotelische Einwand, ein Rechtssystem bedürfe stets eines Korrektivs durch Billigkeit (*aequitas*), wurde für das Naturrecht nicht mehr anerkannt (S. 174 f.). Deshalb hielt man es für möglich, wie in anderen Wissenschaften, vom „Allgemeinen zum Besonderen sicher beweisend ‚demonstrierend‘ fortzuschreiten“ (S. 175). Damit wurden zwingende Ableitungen möglich. So wurde etwa daraus, dass Miete eine Übertragung des Gebrauchsrechts vom Eigentümer auf dem Mieter ist, geschlossen, dass dem Mieter der Gebrauch der Sache während der Miete nicht weggenommen werden kann. Dieser Beweis ergab sich aus der Definition der Miete und dem Satz, dass ein erlangtes Recht nicht gegen den Willen weggenommen werden kann. Der Schluss von relativer Geltung gegenüber dem Vermieter auf eine absolute Geltung gegenüber Jedermann ist allerdings nicht zwingend und zeigt damit auch die Schwäche derartiger Argumentationen (S. 176).

Im positiven Recht stellte sich die Lage als komplizierter dar (S. 177). Zwar wurde in der besprochenen Zeit mittlerweile viel über eine Rechtserzeugung über Prinzipienbildung diskutiert (S. 177 f.), eine anerkannte Form der Gewinnung gab es aber überwiegend noch nicht (dazu S. 178 ff.). Sowohl eine Deduktion (Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere) aus dem Naturrecht als auch eine Induktion (Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine) im positiven Recht selbst, fand keine hinreichende Zustimmung (S. 178). Teilweise wurde ersteres zwar anerkannt (S. 179), die Gegner argumentierten aber mit dem voluntaristischen Gesetzesbegriff (S. 179), wonach schließlich der Wille des Gesetzgebers, nicht eine Deduktion aus dem Naturrecht entscheidend ist (siehe oben: C. I.). Einigkeit bestand nur darüber, dass das Naturrecht über die *ratio legis* berücksichtigungsfähig war (S. 180), wenn der historische Wille nicht erkennbar war (siehe oben: C. II. 2.). Gegen einen induktiven Schluss vom Besonderen (Art) zum Allgemeinen (Gattung) bestanden allgemeine Einwände. Dieser Schluss sei nur bei einer „vollständigen Induktion“ möglich, wenn also alle Arten bekannt sind, was nie der Fall sei (S. 181). Diese Herleitung wurde nur für die „Herbeischaffung von Hypothesen“ anerkannt (S. 181).

Als möglich angesehen wurde eine wissenschaftliche Rechtsfindung auch im positiven Recht allerdings über die *analogia iuris* (S. 182 ff., dazu auch bereits: C. 1.). Diese ging über eine Einzelanalogie hinaus. Es wurde anders als beim *argumentum a simili* (dazu: B. II. 1.) nicht vom geregelten Fall auf einen ähnlichen unregelmäßigten Fall geschlossen, sondern von mehreren geregelten Fällen auf ein gemeinsames Prinzip (S. 183). Diese dem Induktionsschluss nahestehende Methode wurde überwiegend als Form der Interpretation angesehen (S. 184). Andernfalls hätte man sich wieder den Einwänden gegen die induktive Methode ausgesetzt gesehen. Ganz konnte die *analogia iuris* aber als Form der Interpretation nicht erklärt werden (S. 183). Wenn hierdurch nur der Gesetzgeberwille verwirklicht wird, werden schließlich auch keine neuen Prinzipien „entdeckt“ (S. 183).

D. Die Zeit von 1800 bis 1850 – Die historische Schule

I. Rechtsquellenlehre

Die historische Schule kannte – anders als die Jurisprudenz der frühen Neuzeit – nur noch ein empirisch gegebenes Recht. Im Gegensatz zu einem reinen Positivismus hatte das Recht aber – ganz ähnlich wie bei dem Philosophen Hegel – selbst etwas Vernünftiges (objektiver Idealismus). Hier gibt es deutliche Parallelen zu Denkern wie Schlegel, Hölderlin oder Schelling, die „in der Wirklichkeit ein Absolutes, Allgemeines, Notwendiges [...] walten“ sahen (S. 193). Dies steht im Gegensatz zu Kants „subjektivem Idealismus“, der das Richtige, Gerechte usw. nicht in die Dinge selbst hineinlegt, sondern aus der Vernunft konstruiert. Die „historische Schule“ überhöhte das empirisch gegebene Recht durch die Vorstellung seiner inneren Notwendigkeit und Vernünftigkeit und war deshalb (noch) nicht rein positivistisch.

Das Naturrecht wurde aus der Rechtsquellenlehre „eliminiert“ (S. 206 ff.). Bei der Entstehung des positiven Rechts war nicht mehr der Wille des Gesetzgebers entscheidend. Die Denker der Epoche widersetzten sich der auf Hobbes zurückgehenden, auch die Französische Revolution beherrschenden Vorstellung, dass der Staat willkürlich und beliebig Recht produzieren könnte. Insoweit war das Rechtsdenken dieser Zeit ein Element der „Restauration“ zwischen 1810 und 1848. Recht entstand laut Savigny „erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz“ (S. 196). Deshalb stand das Gewohnheitsrecht „an der

Spitze der Rechtsquellenlehre“ (S. 198). Es konnte Gesetzesrecht nicht nur erweitern, sondern auch beseitigen (S. 200). Die Konsequenz hieraus, dass ein gesetzlich angeordnetes Verbot von Gewohnheitsrecht als wirkungslos zu betrachten wäre, wurde aber nicht immer gezogen (S. 200).

Gewohnheitsrecht trat als Volksrecht und Juristenrecht auf (S. 198). Ersteres spielte aber nur eine ungeordnete Rolle als Partikularrecht. „Gemeines Gewohnheitsrecht“ wurde fast immer als Juristenrecht gedacht. Entscheidend war also die Rechtsüberzeugung der Juristen, die das Volk hierbei repräsentierten (S. 200). Die Abgrenzung zur wissenschaftlichen Rechtserzeugung ist schwierig (S. 200). Hieraus erstand die Frage, wie sich Gewohnheit und „wissenschaftliche Wahrheit“ zueinander verhalten. Kann wissenschaftliche Wahrheit dadurch „abgeschnitten werden“, dass sich ein abweichendes Gewohnheitsrecht gebildet hat? Kann umgekehrt ein gesichertes Gewohnheitsrecht wegen „wissenschaftlicher Unwahrheit [...] beiseitegeschoben werden“ (S. 201)? Die Antworten hierauf waren vielfältig. Savigny etwa forderte neben der Gewohnheit der Juristen, dass die Rechtsbildung „gesunder Natur“ sei (S. 201). Auch Gerichtsgebrauch allein schuf nach überwiegender Ansicht kein Gewohnheitsrecht (S. 202).

Wissenschaftliches Recht als eigene Rechtsquelle neben dem Juristenrecht wurde überwiegend nicht anerkannt (S. 204). Das bedeutete aber nicht, dass die Juristen dieser Zeit nur Gesetzes- und Gewohnheitsrecht gekannt hätten. Weitestgehende Einigkeit bestand darin, dass diese beiden Institute das Recht nicht erschöpfend abbilden. Dieses bilde „ein System, aus deren innerem Zusammenhang sich weitere Rechtssätze ableiten lassen“ (S. 204). Dies galt sowohl für die Gesetzes-, als auch die Rechtsanalogie zur Schließung von Gesetzeslücken. Diese wurden nicht mehr als Form der Interpretation angesehen (siehe dazu: C. II. 2.).

Gesetzesrecht hatte in dieser Epoche eine ergänzende, aber nicht untergeordnete Funktion (S. 205).

II. Methodenlehre

1. Die Topik

Die Topik hatte auch in dieser Zeit – nach ihrem „Zusammenbruch“ zwischen 1650 und 1800 (C. II. 1.) – keine eigenständige Bedeutung. Die verbliebenen Topoi „*argumentum*

e contrario“ und „argumentum a simili“ (jetzt: Analogie) wurden in die Interpretationstheorie bzw. die wissenschaftliche Rechtsfindung verschoben (S. 216).

2. Die Interpretationslehre

Die Interpretationslehre dieser Zeit unterfiel in zwei Unterabschnitte: In der ersten Zeit bis 1830 herrschte eine Interpretationstheorie, die dem Ausleger den bislang geringsten Spielraum seit 1500 ließ. Nach 1830 glich sich die Auslegungslehre wieder etwas mehr der vorherigen Zeit an (S. 248).

a) Die Zeit bis 1830

In der ersten besprochenen Zeit entstand eine stärkere Bindung an den Wortlaut. Wille, Zweck und *ratio* hatten keinen Vorrang mehr (S. 219). (Der frühe) Savigny wollte den Willen des Gesetzgebers etwa nur noch berücksichtigen, soweit er in den Worten, allenfalls im Kontext Ausdruck gefunden hat (S. 230).

In der grammatischen Auslegung erkannte man erstmals, dass es neben der Mehrdeutigkeit von Begriffen auch unbestimmte Begriffe gibt (S. 237). Das Wort „Nachtzeit“ sei nicht mehrdeutig, aber unbestimmt (S. 237). Es gibt nicht mehrere Bedeutungen für das Wort, wie bei dem berühmten Spiel „Teekesselchen“, sondern es ist unklar, wann die Nacht beginnt und endet. Nach heutigem Verständnis also das, was man mit den Begriffen Begriffskern und Begriffshof beschreibt.

Bei der Sinnermittlung bildete sich erstmals eine systematische Auslegung heraus (S. 236, 239 f.). Dadurch, dass es bei den aktuellen Gesetzen häufiger Gesetzgebungsmaterialien gab, bekam die historische Auslegung zudem ein größeres Gewicht (S. 237 f.). Die *ratio legis* war in der Auslegung weiterhin ein wichtiges Hilfsmittel. Es sollte aber nicht vorrangig der Wille des Gesetzgebers, sondern der Sinn des Gesetzes ermittelt werden. Aus der *ratio legis* wurde die *ratio iuris* (S. 240). Eine Umdeutung des ursprünglichen Gesetzessinns in einen späteren „modernen“ Sinn (wie später in der „objektiven Theorie“, dazu: E. II. 1. a.) gab es aber noch nicht (S. 228, 248).

Bei Savigny finden sich erstmal „vier Elemente“ in der Auslegung, und zwar das grammatische, logische, historische und (spätestens seit 1809) das systematische Element (S. 221). Entgegen mancher Behauptung ist dies aber nicht mit dem heutigen Viererkanon vergleichbar. Das logische

Element ging „auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältniß, in welchem die einzelnen Theile desselben zu einander stehen.“ Das systematische Element bezog „sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“ (beides aus: System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, S. 214). Ersteres wird laut dem Autor häufig übersehen. Ein zweites Missverständnis sei es, anzunehmen, dass Savigny kein teleologisches Element kannte. Ein solches finde sich durchaus bei der Auslegung „mangelhafter“ Gesetze (dazu: System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, S. 225 ff.).

Die aus der Interpretationslehre verdrängten wortlautüberschreitenden Operationen verschwanden auch in dieser Zeit nicht gänzlich. Sie wurden in der Theorie der wissenschaftlichen Systembildung wieder „aufgefangen“ (S. 222, dazu näher sogleich: D. II. 3.).

b) Die Zeit ab 1830

In der Zeit ab 1830 weitete sich die Interpretationstheorie wieder. Eine wortlautüberschreitende Auslegung unter Rückgriff auf die *ratio legis* war wieder möglich (S. 248). Der Wille des Gesetzgebers konnte auch über Wortlaut und Kontext hinaus Berücksichtigung finden (S. 228). Dadurch wurde die Grenze zur Analogie wieder unsicher (S. 227).

3. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Eine wissenschaftliche Rechtsfindung wurde in der besprochenen Zeit erstmals im positiven Recht anerkannt. Seine Grundlage hatte dies darin, dass die „historische Schule“ das positive Recht als ein vernünftiges, in sich zusammenhängendes Ganzes verstand („inneres System“, siehe dazu oben: D. I.). Das Ideal eines vollständigen positiven Rechts brachte den Begriff der „Lücke“ hervor. Dabei wurde allerdings nicht das positive Recht selbst als lückenlos gedacht, sondern allenfalls die gesamte Rechtsordnung (S. 253 f.).

Die bislang kritisch gesehene unvollständige Induktion (siehe oben: C. II. 3.) wurde zum Hauptinstrument, um Prinzipien zu erschließen (S. 256). Grund für diese positivere Bewertung war erneut der Gedanke eines vollständigen „inneren Systems“ (S. 257). Dadurch „verselbstständigte“ sich die Analogie erstmals von der Interpretation (S. 261). Aus einem oder mehreren positiven Rechtssätzen ergab sich durch Induktion eine Regel, ein Prinzip, das dann auf den zu entscheidenden Fall angewandt wurde (S. 261).

Auch eine Prinzipienbildung durch die Entwicklung von Rechtsinstituten und aus der Natur der Sache bildete sich heraus, war aber nicht allgemein anerkannt. Ein Rechtsinstitut war danach der rechtliche „Typus“, der über einem „Rechtsverhältnis“ steht, das seinerseits „durch die Lebensereignisse gegeben wird“ (S. 268). Über die Grenzen des positiven Rechtssystems hinaus ging die Lehre von der Natur der Sache. Ansatzpunkt war hier nicht das Wesen des jeweiligen Rechtsbegriffs, sondern des tatsächlichen, aber rechtlich schon vorgeformten Lebensverhältnisses (S. 270). Die Natur der Sache war ein „vorjuristischer, factischer Bestand“ (S. 270).

Erstmals kam es in der positiven Rechtswissenschaft zudem zu einer produktiven Begriffsbildung (S. 272). Der Jurist durfte „falsche“ Definitionen des Gesetzgebers korrigieren und Begriffe „frei“ bilden, wenn das Gesetz einen solchen nicht vorgibt (S. 273 f.). Dies geschah bei speziellen Begriffen durch „Construction“ (S. 276), einen induktiven Schluss von einzelnen Sätzen auf einen Gattungsbegriff (S. 278). Grundlage auch hierfür war die Vorstellung eines „inneren Systems“ des positiven Rechts (S. 277). Wird ein Testament als Willenserklärung von Todes wegen eingeordnet, so gelten die Regelungen über die Wirksamkeit von Willenserklärungen (etwa: die Beeinträchtigung der Wirksamkeit durch Willensmängel). Dieser Schwerpunkt auf Begriffsbildung hat der Zeit das Label der „Begriffsjurisprudenz“ eingehandelt. Dies sieht Schröder als Vorurteil: Es seien nicht nur Begriffe, sondern auch Prinzipien und ganze Systementwürfe hervorgebracht worden (S. 281). Der häufig geäußerte Vorwurf, dass das dahinterstehende Verfahren (logisch) falsch sei, würde zudem nur zutreffen, wenn sich beweisen ließe, dass das positive Recht kein innerlich verknüpftes Ganzes darstelle (S. 281).

E. Die Zeit von 1850 bis 1933 – Der Aufstieg der Rechtsprechung

I. Die Rechtsquellenlehre

In der Rechtsquellenlehre dieser Zeit breitete sich eine „Willenstheorie des Rechts“ aus (Voluntarismus, S. 285). Der idealistische Einfluss, der die historische Schule geprägt hatte, verlor sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Recht war Ausdruck des Willens der Rechtsgemeinschaft (S. 330). Insoweit knüpfte diese Periode an die Rechtsquellenlehre des 17. Jahrhunderts an (dazu: C. I.). Dabei ähnelte die Aufbruchstimmung im Deutschen Kai-

serreich dem Machbarkeits- und Fortschrittsglauben der Aufklärung (S. 286).

Die Willenstheorie kann in drei unterschiedliche „Spielarten“ unterteilt werden: Der rechtserzeugende Wille war entweder

- ein gesellschaftlich-psychologisches Phänomen (soziologische Theorie),
- eine auf die „Rechtsidee“ oder Kulturwerte gerichtete Entscheidung (philosophische Theorie) oder
- ein „reiner Wille“, der von der Rechtswissenschaft nur als solcher und ohne soziologische oder philosophische „Beimischung“ zu behandeln war („Reine Rechtslehre“, S. 287).

Die soziologische Spielart des Voluntarismus sah Recht als Ergebnis von gesellschaftlichen Prozessen, in denen sich das mächtigste Interesse durchsetzt oder ein Kompromiss geschlossen wird („Interessenjurisprudenz“, S. 289 f., 296). Die philosophische oder idealistische Spielart des Voluntarismus sah als Bezugspunkt des hinter dem Recht stehenden Willens ideale höhere Anforderungen an das Recht, wie Gerechtigkeit, Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit (S. 290). Recht war „ein Versuch, das Rechtsideal zu verwirklichen“ (S. 296). Die „reine Rechtslehre“ „reinigte“ den Rechtsbegriff von soziologischen und philosophischen Bezügen (S. 293). Recht war Wille des Staates in einem juristischen Sinne (S. 295). Dieser war kein reales Sein, sondern diente nur der Zurechnung der Norm zum Staat (S. 296). Im Gewohnheitsrecht trat die Übung als Voraussetzung in den Vordergrund, die Rechtsüberzeugung in den Hintergrund (S. 301 f.). Ob eine Gestattung des Staates vorliegen muss, war stark umstritten (S. 305 ff.).

Entscheidend für diese Episode war der Aufstieg der Rechtsprechung als Rechtsquelle. Allerdings weniger als „Gerichtsgebrauch“, der andere Gerichte binden könnte, sondern der einzelne Richterspruch wurde als Rechtsquelle im konkreten Fall anerkannt, soweit das Ergebnis nicht aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht determiniert war (S. 309).

Erstmals bildete sich zudem ein Verständnis von sog. Kontrollnormen heraus. Hier sind die zivilrechtlichen Generalklauseln (insbesondere: § 242 BGB), aber auch die Grundrechte zu nennen (S. 319 ff., S. 331). Die für uns so geläufige Prüfung anhand der Grundrechte setzte sich dabei deutlich langsamer durch. Vor allem die Anerkennung eines richterlichen Prüfungsrechts war bis in die Weimarer Re-

publik umstritten (S. 327 f.). Das Reichsgericht nahm ein solches aber ab den frühen 1920er Jahren für sich in Anspruch (S. 329 f.).

II. Methodenlehre

1. Die Interpretationstheorie

a) Der Bereich der Interpretation

In der Interpretationstheorie setzte sich die soeben (E. I.) dargestellte Dreiteilung der Spielarten des Voluntarismus fort. Die idealistische Spielart wollte als Ziel der Auslegung den „Willen des Gesetzes“ herausarbeiten (objektive Theorie), die soziologische Variante den „Willen des Gesetzgebers“ (subjektive Theorie, S. 349 ff.). Die Reine Rechtslehre erkannte beides nicht als Auslegungsziel an und ging über eine Auslegung des Wortlauts (und ggf. noch des Kontexts) nicht hinaus (S. 352).

Auch hinsichtlich der Bewertung der Hilfsmittel der Auslegung kamen die Varianten zu unterschiedlichen Ergebnissen. Beim sprachlichen, grammatischen Element war der maßgebliche Zeitpunkt der Bestimmung der Bedeutung des Wortlauts umstritten. Vertreter der objektiven Theorie sahen den aktuellen Wortsinn als maßgeblich an, Vertreter der subjektiven Theorie den ursprünglichen. Die Auswirkungen des Streits waren im Ergebnis aber eher gering (S. 359 f.). Den Wortlaut als Grenze der Auslegung erkannte vor allem die Reine Rechtslehre an. Bei den anderen Auslegungsvarianten fand sich hierfür keine Mehrheit (S. 360). Historische Elemente wurden ebenfalls unterschiedlich gewichtet. Allerdings erkannten auch „Objektivisten“ die Bedeutung dieser Auslegung an, da sich ursprünglicher und aktueller Gesetzessinn durchaus decken können (S. 363). Die Gesetzgebungsmaterialien aber hatten für die Anhänger der subjektiven Theorie eine größere Bedeutung (S. 364). Die Reine Rechtslehre lehnte eine Berücksichtigung derartiger Umstände ab.

Die systematische Auslegung verlor gegenüber der historischen Schule allgemein an Bedeutung, da das positive Recht nicht mehr als ein sinnvolles Ganzes verstanden wurde. Zur Herstellung einer Einheit (objektive Theorie) oder als Kontextauslegung (subjektive Theorie) hat dieses Element aber den Wandel zum Voluntarismus überlebt (S. 366 f.). Es wurde allerdings gegenüber der Auslegung nach dem Zweck abgewertet (S. 369).

Die Aufwertung des Zweckelements ergab sich daraus, dass im Voluntarismus der Wille des Gesetzes oder des Gesetzgebers von besonderer Bedeutung ist (S. 369). Vertreter der subjektiven Theorie hielten dabei den Willen des Gesetzgebers für eine empirische Größe, die ermittelt werden kann. Allerdings arbeiteten auch sie mit Rationalitätsvermutungen, wenn der Wille nicht feststellbar war (S. 371). Nach der objektiven Theorie sollte der Zweck nicht empirisch, sondern „geisteswissenschaftlich verstehend“ ermittelt werden (S. 372). Praktische Unterschiede gab es vor allem bei einem wegfallenden Zweck. Allerdings näherten sich die Theorien auch hier aneinander an, da zwei Hauptvertreter der subjektiven Theorie (Gény und Heck) auf einen solchen weggefallenen Zweck nicht zurückgreifen wollten (S. 373). Den häufig bei einer Erstvermittlung dargestellten scharfen Gegensatz von objektiver und subjektiver Theorie hat es so wohl (fast) nie gegeben.

b) Die Grenze der Interpretation: Interpretation neben dem Gesetz

Eine Interpretation neben dem Gesetz war relevant, wenn sich die Reichweite eines Gesetzes mit den Hilfsmitteln der Auslegung nicht aufklären ließ oder das Gesetz keine Regelung traf. Dann kann eine Lücke vorliegen. Es war zwischen „inneren“ und „äußeren“ Lücken zu unterscheiden. Erstere konnten vorliegen, wenn das Gesetz undeutlich war (S. 378). Hier waren Berührungspunkte zur Auslegung gegeben. Eine Interpretation neben dem Gesetz war erst gegeben, wenn ein gesetzliches Werturteil fehlte (S. 378). Dann blieben nur eine Rationalitätsvermutung und die „freie Rechtsfindung“ (S. 379). Ob der Richter dann nach „Eigenwertung“ entscheiden konnte oder an „allgemeine Wertungen“ gebunden war, war umstritten (S. 380). Ob sich eine freie Rechtsfindung vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung überhaupt rechtfertigen ließ, ebenfalls (S. 381).

Sah das Gesetz keine Regelung vor, konnte eine „äußere“ Lücke vorliegen (S. 382). Ob es solche überhaupt gibt, war umstritten. Ein solcher Fall kann schließlich immer durch Gegenschluss als von keiner Regelung erfasst angesehen werden (S. 385). Kelsen etwa sah in einer Lücke „nichts anderes als die Differenz zwischen dem positiven Recht und einer für besser, gerechter, richtiger gehaltenen Ordnung“ (S. 383). Subjektive und objektive Theorie erlaubten aber eine Lückenfüllung anhand in anderen Vorschriften als schutzwürdig anerkannten Interessen (subjektive Theorie) oder dem „Verkehrsbedürfnis“/„Billigkeitsbedürfnis“

(objektive Theorie, S. 384). Verfahren waren die Analogie und die Restriktion. Die Analogie rückte dabei wieder in die Nähe der Auslegung und stellte keine Form des wissenschaftlichen Rechts mehr dar. Sie war, wie vor der historischen Schule und auch vor der Zeit ab 1650, wieder ein „Fortschreiten von einem Fall zum ähnlichen“ (dazu: B. II. 1.). Entscheidend wurde die „Gleichheit der Interessenlage“ (S. 386). Auch die Restriktion war am Zweck orientiert (S. 391).

c) Die Rechtsfindung gegen das Gesetz

Erstmals in der juristischen Methodenlehre bildete sich die Figur einer Interpretation gegen das Gesetz heraus (S. 392). Diese war zumindest bei fehlendem oder wegfallendem Zweck konsensfähig (S. 393). Ein beliebtes Beispiel (von Heck) war folgendes: Ein Artillerieoffizier bekommt den Befehl, „eine angeblich vom Feind besetzte Höhe unter Feuer zu nehmen“. Der Offizier werde, in „denkendem Gehorsam“ den Befehl nicht befolgen, wenn die Höhe mittlerweile von eigenen Soldaten besetzt sei. Dabei wird auf die Figur der „*cessante ratione cessat lex ipsa*“ zurückgegriffen (dazu bereits oben: B. II. 2.).

2. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Die wissenschaftliche Befassung mit dem Recht konnte im Voluntarismus keine Rechtssätze mehr hervorbringen oder finden, sondern allenfalls Hypothesen (S. 397). Ohne das „innere System“ des Rechts nach der historischen Schule waren die wissenschaftlichen Operationen der Konstruktion und Induktion nicht mehr haltbar (S. 425). Wie bereits angeschnitten (siehe oben: E. II. 1. b.), wurde etwa auch in der Analogie das Induktionselement, das es in der historischen Schule noch hatte, „fast völlig verdrängt“ (S. 417).

Bei der Begriffsbildung trat – wie insgesamt – der Zweck in den Vordergrund (S. 402, 425). Aus der „Begriffsjurisprudenz“ wurde ganz überwiegend eine „Zweckjurisprudenz“. Die Konstruktion war nicht mehr schon dann akzeptabel, wenn sie sich in ein System einfügte, sondern erst dann, wenn sie auch zu zweckmäßigen Ergebnissen führte (S. 411). Diese gedankliche Operation war danach nur dann brauchbar, wenn schon „die Wahl der Begriffselemente von teleologischen Erwägungen geleitet“ ist und auch das Ergebnis noch einmal „unter dem Gesichtspunkt seines sozialen Wertes“ überprüft wird (S. 412). Es findet also eine „Ergebniskontrolle“ anhand von Zwecken statt.

Erstmals in die Diskussion eingeführt wird der Typusbe-

griff. Die Typen haben dabei keine deutlich und gleichmäßig ausgeprägten Begriffsmerkmale, sondern machen nur ein „einheitliches Gedankenbild“ aus, in dem bestimmte Elemente einmal mehr einmal weniger hervortreten können. Der Typus lässt sich mit der klassischen Einteilung von Gattungen und Arten nicht greifen (S. 414 f.). Das für Studierende bekannteste Beispiel aus der aktuellen Zeit dürfte der Begriff des Arbeitsverhältnisses und daran anknüpfend der des Arbeitnehmers sein.

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe (2024, Heft 3) fortgeführt. Dort wird die Zeit von 1933 bis 1990 dargestellt.

Mit Weitsicht durch das Jurastudium – ein Wegweiser zur effizienten Studienplanung, Teil II

stud. iur. Maja Dettmers

Die Verfasserin studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover und hat ihre Pflichtfachprüfung mit der mündlichen Prüfung im September 2023 beendet. Sie absolviert derzeit den Schwerpunkt Arbeit und Soziales und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht bei Prof. Dr. Roland Schwarze.

Der Beitrag schließt an den in der HanLR 1/2024, S. 85–92 erschienenen Beitrag „Mit Weitsicht durch das Jurastudium – ein Wegweiser zur effizienten Studienplanung, Teil I“ an. Der erste Teil befasst sich mit den im Grund- und Hauptstudium zu erwerbenden Scheinen sowie den weiteren Examenzulassungsvoraussetzungen wie etwa der Ableistung praktischer Studienzeiten.

E. Das Examen

Die umgangssprachlich als erstes Examen bezeichnete Erste Prüfung setzt sich aus der Pflichtfachprüfung und der Schwerpunktbereichsprüfung zusammen.¹ Erstere geht zu 70 %, letztere zu 30 % in die Prüfungsgesamtnote ein.²

I. Die Pflichtfachprüfung

1. Inhalt

Um zu wissen, was Studierende am Ende erwartet, hier eine kurze Zusammenfassung des Inhalts der Pflichtfachprüfung: Die Pflichtfachprüfung setzt sich aus sechs Aufsichtsarbeiten (64 % der Note der Pflichtfachprüfung) und einer mündlichen Prüfung, welche wiederum aus drei Prüfungsgesprächen (je 12 %) besteht, zusammen.³ Von den Aufsichtsarbeiten stammen drei aus dem Zivilrecht, zwei aus dem Öffentlichen Recht und eine aus dem Strafrecht⁴ Angeboten werden vier Prüfungsdurchgänge pro Jahr, welche immer im Januar, April, Juli und Oktober liegen.⁵ Die mündliche Prüfung findet als Gruppenprüfung mit einer Prüfungsdauer von etwa 12 Minuten pro Prüfling pro Fach

statt.⁶ Sinnvoll ist es, vorab bei einer mündlichen Prüfung zuzuhören. Dies ist in dem davorliegenden Prüfungsdurchgang nach vorheriger Anmeldung möglich.⁷ Den potentiellen Prüfungsstoff regelt § 16 NJAVO.

Für das Bestehen müssen (1) zwei Aufsichtsarbeiten mit mindestens „ausreichend“ bewertet worden sein, muss (2) die Summe der Bewertungen der Aufsichtsarbeiten mindestens 21 Punkte ergeben und (3) die Prüfungsgesamtnote mindestens „ausreichend“ lauten.⁸ Werden die Aufsichtsarbeiten im Freischuss angefertigt, müssen zudem alle Aufsichtsarbeiten rechtzeitig, mithin i. d. R. in dem Prüfungsdurchgang, der sich an das achte Fachsemester anschließt, angefertigt worden sein.⁹

Im Fall des Nichtbestehens ist ein einmaliger Wiederholungsversuch möglich.¹⁰ Im Fall des Bestehens im ersten Versuch besteht die Möglichkeit eines einmaligen Notenverbesserungsversuchs.¹¹ Sofern der Freischuss nicht bestanden werden sollte, können weiterhin ein regulärer Versuch und ein Notenverbesserungs- oder Wiederholungsversuch unternommen werden.¹²

Wichtig ist, dass im Fall eines Notenverbesserungsversuchs der insgesamt (d. h. bei einer Zusammenschau von schriftlicher und mündlicher Prüfung) bessere Prüfungsdurchgang gewertet wird; eine Verschlechterung im Notenverbesserungsverfahren ist nicht möglich.¹³

¹ Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 NJAG.

² Vgl. § 12 Abs. 3 NJAG.

³ Vgl. § 3 Abs. 1, § 12 Abs. 2 NJAG.

⁴ Vgl. § 19 Abs. 1 S. 3 NJAVO.

⁵ Zum Terminplan mit den genauen Daten sowie Meldezeiträumen siehe https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pfllichtfachpruefung_und_erste_pruefung/neuigkeiten-157900.html (Abruf v. 28.04.2024).

⁶ Vgl. § 23 Abs. 1 NJAVO.

⁷ Siehe https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pfllichtfachpruefung_und_erste_pruefung/muendliche-pruefung-158134.html (Abruf v. 03.01.2024).

⁸ Vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 NJAG.

⁹ Vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 3 NJAG.

¹⁰ Vgl. § 17 Abs. 1 NJAG.

¹¹ Vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 NJAG.

¹² Vgl. § 18 Abs. 1 i. V. m. §§ 17 Abs. 1, 19 Abs. 1 NJAG.

¹³ Vgl. § 19 Abs. 2 NJAG; https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pfllichtfachpruefung_und_erste_pruefung/wiederholungspruefung-zur-notenverbesserung-158122.html (Abruf v. 03.01.2024).

2. Meldung zum Examen

Über die Vorbereitung auf die Pflichtfachprüfung („den staatlichen Teil“) gibt es eine Vielzahl hilfreicher Zeitschriftenbeiträge sowie ganze Bücher.¹⁴ Im Hinblick auf die Meldung zum Examen sieht die Informationslage dagegen deutlich dünner aus. Allgemein lässt sich erst einmal festhalten, dass Voraussetzung für die Zulassung jedenfalls der Nachweis der unter B., C. und D. thematisierten Erfordernisse ist.¹⁵ Dies mag zunächst relativ simpel klingen, wenn die Scheine erst einmal erworben und die Praktika abgeleistet worden sind. Obwohl die Website des LJPA (und das NJAG) Antworten auf zahlreiche Fragen rund um die Anmeldung bereithält,¹⁶ stellen sich beim Zusammentragen der einzureichenden Unterlagen oftmals dennoch einige Fragen. Bevor einige Aspekte näher thematisiert werden, soll noch auf die jährlich stattfindende Infoveranstaltung mit dem LJPA hingewiesen werden, i. R. d. auf zentrale Themen eingegangen wird und Fragen beantwortet werden.¹⁷ Darüber hinaus besteht jederzeit die Möglichkeit, sich direkt an das LJPA (oder natürlich auch an das fakultätseigene Prüfungsamt) zu wenden, das sehr gut erreichbar und hilfsbereit ist.

a) Beglaubigung der Unterlagen

Zunächst bedarf es für die Meldung amtlich beglaubigter Kopien der Scheine etc. Das LJPA verweist die Studierenden hierfür auf das „nächstgelegene Ordnungsamt“.¹⁸ Wesentlich einfacher und zudem kostenlos für Studierende der Leibniz Universität ist eine Beglaubigung der Scheine und anderen Unterlagen bei der Beglaubigungsstelle der Universität im Hauptgebäude.¹⁹ Termine sind innerhalb weniger Tage auf Anfrage zu bekommen.

b) Zwischenprüfungszeugnis

Inhaltlich stellt sich bezüglich des Zwischenprüfungszeugnisses die Frage, welche Form²⁰ das LJPA hier verlangt, da

keine nähere Konkretisierung erfolgt.²¹ Nach Auskunft des LJPA akzeptieren sie all jene, die von der Universität ausgestellt werden. Mithin wird wohl jedes der Anforderung genügen. Gleichwohl erscheint es diesbezüglich vernünftig, das Zeugnis in der in § 12 Abs. 2 lit. b) ZwPrO genannten detaillierten Form einzureichen, wie es auch die Mehrzahl der Studierenden tut. Dies entspricht i. Ü. auch der Version, welche das Studiendekanat im Zweifel automatisch für die Ausstellung auswählt.²²

c) Studienverlaufsbescheinigung

Schwieriger wird es bereits herauszufinden, wo man eine „Übersicht über den Studienverlauf“ erhält. Auch die einschlägigen Suchmaschinen halten hier keine vernünftigen Ergebnisse bereit. Die Studienverlaufsbescheinigung wird durch das Immatrikulationsamt ausgestellt und kann formlos per E-Mail an studium@uni-hannover.de angefordert werden. Sie wird dann per Post zugesandt.

d) Lebenslauf

Zuletzt noch einige Worte zum Thema „handgeschriebener Lebenslauf“. Da dieser Teil der Prüfungsakte ist, kann er von dem/der Vorsitzenden der Prüfungskommission eingesehen werden, teilweise wird er auch im Vorgespräch thematisiert.²³ Somit erscheint es hier im Sinne eines guten ersten Eindrucks opportun, diesen sorgfältig zu erstellen. Einige Anhaltspunkte bieten auch hier die Hinweise des LJPA.²⁴ Höchst fragwürdig erscheint bei diesen, dass neben Angaben zur eigenen Person auch Angaben zur Person der Eltern und Geschwister quasi als wünschenswert bezeichnet werden, da diese die Aussagefähigkeit förderten. Zugleich wird aber auch ausgeführt, dass der Lebenslauf primär als Schriftprobe dienen solle. Insgesamt wird der Eindruck erweckt, dass subjektive Kriterien i. R. d. Bewertung eine Rolle spielen, obwohl gerade die Leistung des Prüflings selbst im Mittelpunkt stehen sollte. Was mit der

¹⁴ Genannt sei hier exemplarisch *Fricke/Kaufhold*, Lernplan für die Examensvorbereitung – Ein Wegweiser, HanLR 3/2021, S. 201 ff., der in den Fußnoten zahlreiche Hinweise auf weitere hilfreiche Veröffentlichungen zu dem Thema Examensvorbereitung enthält.

¹⁵ Vgl. § 4 Abs. 1 NJAG; Checkliste (Abrufbar unter: <https://justizportal.niedersachsen.de/download/122853> (Abruf v. 28.12.2023)); Zulassungsantrag (Abrufbar unter: https://justizportal.niedersachsen.de/download/122879/Antrag_auf_Zulassung_zur_Pflichtfachpruefung_NJAG_2009_ohne_Vortrag_-_barrierearm.pdf (Abruf v. 04.01.2024)), S. 4 (unter 4.).

¹⁶ Siehe https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizpruefungsamt/staatliche_pfllichtfachpruefung_und_erste_pruefung/meldung-zum-examen-158112.html (Abruf v. 03.01.2024).

¹⁷ Für das Sommersemester 2024 siehe <https://www.jura.uni-hannover.de/de/news-veranstaltungen/neuigkeiten/aktuelles-detailansicht/news/das-ljpa-informiert-ueber-das-erste-staatsexamen-stellen-sie-ihre-fragen-schon-jetzt-1> (Abruf v. 28.04.2024).

¹⁸ Vgl. https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizpruefungsamt/staatliche_pfllichtfachpruefung_und_erste_pruefung/meldung-zum-examen-158112.html (Abruf v. 03.01.2024).

¹⁹ <https://www.uni-hannover.de/de/universitaet/organisation/dezernat/dezernat-3/infrastruktur/beglaubigungsstelle> (Abruf v. 03.01.2024).

²⁰ Ausweislich der § 12 Abs. 2 ZwPrO wird das Zwischenprüfungszeugnis in der einfachen, detaillierten oder qualifizierten Form ausgestellt.

²¹ Vgl. Checkliste (Fn. 15); Zulassungsantrag (Fn. 15), S. 5 (unter 4.e)).

²² Vgl. § 12 Abs. 3 ZwPrO.

²³ Vgl. https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizpruefungsamt/staatliche_pfllichtfachpruefung_und_erste_pruefung/meldung-zum-examen-158112.html (Abruf v. 03.01.2024).

²⁴ Abrufbar unter: https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizpruefungsamt/staatliche_pfllichtfachpruefung_und_erste_pruefung/meldung-zum-examen-158112.html (Abruf v. 03.01.2024).

Angabe zum familiären Hintergrund letztlich bezweckt werden soll (und ob der handgeschriebene Lebenslauf auch bei der Einführung des E-Examens weiterhin gefordert wird), bleibt offen.

Weiter werfen die Hinweise die Frage auf, was unter „formvollendet“ zu verstehen ist. Eine pauschale Aussage ist diesbezüglich schwerlich zu treffen, da es letztlich von den Vorstellungen des/der Vorsitzenden abhängt. Einige ziehen einen tabellarischen Lebenslauf vor, da dieser übersichtlich, damit schnell zu erfassen sei und auch i. R. d. Vorgesprächs leicht durchgegangen werden könne. Andere erwarten hingegen einen in ganzen Sätzen ausformulierten Lebenslauf, da dieser die ernsthafte Beschäftigung und Mühe des Prüflings unter Beweis stelle. Als geschickt könnte sich hier ein Mittelweg darstellen, also viele Gliederungsüberschriften, Absätze sowie ggf. auch Aufzählungszeichen zu setzen, um die Übersichtlichkeit zu gewährleisten, den Inhalt der einzelnen Punkte aber auszuformulieren. Generell steht wohl auch vor allem im Fokus, dass die wenigen formalen Vorgaben (handschriftlich, Heft-Rand etc.) eingehalten werden und der Lebenslauf leicht leserlich ist.

II. Der Schwerpunkt

Das Schwerpunktstudium (sog. universitärer Teil) dient der Ergänzung des Studiums, der Vertiefung eines Pflichtfachbereichs sowie der Vermittlung interdisziplinärer und internationaler Bezüge des Rechts und erstreckt sich über zwei Semester.²⁵

1. Inhalt

Die Schwerpunktbereichsprüfung besteht aus der Studienarbeit (40 % der Gesamtnote der Schwerpunktbereichsprüfung), dem Vortrag zur Studienarbeit (10 %) sowie der mündlichen Prüfung (50 %).²⁶ Belegt werden müssen Lehrveranstaltungen im Umfang von mindestens 16 Semester-

wochenstunden, verteilt über beide Schwerpunktsemester.²⁷

Die Studienarbeit wird i. d. R. zu Beginn der auf das erste Fachsemester des Schwerpunkts folgenden vorlesungsfreien Zeit ausgegeben.²⁸ Die Bearbeitungsdauer beträgt sechs Wochen.²⁹ Das Thema der Studienarbeit wird zugewiesen.³⁰ Eine einmalige Rückgabe und Zuweisung einer neuen Aufgabe ist möglich.³¹ Die Gestaltung der Studienarbeit ist weitgehend frei.³²

Das Referat zur Studienarbeit besteht aus einem Vortrag in einem Umfang von etwa 20 Minuten und einer sich anschließenden Diskussion.³³ Die Terminierung des Referats zur Studienarbeit erfolgt zumeist individuell im zweiten Fachsemester des Schwerpunktstudiums.³⁴

Die mündliche Prüfung findet zum Ende der Vorlesungszeit des zweiten Fachsemesters des Schwerpunktstudiums statt.³⁵ Sie kann sich auf alle Pflichtveranstaltungen des gewählten Schwerpunktbereichs erstrecken.³⁶ Regelmäßig wird die mündliche Prüfung als Gruppenprüfung durchgeführt, wobei die Prüfungsdauer je Prüfling etwa 15 Minuten beträgt.³⁷

Da sowohl das Referat als auch die mündliche Prüfung im Schwerpunkt hochschulöffentlich sind, ist auch hier das Zuhören bei einer anderen Prüfung möglich.³⁸ Ein Besuch sollte vorzugsweise bei einer, dem eigenen Prüfungsdurchgang vorangehenden Prüfung erfolgen, wenn bereits erste Eindrücke aus den Vorlesungen gesammelt wurden und das Prüfungsfach und damit mögliche Prüfer feststehen. Nähere Informationen hierzu sind im Prüfungsamt zu erhalten. Jedenfalls für den Besuch einer mündlichen Prüfung ist eine Anmeldung beim Prüfungsamt erforderlich. Eine einmalige Wiederholung des Schwerpunkts bei Nichtbestehen der Schwerpunktbereichsprüfung oder ein einmaliger Verbesserungsversuch sind möglich.³⁹

²⁵ Vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 SPBPO.

²⁶ Vgl. § 4a Abs. 1 S. 1 NJAG, § 8 Abs. 1, § 13 Abs. 1 S. 2 SPBPO.

²⁷ Vgl. § 4a Abs. 1 S. 2 NJAG, § 2 Abs. 2 SPBPO.

²⁸ Vgl. § 9 Abs. 2 S. 1 SPBPO.

²⁹ Vgl. § 9 Abs. 6 S. 1 SPBPO.

³⁰ Vgl. § 9 Abs. 2 S. 1 SPBPO.

³¹ Vgl. § 9 Abs. 2 S. 5 SPBPO.

³² Zu den bestehenden formellen Anforderungen an die Studienarbeit siehe etwa § 9 Abs. 6, Abs. 7 SPBPO. Weitere Hinweise zum wissenschaftlichen Arbeiten, die als Hilfestellung dienen können, hat der Lehrstuhl von Professor Wolf unter <https://www.jura.uni-hannover.de/de/wolf/forschung-lehre-und-konferenzen/lehre/wissenschaftliches-arbeiten> veröffentlicht (Abruf. v. 28.03.2024).

³³ Vgl. § 10 Abs. 1 S. 3 SPBPO.

³⁴ Vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 SPBPO.

³⁵ Vgl. § 11 Abs. 2 S. 1 SPBPO.

³⁶ <https://www.jura.uni-hannover.de/de/schwerpunktstudium/haeufig-gestellte-fragen> (Abruf v. 03.01.2024).

³⁷ Vgl. § 11 Abs. 3 SPBPO.

³⁸ Vgl. § 10 Abs. 5 S. 1, § 11 Abs. 5 S. 1 SPBPO.

³⁹ Vgl. § 18 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 SPBPO.

2. Anmeldung

Ein Einstieg in den Schwerpunkt ist sowohl zum Wintersemester als auch zum Sommersemester möglich, wobei Ersteres empfohlen wird.⁴⁰ Grund hierfür ist, dass die Vorlesungen überwiegend aufeinander aufbauend gestaltet sind. Während im Wintersemester i. d. R. die Grundlagen gelehrt werden, finden im Sommersemester vertiefende Veranstaltungen statt. Wird der Schwerpunkt zum Sommersemester begonnen, besteht die Gefahr, die Studienarbeit ohne Kenntnisse der Grundlagen anzufertigen oder umfangreiche eigene Vorarbeit leisten zu müssen.

Der Antrag auf Zulassung muss für den Beginn zum Wintersemester zwischen dem 1. August und 15. September, für den Beginn zum Sommersemester zwischen dem 15. Januar und 1. März gestellt werden.⁴¹ Dem Antrag ist ein Nachweis über die bestandene Zwischenprüfung sowie ein Nachweis der Immatrikulation beizufügen.⁴² Das Zeugnis über die bestandene Zwischenprüfung ist entweder in beglaubigter Kopie einzureichen oder in Kopie, zu der das Original vorgelegt wird.⁴³ Diese stellen mithin die Zugangsvoraussetzungen dar. Damit kann der Schwerpunkt theoretisch auch parallel zu der Großen Übung begonnen werden.⁴⁴ Ein Wechsel des Schwerpunktes ist bis zum 15. November bzw. bis zum 1. Mai möglich.⁴⁵ Ein Rücktritt ohne Wertung als unternommener Versuch kann bis zu der Ausgabe der Studienarbeit erfolgen.⁴⁶ Voraussetzung für die Bearbeitung der Studienarbeit ist zudem die erfolgreiche Teilnahme an einem Proseminar.⁴⁷ Der Nachweis kann mit dem Zulassungsantrag eingereicht oder alternativ bis zu der Ausgabe der Studienarbeit nachgereicht werden.⁴⁸ Diesbezüglich wird angeraten, das Proseminar möglichst vor Beginn des Schwerpunktes zu belegen, um nicht unter zeitlichen (Bestehens-)Druck zu geraten, wenngleich ein Durchfallen bei einer ernsthaften Anfertigung der Proseminararbeit äußerst selten ist.

Sinnvoll ist insbesondere eine Teilnahme an der Inforeveranstaltung zum Schwerpunktstudium, welche regelmäßig

im Sommersemester stattfindet.⁴⁹ I. R. d. werden die neun Schwerpunktbereiche vorgestellt und allgemeine Information zum Schwerpunktstudium vermittelt.⁵⁰

3. Koordination mit der Pflichtfachprüfung

a) Reihenfolge

Der Schwerpunkt kann vor, während oder nach der Pflichtfachprüfung absolviert werden.⁵¹ Dafür, die Pflichtfachprüfung voranzustellen, spricht, dass in dem Jahr des Schwerpunkts u. U. mühsam i. R. d. Grund- und Hauptstudiums angeeignetes Wissen in Vergessenheit gerät. Dieses wird für die Pflichtfachprüfung selbstredend in vollem Umfang benötigt, für den Schwerpunkt hingegen nur in Grundzügen bzw. auf bestimmte Fachbereiche beschränkt. Des Weiteren stellt sich für die meisten der staatliche Teil als größere Herausforderung dar, sodass insbesondere bei (großen) Zweifeln an dem Bestehen der Pflichtfachprüfung diese vorgezogen werden sollte. Auch können die Klausuren eher im Freischuss angefertigt werden, wenn der Schwerpunkt zuletzt absolviert wird. Zudem zieht sich, wenn ein Wiederholungs- oder Verbesserungsversuch unternommen werden muss/soll, das gesamte Studium nicht so sehr in die Länge, da dieser parallel zum Schwerpunkt geschrieben werden kann.

Natürlich sprechen auch gute Gründe dafür, zunächst den Schwerpunkt zu absolvieren. Angeführt werden kann hierfür etwa die im Schwerpunkt gesammelte, zusätzliche Erfahrung. Auch stellt die mündliche Prüfung im Schwerpunkt ein in fachlicher Hinsicht begrenztes Abbild der mündlichen Prüfung im staatlichen Teil dar, sodass letztere ggf. mit mehr Selbstbewusstsein und einer größeren Ruhe angegangen werden kann. Außerdem sind abhängig vom gewählten Schwerpunkt einige Inhalte zugleich Inhalt der Pflichtfachprüfung, sodass auf diese in der Prüfungsvorbereitung weniger Zeit verwendet werden muss. Weiter können auch im Schwerpunkt in Bezug auf spezifisches Wissen erarbeitete Strukturen in der Pflichtfachprüfung von Nutzen sein.

⁴⁰ Vgl. § 1 Abs. 2 S. 4 SPBPO.

⁴¹ Vgl. § 6 Abs. 4 SPBPO.

⁴² Vgl. § 6 Abs. 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 SPBPO.

⁴³ Vgl. Merkblatt zum Antrag (Abrufbar unter: https://www.jura.uni-hannover.de/fileadmin/jura/Studium/Im_Studium/Schwerpunktbereiche/Rechtsgrundlagen_und_Formulare/2019-11-28_Schwerpunktbereichspru_fungsantrag_Merkblatt.pdf (Abruf v. 04.01.2024)), S. 1.

⁴⁴ Siehe hierzu unter C.III.4.

⁴⁵ Vgl. § 6 Abs. 6 S. 2 SPBPO.

⁴⁶ Vgl. § 6 Abs. 5 S. 1 SPBPO.

⁴⁷ Vgl. § 4a Abs. 3 S. 1 NJAG, § 9 Abs. 1 S. 2 SPBPO. Für den Nachweis gilt das zum Zwischenprüfungszeugnis Gesagte.

⁴⁸ Vgl. § 9 Abs. 1 S. 2 SPBPO; Merkblatt zum Antrag (Fn. 43), S. 1.

⁴⁹ Vgl. <https://www.jura.uni-hannover.de/de/schwerpunktstudium/haeufig-gestellte-fragen> (Abruf v. 03.01.2024).

⁵⁰ <https://www.jura.uni-hannover.de/de/schwerpunktstudium/haeufig-gestellte-fragen> (Abruf v. 03.01.2024).

⁵¹ Vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 SPBPO.

Letztlich können viele Argumente für beide Vorgehensweisen fruchtbar gemacht werden, sodass es eine persönliche Entscheidung unter Gewichtung der einzelnen Argumente bleibt, die ggf. auch davon abhängen kann, wie Freunde (und damit potenzielle Lernpartner) sich entscheiden.

b) Überschneidung mit der Pflichtfachprüfung

Da der Schwerpunkt parallel zur Pflichtfachprüfung absolviert werden kann, ist auch eine zumindest partielle Überschneidung möglich. Von einer vollständigen Überschneidung wird entschieden abgeraten, da jede Prüfung für sich und insbesondere der staatliche Teil die volle Konzentration fordert. Sollte sich ein Prüfling dennoch dafür entscheiden, sollte er/sie dies jedenfalls im vollen Bewusstsein dessen tun, was von der Ersten Prüfung abhängt: der Abschluss. Von selbst versteht sich, dass es am entspanntesten ist, den Schwerpunkt und die Pflichtfachprüfung vollständig voneinander zu trennen. Gleichwohl würde dies das Studium noch einmal in die Länge ziehen, wenn die mündliche Prüfung nicht etwa im September oder März, also unmittelbar vor Beginn des Winter- bzw. Sommersemesters, sondern im Dezember oder Juni liegt. In diesem Fall spricht einiges dafür, bereits nach den Aufsichtsarbeiten mit dem Schwerpunkt zu beginnen und die zeitweilige Doppelbelastung hinzunehmen. Dennoch sollte die Belastung nicht unterschätzt werden, da eine sorgfältige Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, vor allem ab Erhalt der Ladung, noch einmal zeit- und kräftezehrend ist. Spätestens ab diesem Zeitpunkt rückt der Besuch von Schwerpunktveranstaltungen nahezu ausnahmslos in den Hintergrund. Der Schwerpunkt wird im Fall der partiellen Überschneidung zu Beginn mehr nebenbei abgehandelt, obwohl bereits am Ende des ersten Schwerpunktsemesters die Schwerpunktarbeit wartet, welche Kenntnisse des Vorlesungsstoffes erfordert. Zudem sollte berücksichtigt werden, dass der Schwerpunktbereich immerhin zu 30 % in die Endnote hineinzählt. Sicherlich hängt die Vereinbarkeit im Einzelfall auch vom Schwerpunkt ab, da sich die Anzahl und Lage der Veranstaltungen von Schwerpunkt zu

Schwerpunkt unterscheidet.

Bei größeren Überschneidungen (wohl insb. von mehr als etwa drei Monaten) sollten Studierende von der Möglichkeit gehört haben, die Schwerpunktarbeit nach hinten zu schieben.⁵² Beim LJPA kann zudem der Termin der mündlichen Schwerpunktbereichsprüfung für die mündliche Pflichtfachprüfung geblockt werden.⁵³

Sollten sich Studierende dafür entscheiden, den Schwerpunkt und die Pflichtfachprüfung vollständig nacheinander abzulegen, können etwaige Freiräume (neben einem Urlaub) beispielsweise für ein Praktikum oder eine wissenschaftliche Mitarbeit in Kanzleien o. Ä. genutzt werden.

III. Zeugnis

Der Ablauf der Zeugniserteilung hängt im Detail davon ab, ob zunächst der Schwerpunkt oder die Pflichtfachprüfung abgelegt wird, sodass hier nur die verschiedenen erteilten Zeugnisse kurz genannt werden sollen.

Über die bestandene Pflichtfachprüfung wird nach Ablegen der mündlichen Prüfung ein vorläufiges Zeugnis ausgestellt und ausgehändigt bzw. zugesendet.⁵⁴

Nach Erhalt des Bescheids über die Gesamtnote für die Schwerpunktbereichsprüfung kann das Zeugnis über die Schwerpunktprüfung im Prüfungsamt der Juristischen Fakultät abgeholt werden.⁵⁵ Das Zeugnis über die Schwerpunktbereichsprüfung muss selbstständig (sofern der Schwerpunkt zuerst absolviert wird, zusammen mit der Meldung) als beglaubigte Kopie beim LJPA eingereicht werden.⁵⁶ Das LJPA stellt nach Abschluss des gesamten Prüfungsverfahrens (Pflichtfach- und Schwerpunktbereichsprüfung) das Gesamtzeugnis aus.⁵⁷

Mit dem Gesamtzeugnis kann der Antrag auf Führung des Titels Diplom-Jurist*in beim Dekanat gestellt werden.⁵⁸ Eingereicht werden müssen zudem die Immatrikulationsbescheinigungen aus dem Semester, in dem die An-

⁵² <https://www.jura.uni-hannover.de/de/schwerpunktstudium/haeufig-gestellte-fragen> (Abruf v. 03.01.2024).

⁵³ https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pflichtfachprüfung_und_erste_prüfung/koordination-mit-der-schwerpunktbereichsprüfung-158129.html (Abruf v. 03.01.2024).

⁵⁴ https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pflichtfachprüfung_und_erste_prüfung/zeugnis-158136.html (Abruf v. 03.01.2024).

⁵⁵ <https://www.jura.uni-hannover.de/de/schwerpunktstudium/haeufig-gestellte-fragen> (Abruf v. 03.01.2024).

⁵⁶ <https://www.jura.uni-hannover.de/de/schwerpunktstudium/haeufig-gestellte-fragen> (Abruf v. 03.01.2024); https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pflichtfachprüfung_und_erste_prüfung/zeugnis-158136.html (Abruf v. 03.01.2024).

⁵⁷ https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pflichtfachprüfung_und_erste_prüfung/zeugnis-158136.html (Abruf v. 03.01.2024).

⁵⁸ § 2 S. 1 DPO (Diplomordnung; abrufbar unter: https://www.uni-hannover.de/fileadmin/luh/studium/ordnungen/stpo/f_jura_dpo.pdf (Abruf v. 03.01.2024)).

meldung zum staatlichen Examensteil erfolgt ist, sowie die aus dem unmittelbar vorangegangenen Semester. Alternativ kann auch eine Studienverlaufsbescheinigung eingereicht werden.

Viel Erfolg bei der Erstellung Deines persönlichen Masterplans und viel Erfolg und Freude im weiteren Studium!

F. Zusammenfassung

Der Weg zum Gesamtzeugnis nimmt zwangsläufig mehrere Jahre in Anspruch und kann durchaus als Herausforderung empfunden werden. Gerade aus diesem Grund tragen die Ausführungen hoffentlich zur Erleichterung dieses Weges bei, indem sie für die Bedeutung eines frühen Überblicks über die zu erfüllenden Examenszulassungsvoraussetzungen sensibilisieren und zu einer frühen Planung angesichts des Umfangs der zu erbringenden Prüfungsleistungen ermutigen. Natürlich bedarf es auch eines gewissen Maßes an Selbstdisziplin, einen erst einmal erstellten Plan umzusetzen. Gleichwohl wird es in dem Wissen, dass nicht kurz vor Ablauf der Zwischenprüfungsfrist oder bei der geplanten Examensanmeldung Prüfungsleistungen fehlen werden, merkbar einfacher, selbstbewusst durch das Studium zu gehen und Freiräume zu nutzen. Und hoffentlich wirst auch Du im Austausch mit Kommiliton*innen eher denken „Das wusste ich schon!“. Dann ist Jura ein tolles Studium, welches einen Blick über den Pflichtstoff hinaus ermöglicht und ist nicht nur ein Hangeln von Klausur zu Klausur und von Semester zu Semester.

Angemerkt sei abschließend, dass dieser Beitrag einen Überblick über das rechtswissenschaftliche Studium in Hannover und die Voraussetzungen der einzelnen Etappenziele bieten soll.⁵⁹ Er kann und soll auch nicht die eigene Planung⁶⁰ und ggf. Beratung etwa durch Angebote der Fakultät ersetzen. Insbesondere stellt er nicht umfassend alle Regelungen der rechtswissenschaftlichen Ordnungen der Universität, des NJAG und der NJAVO dar,⁶¹ sondern soll an die von vielen schnell als nervig empfundene Beschäftigung mit diesen heranführen und zu einem Blick in die Ausbildungsvorschriften ermutigen. Wer aufmerksam die Fußnoten verfolgt hat, wird festgestellt haben, dass ein Blick in die genannten Regelungen oftmals die Antwort bereithält. Ansonsten sei abschließend noch einmal auf das sehr hilfsbereite Prüfungsamt und LJPA hingewiesen.

⁵⁹ Da die Ausgestaltung des Studiums im Detail den Fakultäten obliegt und hier eine Orientierung an den für Hannover geltenden Ordnungen stattfindet, ist der Beitrag nicht zwingend auf das Studium an anderen Fakultäten, insb. nicht in anderen Bundesländern übertragbar.

⁶⁰ Vgl. auch § 4 S. 1 StudO.

⁶¹ Dies gilt insb. im Hinblick auf die Möglichkeit, einige Scheine (z.B. durch die Teilnahme an Moot Courts oder Law Clinics) zu ersetzen. Hinweis: Um den Studierenden eine Teilnahme an der Diplomfeier im Sommer zu ermöglichen, können i. d. R. diejenigen, die zum Wintersemester begonnen haben, den Antrag bereits vorher stellen und das Gesamtzeugnis nachreichen.

FONTAINE GÖTZE

RECHTSANWÄLTE • NOTARE



#TRADITIONSKANZLEI





Jede Menge Geschenke für dich



Kostenlose Webinare, Gutscheine, Jura-Magazine, E-Books & Co.

Du willst dein Jura-Studium erfolgreich absolvieren?

Wir sind an deiner Seite vom 1. Semester bis zum Staatsexamen.

Kostenlose Webinare, Gutscheine, Jura-Magazine, E-Books oder Newsletter – jede Menge Gratis-Downloads für dein erfolgreiches Jurastudium gibt's bei uns im Webshop. Hol Sie dir jetzt!

Einfach QR-Code scannen und los!

► www.schweitzer-online.de/info/Services-fuer-Studierende



@schweitzer.jurastudium

www.schweitzer-online.de

schweitzer
Fachinformationen



HANOVER LAW REVIEW